

## O predpostavki človekove svobodne volje v kazenskem pravu in kriminologiji

Matjaž Jager\*

»Di pietade indegno è vero,  
sol spirar io deggio orror.  
Pur saresti men severo,  
se vedessi questo cor...«

(*La clemenza di Tito*, W.A.Mozart, Sextus v 10. sceni 2. dejanja)

Večina kriminoloških šol in celotno moderno kazensko pravo izhaja iz temeljne postavke o človekovi svobodni volji. V skladu s to idejo se subjekt kazenskega prava v svojem delovanju praviloma odloča svobodno (npr. za kršenje ali nekršenje kazenskega zakona). Za razliko od prava pa v (pravni)filozofiji problem svobodne volje ni rešen. Razprava je ujeta v bolj ali manj homogena bloka zagovornikov svobodne volje in na drugi strani determinizma. V članku so predstavljene predvsem tiste bolj radikalne teze obeh taborov z argumenti, ki so jih za eno ali drugo stališče postavili Schopenhauer, Nietzsche, Kant in Kelsen. Po tretji strani, moderna psihoanaliza postavlja pod vprašaj nosilca svobodne volje oz. predstavo o (neo)klasičnem subjektu. Ta predstava o subjektu je skupna vsem modernim pravnim šolam, ki si v nekaterih drugih pogledih sicer ostro nasprotujejo. Čeprav psihoanaliza dvomi o kartezijanskem subjektu, na nek način brani tradicionalno humanistično pozicijo, ki zavrača redukcijo duha na materijo. Tega ne bi mogli reči za t.i. naturalistično nevro-znanost, ki npr. tudi naše izkustvo *najstva* razlaga z iluzijo realnosti in s tem zasipava, po Kelsnu, nepremostljiv prepad med *Sein* in *Sollen*. Avtor se na koncu sprašuje, ali bo koncept svobodnega subjekta iz 18. stoletja vzdržal v procesu dolgotrajnega spodkopavanja s strani naravoslovnih znanosti in v kaj bi se morda lahko preobrazil? Če ob morebitnem zmagoslavju znanstvenega determinizma brez hipokrizije ni moč vztrajati na mehanizmih tradicionalne kazenske odgovornosti, kaj potem?

**Ključne besede:** svobodna volja, strogi determinizem, krivda, Schopenhauer, Nietzsche, Kant, Kelsen, klasična kriminološka šola, normativno pripisovanje, psihoanaliza, naturalistična nevro-znanost

UDK: 234.9:343.9+343.2

### 1. Uvodno

V t.i. znanostih o človeku prihaja v veliki meri do razlik med konkurenčnimi razlagami človeka in družbe zaradi različnih temeljnih predpostavk. Te predpostavke so tako temeljne, da se jih po definiciji ne dokazuje. Brez teh, aksiomatsko privzetih, najbolj temeljno predpostavljenih trditev – ki s tem na nek način pridobijo status verovanj – enostavno ne gre.

Ali, drugače rečeno, ni družboslovne (in druge) teorije brez tega »samo po sebi umevnega, ki se ne dokazuje«.

Mnogokrat, če ne celo praviloma, se te predpostavke v družboslovju nanašajo na t.i. »naravo« človeka v njenih najosnovnejših določitvah. Na šolski ravni običajno izražamo tovrstne predpostavke v obliki nasprotujočih si parov. Tako npr. nekateri menimo, da je človek po naravi dober, drugi spet so prepričani, da je človek po naravi slab ali vsaj nagnjen k slabemu. Eni jemljejo človeka za bitje razuma, drugi so prepričani, da ga usmerjajo strasti. Eni imajo človeka za samotarja, drugim je povsem »jasno«, da je človek nujno družbeno bitje. Je, po tretji strani, človek »v svoji biti« egoist, ali morda bitje nesebičnosti, razdajanja in skrbi za druge? In še bi lahko naštevali mnoge v svoji bipolarnosti dostikrat poenostavljene temeljne predpostavke o človeku (in družbi). Tudi vprašanje o človekovi svobodni volji običajno postavljamo v obliki dveh alternativ.

\* Matjaž Jager, univ. dipl. pravnik, LL.M., doktor pravnih znanosti, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Poljanski napis 2, 1000 Ljubljana. Članek je predelana različica prispevka, ki ga je avtor pripravil za raziskavo z naslovom »Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava«, ki je bila izvedena na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, pod vodstvom akad. prof. dr. Alenke Šelih. Raziskavo sta financirala Javna agencija za raziskovalno dejavnost RS in Ministrstvo za pravosodje RS. Članom raziskovalne skupine in Katji G. Šugman se avtor zahvaljuje za iskrive pripombe k predhodnim osnutkom.

Zdi se, da je odgovor na to vprašanje ključen za racionalno utemeljitev in legitimnost ideje o odgovornosti in kaznovanju, ki jo neka družba vzpostavi in goji. Dilema je tako temeljna, da se nam, ko se enkrat odločimo za to ali ono stran, celotna zgradba kaznovalno-pravnega sistema norm in institucij lahko kaže »zgolj« kot izpisovanje logičnih posledic temeljne odločitve o osnovni predpostavki.

In zelo očitno je ta temeljna dilema rešena. Takoj moramo ugotoviti, da je predpostavka, da človek ima svobodno voljo, že zelo dolgo splošno sprejeta.<sup>1</sup> Kazensko oz. kaznovalno pravo, kot ga poznamo (ob njem pa tudi morala in etika), izhaja iz te temeljne predpostavke. V celotnem sistemu kazenskopravnih norm in kazenskopravne teorije je ta temeljna predstava podrobno izoblikovana in trdno usidrana. Postulat svobodne volje je temeljni element danes uveljavljenega modela fizične osebe kot subjekta kazenskega prava in kriminologije. Nanj se komplementarno navezuje postulat subjektive razumnosti oz. racionalnosti, ki pa ga tukaj puščamo ob strani, ker je v bistvu vezan na predpostavko svobodne volje, brez katere ne more. Avtonomna svobodna volja je na logični ravni nujen predpogoj za razpravo o odgovornosti razumnega posameznika in o možnosti očitanja.

Ker se (kazensko)pravna teorija vsaj v Sloveniji o tej svoji – morda najbolj temeljni predpostavki – vsaj sistematično ne sprašuje (več)<sup>2</sup>, je razprava te vrste praviloma omejena na (pravno) filozofijo, morda tudi zgodovino kriminologije. Po drugi strani vseskozi opozarjajo na problem svobodne volje pisci v leposlovju.<sup>3</sup>

Predpostavka svobodnega odločanja »za dobro ali za zlo« je zvezana z možnostjo očitanja krivde, ki se – tehnično izpeljana s sistemom norm in institucij – v vsakodnevni zakonodajni in sodni praksi tudi »udejanja« in s tem utrjuje. Zaradi njene samoumevnosti in nespornosti jo redko omenjamo, še redkeje jo kot celoto postavljamo pod vprašaj. Prej nasprotno, lahko bi rekli, da že tako močno zasidrano predstavo o svobodni volji vsakodnevno utrjujeta doktrina in praksa.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> »To imagine a criminal law without a notion of personhood fixed in conceptions of acting dating from the late eighteenth century is like imagining a physics in which the speed of light through a vacuum is not constant.« (Alltridge, s. 69).

<sup>2</sup> Do načenanja te razprave lahko prihaja po naravi stvari v zvezi z vprašanji vzročne zveze, protipravnosti in krivde kot elementov kaznivega dejanja, ter, po drugi strani, v razpravah o namenu kazenskih sankcij, pa tudi nasploh v vseh primerih t.i. subjektivističnih silnic v kazenskem pravu (ob problemu sklicevanja na pravno zmoto glej npr. Zupančič, s. 306–308).

<sup>3</sup> Cf. e.g., pregledno Schopenhauer, s. 56–80; Milenković, *passim*, Ambrož (2005b).

<sup>4</sup> Tovrstno utrjevanje in vkopavanje na okopih vnaprej sprejetih predpostavk je nasploh prej pravilo kot izjema. Med drugim je posledica velikih intelektualnih, čustvenih in drugih investicij v določeno videnje sveta.

To pa nas ne sme zavesti do sklepa, da je problem svobodne volje v teoriji rešen. V resnici gre za enega najstarejših in najtežjih filozofskih problemov, ki je še vedno »odprt«.<sup>5</sup> Brez ambicije po šolsko sistematični ali morda izčrpnih obravnavi tega vprašanja bom v nadaljevanju na kratko predstavil paleto alternativnih stališč in pogledov na to vprašanje. Kot bomo videli, nam vsako teoretično izhodišče osvetli dilemo svobodne volje oz. (gledano zrcalno) dilemo determinizma po svoje. Zaradi večje preglednosti se bom praviloma osredotočal le na najbolj premočrtne in radikalne različice posameznih pristopov.

Kot vemo, je na (pravno)filozofski ravni razprava o tem vprašanju tradicionalno vpeta v dve osnovni logično antagonistični predstavi determinizma in indeterminizma. Obe bom uvodoma na kratko predstavil v njunih najbolj osnovnih zastavitvah. Začel bom z determinizmom, ki je za mnoge logično enostavnejša in bolj konsistentna ideja.

## 2. Determinizem ali o »filozofskih glavah, ki hočejo biti pravične«

Determinizem uči, da so vsi dogodki v naravi določeni s svojim naravnim vzrokom. Človeško delovanje pri tem ni izjema. Prav vse, vključno s človekovim delovanjem, je v celoti kavzalno predoločeno v neskončni naravni vzročno-posledični verigi.

Oglejmo si ta nauk podrobneje v njegovi najbolj radikalni različici – t.i. strogem determinizmu. Če je vse, kar se zgodi, predoločeno v tem smislu, da je posledica delovanja naravnih vzrokov, lahko cel svet in celotno zgodovino vidimo kot množico takšnih, med seboj prepletajočih se vzročno-posledičnih verig. Zakonitosti njihovega delovanja opisujejo zakoni, ki jih odkriva znanost. Oziroma pravilneje rečeno, moderna znanost si prizadeva odkrivati t.i. naravne zakone, po katerih te vzročno-posledične povezave potekajo.<sup>6</sup>

Za strogega determinista človekovo delovanje ni nikakršna izjema, vsa naša dejanja so sestavni del narave, za katero veljajo splošni naravni zakoni. Ko tako opazujemo človekove storitve in opustitve, se moramo zavedati, da do njih prihaja zaradi najrazličnejših vzrokov, ki učinkujejo v skladu z nujnimi naravnimi zakoni univerzuma.<sup>7</sup> Poglejmo si običajen vsakdanji primer in njegovo metaforično izpeljavo po Schopenhauerju, kot jo je izrisal v svojem delu *Esej o svobodni volje*, ki je nastalo

<sup>5</sup> Tako je samo v angleškem jeziku v zadnjem desetletju izšlo najmanj dva ducata znanstvenih monografij na to temo (Cf. Westen, s. 647 in tam citirana literatura, pri nas npr. Šuster 1997, 2002, 2003, posebej z zornega kota kriminologije pa npr. Glaser 1977; Schafer 1977 in še posebej Westen 2004.)

<sup>6</sup> Cf. Feinberg, s. 342.

<sup>7</sup> Determinizem lahko nastopa v več različicah, ki se jih tukaj ne mislimo podrobneje lotevati. Cf. Westen, *passim*.

kot odgovor na nagradno vprašanje Norveškega kraljevega znanstvenega združenja:<sup>8</sup>

»...predstavljajmo si moža, ki stoji na cesti in si reče: 'Ura je šest popoldne, delovni dan je končan. Lahko se odpravim na sprehod ali grem v klub; lahko se povzpnem na stolp in opazujem sončni zahod; lahko grem tudi v gledališče; lahko obiščem tega ali onega prijatelja; lahko pa tudi stečem skozi vrata v širni svet in se nikoli ne vrnem. Vse to je v strogem smislu odvisno od mene, glede tega imam popolno svobodo. Vendarle, nič od tega ne bom storil temveč bom s prav tako svobodno voljo odšel domov k ženi.' To je ravno tako kot da bi se voda pogovarjala sama sabo: »Lahko naredim velike valove (da! kot morje med nevihto), lahko odbrzim po hribu navzdol (da! v rečni strugi), lahko peneča in prekipevajoča skočim v globino (da! v slapu), lahko se svobodno dvignem kot curek vode v zrak (da! v vodnjaku), in lahko, končno, izhlapi in izginem (da! ob določeni temperaturi); toda sedaj ne počnem nič od tega, po svoji volji stojim bistra in tiha v ribniku.«<sup>9</sup>

Skratka, Schopenhauerjev determinizem pravi: »Vse, kar se zgodi, od največjega do najmanjšega, se zgodi nujno...«<sup>10</sup>

Na Schopenhauerja, v mnogočem svojega vzornika, se navezuje drugi veliki determinist Nietzsche. V svoji priliki z naslovom *Hoteti biti pravičen in hoteti biti sodnik* iz dela *Človeško, prečloveško* sicer mnogokrat pokroviteljsko pouči Schopenhauerja o tem in onem, strastno pa mu pritrjuje v njegovem nasprotovanju poenostavljenem barantanju s svobodno voljo:

»Schopenhauer, čigar velikega poznavalstva človeškega in prečloveškega, čigar prvotnega smisla za dejstva ni niti najmanj zmanjševala pisana leopardja koža njegove metafizike (ki mu jo je treba odreti, da bomo lahko pod njo odkrili dejanskega moralista in genija) – ta isti Schopenhauer je avtor izvrstnega razlikovanja, ki je veliko bolj utemeljeno, kot si je to sam smel priznati: »Uvid v strogo nujnost človekovih dejanj je tista mejna črta, ki filozofske glave ločuje od drugih.« ...Filozof mora tako kot Kristus reči: »Ne sodite!« in poslednja razlika med filozofskimi glavami in drugimi bi bila ta, da prvi hočejo biti pravični, drugi pa hočejo biti sodnik.«<sup>11</sup>

K »uvidu v strogo nujnost človekovih dejanj« se Nietzsche kot veliki nasprotnik poenostavljenega razumevanja svobodne volje nenehno vrača prav v okviru razmislekov o kazensko-pravnih odgovornosti. V neki drugi priliki z nedvoumnim naslovom »O obsodbi storilca in njegovega sodnika« govori o zločinu in kazni. Kazenskemu pravu oz. kazenskimi sodnikom očita neko posebno vrsto nepoštenosti, lahko bi rekli neko posebno vrsto kršenja lastnih pravil. Ta nepoštenost je v tem, da obdolženca obsodijo ne glede na pomanjkljiv obseg vednosti, ki

ga imajo – ne o konkretnem zgodovinskem dogodku – temveč o vsem množstvu okoliščin, ki so do njega privedle. Takole pravi:

»Storilcu, ki pozna ves sklop okoliščin, se njegovo dejanje ne zdi tako zelo zunaj reda in nerazumljivo, kot se to zdi njegovim sodnikom in grajavcem: vendar pa se mu kazni prisodi ravno glede na stopnjo *osuplosti*, ki navda sodnike in grajavce spričo dejanja kot nečesa nerazumljivega. – Če poznavanje, ki ga ima storilčev zagovornik o primeru in njegovi predzgodovini, sega dovolj daleč nazaj, *morajo* tako imenovani olajševalni razlogi, ki jih predstavi drugega za drugim, slednjič zmanjšati celotno krivdo. Ali, če naj to povemo še jasneje: zagovornik s tem, ko vsakega poštenega poslušalca prisili k notranjemu priznanju, da je namreč »moral ravnati tako, kot je ravnal: če ga kaznujemo, bomo kaznovali večno nujnost,« – postopno *zmanjšuje* in slednjič povsem odpravi to obojajočo in kazni prisojajočo *osuplost*. – Odmertanje kazni glede na *stopnjo vedenja*, ki ga imamo *ali sploh lahko dosežemo* o zgodovini kakšnega kaznivega dejanja, – mar ni to v nasprotju z vsako poštenostjo?«<sup>12</sup>

Nietzsche tukaj na svoj luciden način v temelju spodbija legitimnost kazenskega prava. Ob tem se paradoksalno sklicuje na njegovo temeljno načelo in vogelni kamen – načelo krivde. Kazenskemu pravu očita nespoštovanje tega načela oz. nedoraslost lastni idejni zastavitvi.<sup>13</sup> Če bi namreč v teoriji in praksi dosledno in do konca upoštevalo temeljno načelo krivde, ki ga sicer tolikanj razglašča, bi ob res temeljiti in vsestranski osvetlitvi vsakega primera moralo priti do zaključka, da z odločitvijo za kazni v vsakem konkretnem primeru kaznuje zgolj »večno nujnost«. Skozi očala strogega determinizma se vsaka kazenska obsodilna sodba v kaznovanju naravne nujnosti v ničemer ne razlikuje od kaznovalnega nesmisla kozlovske sodbe v Višnji gori.

Toliko za zadaj o determinizmu, ki je, vsaj na prvi pogled relativno enostavna, premočrtna in dosledna doktrina. Morda zapletenejši, gotovo pa strogemu determinizmu povsem nasproten je pogled zagovornikov svobodne volje.

<sup>12</sup> Nietzsche, s. 460–461.

<sup>13</sup> Poleg tega Nietzsche opozarja na globlje epistemološke vzroke za tovrstni izolacionistični »atomizem«, vključno z medvedjo uslugo, ki nam jo pri tem dela jezik. O zavajajočih učinkih jezika npr. v svoji priliki z naslovom »Svoboda volje in izolacija dejstev« pravi takole: »Naše običajno nenatančno opazovanje vzame skupino pojavov kot eno in jo poimenuje dejstvo: med tem in drugim dejstvom si predstavlja nek prazen prostor, tako da izolira vsako dejstvo. V resnici pa vse naše delovanje in spoznavanje ni posledica dejstev in praznih vmesnih prostorov, pač pa nek stalen tok. Ravno s to predstavo o stalnem, posebnem, nedeljenem in nedeljivem pretakanju pa je nezdržljivo verovanje v svobodo volje: predpostavlja namreč, da je vsako posamezno dejanje izolirano in nedeljivo; je torej neke vrste atomizma na področju hotenja in spoznavanja.... Besede in pojmi nas še naprej zavajajo, da si stvari predstavljamo bolj enostavne, kot so, ločene druge od drugih, nedeljive, in vsako kot bivajočo za sebe in na sebi. ...Verovanje v svobodo volje, torej enakih dejstev in izoliranih dejstev, – ima v jeziku svojega stalnega evangelista in zagovornika.« (Op. cit., s. 450–451).

<sup>8</sup> Nagradno vprašanje se je glasilo: »Lahko svobodo volje dokažemo s sklicevanjem na samo-zavedanje?« Schopenhauerjev je za svoj odgovor prejel prvo nagrado.

<sup>9</sup> Schopenhauer, s. 36–37. Schopenhauerjevo stališče je sicer kompleksnejše od strogega determinizma kot ga opisuje zgoraj – navezuje se na Kanta in njegov dualizem (glej podrobneje *infra*).

<sup>10</sup> Schopenhauer, s. 6.

<sup>11</sup> Nietzsche, s. 326–328.

### 3. Svobodna volja ali o tistih, po Nietzscheju »nefilozofskih glavah, ki hočejo biti sodnik«

Tabor privržencev svobodne volje je prepričan, da je človek v pomembnem delu izvzet iz zakonov naravne vzročnosti in ima glede tega status izjeme. Pristaši svobodne volje zavračajo determinizem tudi zaradi njegovega nespoštovanja človekovega dostojanstva, skratka iz moralnih razlogov, saj ne morejo pristati na to, da bi naravna amoralnost empiričnih vzvodov v celoti veljala tudi za človeka.

V skladu s predstavo svobode so iz vzročno-posledične verige delovanja sveta nekateri dogodki izvzeti. Zanje lahko rečemo, da niso v tem smislu empirično, naravno-kavzalno predoločeni, temveč se porajajo na drug način (ni sicer povsem jasno kakšen); na delu je, po Kantu, t.i. »kavzalnost iz svobode«. Med te dogodke lahko prištejemo tudi del človekovega delovanja. Pri ljudeh tako rečemo, da je vzrok določenega dejanja človekova avtonomna svobodna volja.

Dejstvo je, da je predstava o človekovi svobodni volji, za razliko od idej determinizma, podlaga vsakodnevnim, zdravorazumskim in danes prevladujočim predstavam o človekovem delovanju in odgovornosti zanj. Še več, zdi se, da moralna ali kazenska odgovornost, kot ju poznamo danes, ne moreta brez postulata svobodne volje – svojega temeljnega kamna.

Vizija subjekta kot avtonomne osebe, obdarjene z razumom in svobodno voljo, je temeljna, čeprav mnogokrat neizrečena predpostavka sodobnega kazenskega prava. Celoten kazensko-pravni sistem šteje, da je posameznik – naslovník kazensko-pravnih norm, sposoben razločevati dobro od zla in se o svojem delovanju v zvezi s tem svobodno odločati. V tej predstavi so bistveni elementi, kot so zavest, suverena avtonomnost, voljno in avtonomno določeno, samostojno delovanje k cilju, zavestno odločanje in podobno. Njena negacija so predstave nezavesti, nesuverenosti, odvisnosti od heteronomnih sil in empirične določenosti delovanja od zunaj.

Ob vsem tem na načelni ravni ni možen kompromis z idejo doslednega materialističnega determinizma. Ideja o človekovi svobodni volji je po definiciji negacija naravne določenosti. Gre za model subjekta, ki ga v osnovnih obrisih in različnih oblikah (vsaj) v filozofski misli Zahoda poznamo že od starogrške filozofije.<sup>14</sup> Tudi o tem, da zagovorniki ideje o svobodni volji vsaj na ravni prakse prevladujejo v vsej filozofski in pravni zgodovini, ni nobenega dvoma.

Vsaj za čas od razsvetljenstva naprej bi lahko rekli, da je za mnoge najbolj izpostavljen filozofski predstavnik tega pogleda Immanuel Kant. Njegov skrben izris človeka kot izjeme z razvitjem dualističnega modela novoveškega subjekta je

<sup>14</sup> Cf., sicer diferencirano Platon, s. 369–375; Aristotel, s. 95–110.

na razne načine zelo vpliven tudi v današnjem času pozne moderne.

### 4. Kantova vizija dvojnosti človeka in »kavzalnosti iz svobode«

Kant že v svoji *Kritiki čistega uma* (*Kritik der Reinen Vernunft 1781*) in v malo kasnejšem, morda najbolj znanem delu svoje etike, *Utemeljitev k metafiziki nravi* (*Grounlegung zur Metaphysik der Sitten 1785*) postavi osnovno ločnico, ki preči vsakega človeka. V skladu s to shemo smo človeška bitja hkrati bitja narave in bitja razuma. V tistem delu, v katerem smo del narave, nas določajo zakoni narave. V tem delu smo kot človeška bitja naravno-vzročno določeni. Dejstvo, da smo tudi bitja razuma, pa omogoča, da našo voljo določajo tudi načela uma, ki so zunaj dosega naravne vzročnosti. Kar nas po drugi strani ločuje npr. od živali, ki vseskozi »delujejo« po empiričnih zakonih narave, je naša ideja svobode in svobodne volje. Ta drugi del naše narave je zvezan z našo zmožnostjo, da se kot razumna bitja v lastnem ravnanju avtonomno (samo)določamo, še posebej v etičnih dilemah. Poleg tega, da »deluje« po zakonih narave, je človek tudi bitje najstvenih maksim, ki so po Kantu izražene v obliki etičnih oz. kategoričnih imperativov.

V empiričnem svetu, ki se uklanja zakonom narave, vprašanje o najstvu, o tem kaj naj bi bilo, nima nobenega smisla.<sup>15</sup> Le v sferi najstva smo izvzeti iz neizprosnih silnic narave, saj naše ravnanje določa svobodna volja, temelječa na razumu. Ali s Kantovimi besedami:

»Vse v naravi poteka v skladu z zakoni. Le razumno bitje ima moč, da ravna v skladu s svojo idejo zakonov – to je, v skladu z načeli ...«<sup>16</sup>

Človek ima kot razumno in avtonomno bitje moč, da se ravna v skladu s svojimi najstvenimi zakoni, ki jih bomo med zakoni narave zaman iskali. Svobodna volja je zakon samemu sebi. Ideja svobode je predpostavka za razlago avtonomije volje. Po Kantu je volja, kot sam pravi:

»... neke vrste vzročnost, ki pripada živim bitjem v kolikor so razumna. Svoboda bi potem bila lastnost te vzročnosti, ki je v tem, da lahko

<sup>15</sup> Ali kot pravi Kant v originalu. »Das Sollen druckte eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung mit Gründen aus, die in der ganzen Natur sonst nicht vorkommt. Der Verstand kann von dieser nur erkennen, was da ist, oder gewesen ist, oder sein wird. Es ist unmöglich, dass etwas darin anders sein soll, als es in allen diesen Zeitverhältnissen in der Tat ist, ja das Sollen, wenn man bloß den lauf der Natur vor Augen hat, hat ganz und gar keine Bedeutung. Wir können gar nichts fragen: was in der Natur geschehen soll, eben so wenig, als: was für Eigenschaften ein Zirkel haben soll, sondern was darin geschieht, oder welche Eigenschaften der letztere hat.« Kant, KrV B 575 f.

<sup>16</sup> Kant 1785, 42 (prevod MJ).

deluje neodvisno od določevanja s tujimi vzroki; tako kot je naravna nujnost lastnost, ki določa vzročnost vseh nerazumnih bitij – lastnost, po kateri je delovanje določeno zaradi vpliva tujih vzrokov.

Naravna nujnost je, kot smo videli, heteronomija učinkovitih vzrokov; vsak učinek je možen le v skladu z zakonom, da nekaj drugega določa učinkovit vzrok povzročenege dejanja. Kaj je lahko svoboda volje drugega kot avtonomija – to je tista lastnost volje po kateri je sama sebi zakon?«<sup>17</sup>

Kant je tako v filozofsko strukturo človeka in družbe sistematično umestil avtonomijo volje, ki naj bi bila skupna vsem razumnim bitjem. Svobodna volja, ki je sicer po naravi stvari empirično ne moremo dokazati, mora biti vendarle nujno predpostavljena kot lastnost vseh razumnih bitij.

Kantov model odgovornega avtonomnega subjekta in njegovega delovanja mnogi jemljejo za prototip (oz. enega izmed prototipov) t.i. liberalnega modela človeka. V zvezi z modernim kazenskim pravom Zahoda lahko rečemo, da predstavlja globinsko povezavo filozofije »narave človeka« s temeljno pravno – konceptualno zastavitvijo njegove kazenske odgovornosti. Dan-Cohen na primer meni, da je osrednji kazenskopravni pojem krivde neke vrste utelešenje Kantove predstave o odgovornem človeku, ki ga določa svobodna volja, temelječa na razumu.<sup>18</sup> Kant je s svojo strukturo razmišljanja, predvsem s poudarjenim razlikovanjem med (čisto) formo in vsebino ter s svojo shemo človekove dvojnosti, v kateri odzvanja dvojica *sein – sollen*, močno vplival na mnoge pravne filozofe, med njimi tudi na Hansa Kelsna.

Po tej zelo strnjeni predstavitvi Kantove filozofske vizije subjekta svobodne volje, si lahko ogledamo njen odraz v (kazenskem) pravu in kriminalitetni politiki. To vizijo subjekta najbolj dosledno izpelje klasična kriminološka šola v vseh svojih zgodovinskih in modernih različicah.

## 5. Praktična umestitev v klasični kriminološki šoli

Razsvetljenski filozofski model avtonomne odgovorne osebe je kar klical po konkretni razdelavi na področju kazenskega prava in kriminalitetne politike. Kot prvi je celoto razsvetljenskih razmišljanj na to temo povzel in strnil Cesare Beccaria. Njegovo delo *O zločinih in kaznih* (1764)<sup>19</sup> je najbolj poznan moderen zapis izpeljave tovrstnih predpostavk o subjektu na ravni tako rekoč celotnega državnega kaznovalnega sistema.

Če je bil Beccaria prvi, pa je bil po drugi strani v filigranskem izrisovanju avtonomne odgovorne osebe svobodne volje kazenskega prava gotovo najbolj sistematičen angleški filozof Jeremy Bentham. Sistematično razdelane posledice, ki jih predstava o avtonomni, racionalni osebi svobodne volje ima za si-

stem kazenskega prava, najdemo npr. v njegovem delu »*Uvod v načela morale in zakonodaje*« (1781).<sup>20</sup> Bralec navedenega dela se bo lahko hitro prepričal, kako Bentham gradi vso sistemsko superstrukturo na svoji predstavi o naravi človekovega delovanja. Predstava o naravi subjekta je tista, ki določa nadstavo sistema.

Elemente neavtonomnosti v človekovem delovanju ta predstava upošteva kvečjemu le v določenih okoliščinah in le kot korekcijo izhodiščnega načela svobodne volje. Od tega odstopi le redko in izjeme interpretira ozko; npr. ko gre za dejanja pod vplivom sile, hipnoze, mamil, dejanja storjena v spanju, refleksna dejanja in podobno. Vizija človeka svobodne volje uvede predstavo o »človekovem voljnem ravnanju«, ki je predpostavka in vogelni kamen kazenskopravne odgovornosti. Ker bi lahko bilo dejanje neke osebe v ključnem trenutku tudi drugačno, je s tem podana možnost družbenega moralnega in kazenskopravnega očitka.

Takšno temeljno izhodišče dopušča cel spekter, v določenih elementih lahko tudi zelo različnih podrobnejših izpeljav, ki pa vendarle osnovnega »klasičnega« izhodišča ne zapuščajo. Klasična kriminološka šola vidi subjekt kazenskega prava kot fizično osebo, obdarjeno z razumom in svobodno voljo, ki si v življenju prizadeva za lastno dobrobit (kot jo sam vidi) in se, po drugi strani, kolikor se le da, izogiba bolečini in neugodju. Vidi ga kot nekoga, ki se ima načeloma v oblasti, se svobodno odloča in deluje ciljno, praviloma pod vodstvom razuma.

Jasno je, da se na vse navedene predpostavke na konkretni ravni vežejo relevantne zastavitve, ki določajo odločanje o krivdi, dogmatične rešitve glede vzročne zveze, vprašanja utemeljevanja kazenskih sankcij, končno pa tudi vsa ostala vprašanja kriminalitetne politike. Kar se v obravnavanju posameznih drevov – institutov modernega kazenskega prava Zahoda – mnogokrat izgubi izpred oči, je spoznanje, da je ves sistem norm in institucij slej ko prej zgrajen na močno usidrani viziji subjekta klasične kriminološke šole. Tako je, navkljub številnim socio-loško-pozitivističnim poskusom, prizadevanjem šole nove družbene obrambe in kar je še bilo poskusov »preusmerjanja z dejanja na storilca«.<sup>21</sup> Lahko se le strinjamo s trditvijo, da je model človeka klasične kriminološke šole s konca 18. stoletja oz. njegovih različic neo-klasicizmov današnjega časa »glavni model človekovega ravnanja, iz katerega izhajajo agencije družbenega nadzorstva v vseh razvitih industrijskih državah«.<sup>22</sup> Bi lahko bilo drugače?

<sup>17</sup> Kant 1785, 72.

<sup>18</sup> Dan-Cohen cit. v Alldridge, s. 69.

<sup>19</sup> Beccaria (2002).

<sup>20</sup> Bentham (1988).

<sup>21</sup> Cf. Kanduč 1999, s. 69–79.

<sup>22</sup> Cf. Taylor, Walton, Young, s. 9–10; Kanduč 2002, s. 22–24.

## 6. Lahko pravo, kot ga poznamo, sploh sobiva s stroгим determinizem?

Je vizija subjekta klasične kriminološke šole zadnja resničnost in nujnost ali pa prej lep primer t.i. »lažne nujnosti« (cf. Unger). Vprašanje bi samo zase v svoji neobičajnosti terjalo temeljitejši razmislek, vendar se bomo na tem mestu zadovoljili le s tradicionalnim odgovorom »na prvo žogo«. Zgled takšnega odgovora nam daje npr. ameriški pravni filozof Lon L. Fuller. V svojem spisu »*The Morality of Law*« (1969) razmišlja prav o tem t.i. modelu človeka, ki ga predpostavlja pravo oz. tisto nekaj, kar on poimenuje »notranji moralni element« prava.

Če se pravo lahko trudi biti nevtralnno v zvezi z širokim spektrom problemov etike, pravi Fuller, pa je predstava o svobodni avtonomni osebi zanj nujno konstitutivna. Na tej, najbolj temeljni predstavi o človeku je zgrajeno pravo kot ga poznamo danes. Ta predstava je notranje zvezana s temeljno predpostavko o naravi in smislu družbenih norm nasploh, o družbeni vlogi (pravnih) pravil v neki skupnosti. Prav zato, po Fullerrju, pravo kot ga poznamo:

»...[n]e more biti nevtralnno v svoji predstavi o človeku. Če se odločimo zgraditi sistem, v katerem naj bi človeško ravnanje uravnavala pravila, moramo nujno verjeti, da človek je ali lahko postane odgovorna oseba, ki je sposobna razumeti pravila in za njihovo nespoštovanje tudi odgovarja.«<sup>23</sup>

Neposredna posledica predstave o svobodni racionalni osebi je zahteva po prepovedi retroaktivne veljave kazensko-pravnih zapovedi oz. zahteva, da je treba s pravnimi pravili seznaniti vnaprej. Le če poznam pravno pravilo vnaprej, se lahko, razen po naključju, po njem tudi ravnam. Tovrstne logične posledice osnovnega modela sta uvidela in razdelala že Beccaria in Bentham.

Prav tako pravna norma ne more zahtevati od človeka, naj stori nekaj, kar je nemogoče. Na to prepoved se navezuje sama narava sojenja oz. razsojanja kot srčike vsakega pravnega sistema. Ali kot zaključí Fuller:

»Vsak odmik od (tovrstnih) načel notranje morale prava zanika dostojanstvo človeka kot odgovornega za svoja ravnanja. Če človekovo dejanje presojava glede na pravilo, ki ni bilo objavljeno, ali glede na pravilo, ki velja za nazaj, ali če mu pravilo nalaga nekaj, česar ne more izpolniti, s tem izražamo svojo ravnodušnost do samoodločbe naslovnika pravila. In obratno, če sprejmemo idejo, da človek ni sposoben odgovornega dejanja, pravna morala izgubi smisel svojega obstoja. Če človekovo dejanje sodimo glede na neobjavljene ali retroaktivne norme, s tem ničesar niti ne zanikamo več, saj ni več kaj zanikati; sam glagol 'soditi' postane v tem kontekstu nesmiseln: človeku več ne sodimo, temveč nanj delujemo.«<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Fuller, s. 162.

<sup>24</sup> Fuller, s. 162–63.

Zdi se, skratka, da kazensko pravo ne more biti nevtralnno glede svoje predstave o človeku ravno zato, ker je pravo. Ob tovrstnem vztrajanju prava na modelu človeka iz konca osemnajstega stoletja pa so na drugi strani moderne znanosti, predvsem psihologija in biologija, kopičile dokaze, ki so ta model tako ali drugače spodkopavali. Tudi družboslovne vede so opozarjale na to ali ono vrsto socialnega determinizma. Pod vplivom tovrstnih dognanj je kriminološka šola pozitivizma od druge polovice 19. stoletja v raznih različicah sistematično favorizirala mehko-determinističen pogled na človeka in njegovo delovanje. S tovrstnimi izsledki znanosti se je seveda morala soočiti tudi pravna teorija. Eno izmed najbolj elegantnih rešitev iz nastale zagate je izdelal Hans Kelsen.

## 7. Kelsenov »subjekt normativnega pripisovanja« – rešitev ali zaobitev problema?

Kelsen je na eleganten način reševal problem človekove svobodne volje, bistvene predpostavke, s pomočjo katere iz narave človeka vznikne utemeljevanje normativnih zahtev prava in etike. Kelsenova zastavitev in »rešitev« problema zato odpira kopico novih vprašanj. Teoretično je dragocena zato, ker zadeve postavi radikalno in na ta način jasneje osvetli problem sam. Tako imenovan »problem volje« je Kelsen obravnaval predvsem v svojem delu *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, skrajšano pa tudi v krajšem spisu *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, po katerem povzeman glavne poudarke.<sup>25</sup>

Njegova osnovna teza je, da se moramo pravniki v zvezi s problemom (svobodne) volje osvoboditi nekaterih pojmovnih elementov, ki so v osnovi sociološki. Enako velja za pravno vedo nasploh. Ti tujerodni pojmi so se v pravni razmislek vtihotapili zaradi nezadostne zavesti o avtonomnosti prava kot discipline.<sup>26</sup>

Po Kelsnu je ključno metodološko nasprotje med sociologijo in jurisprudenco nasprotje med *Sein* in *Sollen*, med tem, kar je, in tem, kar naj bi bilo. Pri tem gre za dva različna modusa mišljenja. Med njima vlada jasno formalno – logično nasprotje. Ali z drugimi besedami, bolj jasno in v prisposodbi: gre za dva popolnoma ločena svetova, ki ju loči nepremostljiv prepad.

Razlikovanje med *Sein* in *Sollen* se po Kelsnu odraža v razdelitvi disciplin na deskriptivne in normativne. V skladu s tem kriterijem poznamo v svetu znanosti temeljno delitev na t.i. eksplikativne in normativne vede.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Kelsen (1911a; 1911b; glej tudi Kelsen 2005)

<sup>26</sup> Kelsen, 1911b, s. 4–5.

<sup>27</sup> Kelsen, 1911b, s. 10–11. Čeprav Kelsen priznava pomen tega, kar je njegov učitelj Jellinek imenoval »normativna moč dejanskosti«, pa vztraja na kategorjalni jasnosti in ostrem razločevanju obeh svetov.

»Medtem ko so prve usmerjene na dejansko danost, na svet biti in realnosti, druge preučujejo svet najstva, usmerjene so na idealno. ...Normativne znanosti oz. normativne discipline – njihovo spoznanje ni usmerjeno na to, kar se dogaja v resnici, temveč na to, kar naj bi bilo – postavljajo pravila, ki določeno ravnanje predpisujejo, terjajo neko bit ali ne-bit, to je, vzpostavljajo neko najstvo. ...K razlagalnim oz. vzročno-posledičnim znanostim spadajo predvsem naravoslovne znanosti, prav tako pa tudi zgodovinske znanosti; k normativnim disciplinam pa prištevamo etiko, logiko, gramatiko (Kelsen 1911b: 11–12).«

Institut nezavedne malomarnosti kot oblike krivde v kazenskem pravu je lep primer razkoraka med psihološko in pravno naravo krivde. Gre za normativno predstavo krivde, po kateri je storilec kriv, tudi »... če se ni zavedal, da lahko zaradi njegovega ravnanja nastane prepovedana posledica, pa bi se bil po okoliščinah in po svojih osebnih lastnostih tega moral in mogel zavedati« (tako npr. o tej obliki krivde veljavni slovenski KZ, čl. 18).<sup>28</sup> Kot takoj vidimo, pravi Kelsen, ta oblika krivde nima niti približnega korelata na ravni psihološkega hotenja, ali če hočemo, t.i. »subjektive volje«, saj gre v biti le za kršitev norme. Nekega psihološkega korelata volje oz. hotenja nikakor ne moremo najti, najdemo pa lep, izčiščen primer čiste »pravno najstvene atribucije« (Kelsen).

Krivda v pravnem pomenu po Kelsnu ni nekaj, kar bi lahko obravnavala psihologija. Pojem krivde spada v normativne vede, ker je povsem normativne narave: »...subjekt krivde je le tisti, ki ga razpoznamo kot kršitelja norme.« (Kelsen 46). Iz tega sledi, da pravo kot normativna disciplina ne temelji na psiholoških korelatih, temveč izključno na temeljnem postopku normativnega pripisovanja (nem. *Zurechnung*).<sup>29</sup> Pri tem ne gre za kavzalno, niti za teleološko navezovanje, temveč za čisto normativno, na temelju norme vzpostavljeno navezo.<sup>30</sup> Kelsen podaja še en primer – pravilo iz rimskega prava, ki pravi takole: V primeru, da na mimoidočega s strehe neke hiše pade nek predmet in ga ubije, se z visoko denarno kaznijo kaznuje lastnik hiše. Pravno pravilo pripiše smrt mimoidočega lastniku hiše, ne glede na to, da med njegovo smrtjo in dejanji lastnika hiše ni nikakršne naravne vzročno-posledične ali teleološke zveze. Pravo v svoji normativni samostojnosti ni vezano na naravoslovno znanstveni koncept kavzalne vzročnosti, zanj je edino relevantna le normativna atribucija!

Ali z drugimi besedami, pravna norma sicer lahko sledi prevladujoči predstavi o psihološko-biološki vzročno posledični navezi, ni pa nujno tako, zato je edino pravilno govoriti le o pripisljivosti, ki ima povsem normativni karakter.<sup>31</sup> Velikokrat se res zgodi, pravi Kelsen, da poteka pravno pripisovanje vzpo-

redno z našimi predstavami o naravni vzročno-posledični zvezi v materialnem svetu. Tako na primer pripisuje pravo umor morilcu. Vendar pa bi bilo, pravi Kelsen:

»... napačno verjeti, da je načelo pripisovanja utemeljeno v vzročni zvezi in da torej posledico pripišemo storilcu zato, ker je njegovo dejanje vzrok tej posledici. Ravno tukaj se pokaže, da načelo vzročnosti ne predstavlja kriterija, po katerem bi lahko iz vse strani neskončne verige med seboj vzročno povezanih členov izdvojili prav to dvojico, ki je v resnici kavzalno enakovredna vsem ostalim. Le norma nam v tem primeru določa ključno načelo selekcije.«<sup>32</sup>

Kelsen tukaj namiguje na probleme, ki jih ima znanost s konceptom vzročnosti, ko iz »v vse strani neskončne verige med seboj vzročno povezanih členov izdvoji prav to dvojico, ki je v resnici kavzalno enakovredna vsem ostalim«. Tudi zato bi normativno pripisovanje, utemeljeno na »psihološko – biološkem« razlogovanju, neposredno privedlo pravo kot čisto normativno disciplino na spolzka tla tovrstnih »predhodnih vprašanj«. Biološko-psihološko enoto človek moramo razlikovati od etično-pravne enote, ki jo imenujemo oseba. V nauku o subjektu kaznivega dejanja je treba pojem človeka strogo ločiti od pravne predstave o »osebi«, ki je objekt normativnega pripisovanja. Tudi v kazenskopravnih razpravah o krivdi ne moremo besede krivda uporabljati psihološko-biološko. Po Kelsnu je nekdo kazenskopravno kriv le v tem smislu in zato, ker mu pravna norma pripisuje odgovornost za nastalo posledico.<sup>33</sup>

Skratka, pravi Kelsen, ločiti moramo dve predstavi o »volji«. Prvo, biološko-psihološko, ki pripada svetu tega, kar je, in drugo, »voljo« etike in prava, ki je konstrukt najstvenega elementa norme in nima nikakršnega konkretnega zgleda v realnem duševnem življenju človeka.<sup>34</sup>

Zdi se, da je Kelsen z uvedbo strogega metodološkega dualizma elegantno rešil večni problem svobodne volje. Do istega zaključka pa bi lahko prišli tudi z druge smeri. Znanost po svoji lastnih izhodiščih s svobodno voljo nima nič. Npr. psihologija kot del razlagalnih naravoslovnih znanosti, nikoli ne bo mogla »odkriti« svobodne volje. Svobodna volja, vredna svojega imena, je namreč po definiciji izvzeta iz katerekoli vzročno-posledične verige. Z odkritjem svobodne volje bi psihologija, tako Kelsen, spodnesla svojo temeljno metodološko paradigmo, ki v maniri razsvetljenstva in znanstvenega raziskovanja išče vzročno-posledične zakone v naravi, ki ji pripada tudi človek.<sup>35</sup>

Kot je vzročno vzpostavljena volja človeka nujna predpostavka biološko-psihološkega raziskovanja, tako je svobodna volja nujen postulat etike in prava.<sup>36</sup> Kelsnov prepad med tem,

<sup>28</sup> Cf. podrobneje Bavcon, Šelih, s. 233–234.

<sup>29</sup> Nekateri *Zurechnung* v slovenski jezik prevajajo tudi kot »prištevanje«.

<sup>30</sup> Kelsen, 1911b, s. 49; konkretno o nekaterih problemih pripisljivosti v kazenskem pravu glej Ambrož 2005.

<sup>31</sup> Kelsen, 1911, s. 50.

<sup>32</sup> Kelsen, 1911b, s. 50–51.

<sup>33</sup> Kelsen, 1911b, s. 52–53.

<sup>34</sup> Kelsen, 1911b, s. 55.

<sup>35</sup> Kelsen, 1911b, s. 59.

<sup>36</sup> Kelsen, op. cit., s. 59–60.

kar je, in tem, kar naj bi bilo, med dvema »vrstama« volje in dvema konceptoma pripisovanja posledic strnjeno izraža spodnja shema:

Shema 1: Naravoslovna in normativna »volja«.

psihološko-biološka »volja«	etično-pravna »volja«
področje tega kar je ( <i>Sein</i> )	področje najstva ( <i>Sollen</i> )
nesvobodna, vzročno vezana	nujno predpostavljena kot svobodna
določajo jo empirični naravni zakoni, ki jih spoznava znanost	določa jo normativno (npr. kazensko pravno) pripisovanje ( <i>Zurechnung</i> )

Kelsen skratka znanstveno kritiko človekove svobodne volje odpravi s tem, da jo razglasi za nepristojno. Pravo je čista normativna disciplina, kjer se odgovornost povsem avtonomno določa izključno po pravnem kriteriju »pripisljivosti«. Dejstvo, da pravna pripisljivost mnogokrat teče vzporedno s prevladujočimi predstavami o psihološko-biološki vzročnosti, nas zavrača na zgrešeno premoščanje in mešanje normativnega in dejanskega. Za pravo je pomembna in odločujoča le normativna atribucija, vse drugo je mešanje pojmov in malomarno nespoštovanje meje med normativnim in deskriptivnim. Če npr. pravni red predpostavi svobodno voljo in izvede in uporablja kategorije, kot so krivda, očitek, kazenska odgovornost itn., ki na tej predstavi temeljijo, potem je to povsem avtonomna zadeva prava. Nobeno deskriptivno, naravoslovno znanstveno oz., če hočemo, psihološko-biološko zanikanje tega normativnega dejstva za pozitivno pravo ni relevantno. Med obema deloma sveta se razteza nepremostljiv prepad.

Vendarle, kako potem poteka vsakodnevno srečevanje ločenega sistema (fiktivno) normativnih atribucij s »psihološko-biološkim« substratom množice fizičnih subjektov (oz. objektov) prava? Lahko, prvič, pravna praksa sploh zdrži napetost nepremostljivega ločevanja med normativnim in dejanskim v primerih hudih razkorakov med normativnim pripisom in naravoslovnimi predstavami o vzročnosti? Lahko ta razkorak dolgo časa zdrži neka v skupnosti vzpostavljena predstava o pravičnosti, ki se poraja iz vsakodnevne prakse tega, kar je in se želi hkrati odražati na ravni prava? In, ne nazadnje, se normativna fikcija vsakodnevno res srečuje z »naravnim« subjektom ali pa ji stoji nasproti druga fikcija, nič manj vredna svojega imena? To vprašanje nas v razpravljanju o tradicionalnem subjektu prava prestavi plast nižje, na raven psihoanalize.

### 8. Psihoanaliza in subjekt svobodnega delovanja

Če tradicionalna psihologija in sociologija v okviru paradigme znanosti spodbijata ustaljeno predstavo o človekovi svobodni volji, pa psihoanaliza sprevača temeljno predstavo o nosilcu svobodne volje in s tem seveda tudi svobodno voljo »kot tako«. Psihoanaliza trdi, da je človek podvržen neki alter-

nativni, libidinalni racionalnosti. Njena predstava o človeku ni združljiva s klasično predstavo o svobodni volji. Še več, v svoji strukturalni dodelanosti predstavlja model subjekta psihoanalize morda najbolj resno kritiko razsvetljenskega modela, oz.

bolj natančno, gre za kritiko na drugo potenco. Psihoanaliza si namreč zastavlja radikalno vprašanje, ali t.i. tradicionalni subjekt sploh obstaja? Je subjekt prava res takšen, kot si ga pravo predstavlja oz. kot si ga želi?

Pravnik in psihoanalitični teoretik David G. Carlson npr. ugotavlja, da imajo tako različne moderne smeri pravne teorije, kot so npr. ekonomska analiza prava, komunitarizem ali npr. naravnopravna šola, kljub vsem svojim razlikam skupno vizijo subjekta. Vsem je skupna predstava o »naravnem subjektu« (npr. kazenskega) prava, oz. predstava o ontološki realnosti njenega oz. njegovega *Sein*:

» ... pravo je pozitivno pravo – fikcija, ki jo ustvarjajo nekateri in naslavljajo na druge – vendar pa je naslovnik prava »naraven«. Ta subjekt je sam sebi identičen, samo-prisoten in, predvsem, racionalen. Ta racionalni subjekt se pozna v celoti. ... V njegovem sedanjem obstoju ni nezavednega. Skratka, oseba je izenačena z egom.

Psihoanaliza zanika predpostavko samo-identičnosti in s tem implicitno zanikanje nezavednega. .... Za razliko od samo-identične osebe utilitarizma in drugih oblik »zdrave pameti«, je psihoanalitični oseba razpeta med Simbolnim in Realnim.«<sup>37</sup>

V popolnem nasprotju z neoklasičnim modelom človekovega delovanja, kot ga npr. srečamo pri ekonomski analizi prava, ki temelji na paradigmatični teoriji razumnega oz. racionalnega delovanja (*rational choice theory*), psihoanaliza ne sprejema predpostavke racionalnega, načrtno-zavednega odločanja. Podobno je npr. razmišljal že Nietzsche, ta veliki anti-racionalist, ki smo ga že omenili. Že davno pred Freudom je posumil v razlago, da lahko naša dejanja razložimo z nameni ali s tem, kar mislimo, da so naši nameni, oz. s premislekom, ki smo ga »izvedli« pred dejanjem samim. Po Nietzscheju so stvari dosti globlje in bolj zastrte; kot pravi v *Onkraj dobrega in Zla*:

»...Vse, kar je v zvezi z dejanjem, kar je intencionalnega, vse, kar v zvezi z njim lahko vidimo, vemo, »se zavedamo«, še vedno pripada površini in koži – ki, kot katerakoli koža, nekaj izdaja, še več pa prikriva. Na kratko ... intenca je le znak in simptom, ki zahteva interpretacijo ...«<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Carlson, s. 2290. Cf. tudi e.g., Salecl (1989, *passim*).

<sup>38</sup> Nietzsche cit. v Carlson, s. 2315.



Le oseba brez nezavedenega je lahko, kot si predstavljajo kartezijanci »sama sebi identična, samoprisotna« (Carlson) in (si lahko misli, da) ve, zakaj je storila to in to.<sup>39</sup>

Psihoanaliza trdi nasprotno; kar razberemo kot razumno, preiščeno dejanje, ni nič drugačno od impulzivnega dejanja, pri katerem razumnosti in preiščenosti tradicionalno ne priznamo. Po psihoanalizi je človekovo dejanje vedno na nek način impulzivno in nikoli avtonomno preiščeno, preudarjeno, ali morda naklepno, kot bi rekli v kazenskem pravu.<sup>40</sup>

Ob tem pa gre tovrstno razmišljanje še korak dlje. Neavtonomnost in nesvoboda očita ravno kantovsko – zdravorazumski pragmatični predstavi o preiščenem delovanju. Kot to npr. s ščepcem sofizma komentira Carlson:

»Problem pragmatične (t.j. razsvetljenjske, op. M.J.) zastavitve je, da ..... zanika človekovo svobodo. V skladu z pragmatičnim pojmovanjem neko preiščeno dejanje ni bilo storjeno svobodno. Ravno nasprotno, oseba je bila pri tem vezana na razloge, ki jih je razvila pred delovanjem. Če je to res, to pomeni, da dejanje ni bilo dejanje. Prej je šlo za mehanično, nesvobodno »ponovitev« razlogov za dejanje.

.... Ko pragmatik razmišlja o tem, kaj bi storil, in potem v skladu z rezultatom svojega premisleka nekaj stori, za to t.i. dejanje ni odgovorno nobeno svobodno človeško bitje. Odgovorni so »razlogi« za dejanje. Pragmatik, ki svoja dejanja opravičuje z razlogi, se enostavno želi izogniti odgovornosti – pridobiti si želi opravičilo sodbo pred sodiščem superega.....Razvijanje razlogov je iracionalno, nezavedno dejanje. S tem ko pragmatični subjekt izvede »dejanje« podajanja razlogov, preda svojo svobodo tem razlogom, odide spat in postopa mehanično. Razum je tu, da prevzame odgovornost.«<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Carlson, s. 2315.

<sup>40</sup> Carlson, s. 2313. V tem smislu se postavlja nasproti t.i. 'kartezijanskemu teatru', ideji, da je v človekovem duhu osrednja točka zaznavanja-odločanja, pri kateri se vse prihajajoče informacije zbirajo, ocenijo in nato pretvorijo v ukaze za (re)akcijo. Žižek, s. 145. T. i. postmoderna teorija zoperstavljanje tej ideji še zaostri. Če psihologija spodbija svobodno voljo in če psihoanaliza spodbija tako svobodno voljo kot tudi našo predstavo o njenem nosilcu – osebi, pa postmoderna filozofija v svojo dekonstrukciji spodbija tako svobodno voljo kot subjekt ob tem pa tudi možnost kakršnekoli objektivne teorije v zvezi s tem. Spodbija predpostavko o nespremenljivi človekovi naravi in trdi, da je zamisel o dokončnem spoznanju naše objektivne narave iluzija. Nasploh trdi, da čista objektivnost ne obstaja. Kar obstaja je le množica med sabo nenehno tekmujočih se govorov (»diskurzov«) in zgodb (»nacij«), ki se borijo za prevlado. Za vodilne predstavnike postmoderne filozofske misli je avtonomnost zelo vprašljiv konstrukt. Tako npr. post-structuralist Foucault vidi človeka kot v celoti določenega z strukturnimi silami vseobsežnega sistema v katerega je vržen. Oseba je le pasivno prizorišče delovanja vseprisotnih strukturnih določilnic različnih kompleksov moči svojega časa. Jaz je razsrediščen, razpršen, in je v končni posledici rezultat delovanja strukturno- sistemskih silnic. Nad to določenostjo ni nikakršnega presežka (Cf. Foucault, s. 103–120, Henry, Milovanovic, *passim*). Problem postmoderne kritike je morda v tem, da v vsej dekonstruktivni doslednosti ne predlaga ustreznih alternativ. Bi bila pozitivna alternativa nova »velika zgodba« o človekovi naravi, avtonomnosti in takšni ali drugačni (ne)odgovornosti za lastna dejanja?

<sup>41</sup> Carlson, s. 2314–15.

Psihoanaliza skratka na vprašanje o svobodni volji odgovori tako, da postavi pod vprašaj nosilca svobodne volje samega.

## 9. Kognitivna naturalistična neuro-znanost

Mimo psihoanalize morda najbolj spodjeda običajne predstave o svobodi – iz povsem drugačnih izhodišč – razvoj materialistično-naturalistične kognitivne neuro-znanosti. Gre za radikalno različico široke palete t.i. kognitivnih znanosti, ki jih zanima t.i. problem razmerja med telesom in duhom (ang. *body-mind problem*). Raziskovanje možgan z vidika modernih naravoslovnih znanosti nezadržno napreduje v smer, ki z vidika kantovskih in humanističnih postulatov vodi v ponižanje človeka kot avtonomnega, suverenega bitja. Človekov um in njegova zavest sta reducirana na objekt znanstveno-pozitivističnega raziskovanja človeških možganov. Gre za naravoslovno znanstveno paradigmo, ki delček za delčkom odstira ustaljene predstave o duševnih procesih in sestavlja novo različico predstave o človeku-stroju.<sup>42</sup>

Po eni strani je naturalistična neuro-znanost velik izziv za tradicionalno psihoanalizo, saj z njo na nek način tekmuje v razlagi zavesti, volje, duha in kar je še drugih bolj ali manj zamotanih duševnih procesov in oznak zanje. V tem smislu je psihoanaliza, morda paradoksalno, še vedno na okopu tradicionalno humanističnih pozicij, ki temeljijo na tezi o nemožnosti redukcije duha na materijo. Sodobni neuro-naturalizem pa v svojem sploščenju človekovega uma in duha na bio-nevrološke elemente prinaša trpko »razčaranje«. Ta naturalistični »raziskovalni duh« se namreč človekovega duha, če lahko tako rečemo, loteva skozi naturalistično prizmo električnih impulzov v možganih.<sup>43</sup>

Eden od mogočih odgovorov psihoanalize na konkurenčni izziv neuro-znanosti in njenega zanikanja svobodne volje se naveže na Kanta (lahko pa bi se, kot smo videli, tudi na Kelsna) in tej »razlagi« očita preveliko ambicioznost temelječo na mešanju *Sein* in *Sollen*. Vendarle, lahko, da je ta ugovor prekratek, lahko da gre, kot pravi Žižek, za dosti močnejšega nasprotnika in za nekaj veliko usodnejšega:

»V skladu s temi premisami je standardni neokantovski očitek kognitivizmom, ki postavlja pod vprašaj obstoj svobodne volje v človeku, da zakrivijo »kategorialno zmešnjavo«: z nelegitimno operacijo reducirajo normativno raven razlogov (motivacij) dejanja na njegove pozitivne vzroke (kako je to dejanje umeščeno v tkivo fizične realnosti, katere del je). Moj »Da!« na poroki se lahko opiše kot fizično dejanje, vključeno v kavzalno tkivo materialne (nevronske, biološke itn) realnosti, a to ne poda razlogov, zakaj sem rekel »Da!«. V človeških bitjih obstaja normativna dimenzija (iskanje resnice, dobrote, lepote zaradi njih samih, to iskanje pa ni del preživetvene strategije), ki deluje na

<sup>42</sup> Cf. Churchland (2002).

<sup>43</sup> Cf. Žižek, *passim*.

ravni, ontološko različni od faktične realnosti, in se je ne da zvesti nanjo ... Ta odgovor zgreši bistvo pristopa nevroznanosti: ko te trdijo, da se da načeloma vse naše izbire razložiti z nevronske procesi, postavljajo trditev, ki bi, če bi bila resnična, dajansko spodkopala našo svobodo in jo reducirala na iluzorno izkušnjo, na napačno prepoznavo bioloških procesov, ki dejansko vodijo predstavo. Z drugimi besedami, kognitivisti ne zanikajo razkoraka med normativno ravno, ki vzdržuje naše subjektivno izkustvo svobode in nas kot biološke mehanizme; trdijo pa, da je ta razkorak razkorak med realnostjo in iluzorno subjektivno izkušnjo te realnosti.<sup>44</sup>

Gre torej za frontalno in totalno spodkopavanje predstave o svobodni volji, za tako rekoč napoved končne rešitve tega vprašanja? Po drugi strani pa bi lahko rekli, kot je zastavil že Kelsen (*supra* s. 13), da znanstveno naravoslovni pristop drugače niti ne more. S tem ko bi dosledni naravoslovec dopustil možnost »odkritja« mehanizma svobodne volje, te »kavzalnosti iz svobode«, bi spodbijal svojo lastno paradigmatično metodologijo. Je torej vprašanje svobodne volje v biti etično vprašanje našega sobivanja z *Sollen*? Se moramo ob tem vprašati še, od kod in čemu ta *sollen za Sollen* (in če hočemo tako naprej/nazaj v neskončni regres...)? Kako bi namreč izgledal svet, v katerem ljudje ne bi verjeli, da je njihovo delovanje svobodno?

Zanimivo je, da večina pristašev naturalistične nevroznanosti, v nasprotju z reko *Tout comprendre, c' est tout pardonner!*, ni sposobna potegniti radikalnih zaključkov svojega nauka. Ko vprašanje nanese na možnost pravnega in etičnega očitka, se večinoma postavijo na pragmatično stališče »pretvarjajmo se, kot da ...«. Ali, kot to povzema Žižek: »Večina ...trdi, da bi v svojem vsakodnevnem življenju morali spoštovati naše samoizkustvo svobodnih odgovornih delujočih ljudi in še naprej kaznovati zločince ...«<sup>45</sup> V svetu zmagoslavja nevroznanosti bi sedanje (iskreno) samo-izkustvo svobode postalo stvar hipokrizije. Bi lahko na podlagi te zavestne fikcije in tovrstnega pretvarjanja ljudi še naprej kaznovali, jih pošiljali za toliko in toliko let (ali morda celo doživljenjsko) v zapor ali celo v smrt? Bi tovrstna »čista normativna atribucija« lahko zdržala dlje časa?

## 10. Povzetek, zaključki in nova vprašanja

Pravno filozofska razprava o človekovi svobodni volji je očitno zapletena in večplastna. Če je šlo pri Schopenhauerju in Nietzscheju še za enega izmed alternativnih filozofskih vidov, gre pri naturalistični kognitivni nevroznanosti za pristop, ki poskuša tudi našo izkušnjo najstva naravoslovno znanstveno razložiti kot subjektivno (in kolektivno) iluzijo realnosti.

V vsakodnevnih pravnih praksi si niti na ravni miselnega eksperimenta ni moč misliti radikalnega odklona od modela človeka svobodne volje in njegovo zamenjavo s takšnim ali

drugračnim modelom strogega determinizma. Vsaj ne v okviru temeljnih pojmov kazenskega prava, kot so očitek, krivda, kazenska odgovornost itn... Napovedujejo možnost novega, alternativnega sveta, zadnji izsledki naturalistične nevroznanosti? Bi šlo v tem primeru za dokončno znanstveno »zasutje« po Kelsnu sicer nepremostljivega prepada med *Sein* in *Sollen* in s tem za dokončno rešitev tega vprašanja?

Na ravni pravne prakse se vsa pravno filozofska razprava zoži na vprašanje, v kolikšni meri bodo argumenti znanosti, v tem trenutku predvsem psihologije in socialne psihologije, našli svoj prostor v prevladujočem konceptu prava. Kot že do sedaj, bomo tudi v prihodnje pričali stalnemu vzpostavljanju ravnotežja med t.i. objektivističnimi in subjektivističnimi silnicami v razvoju kazenskega prava. Subjektivistične silnice spodkopavajo željo po ločenem obravnavanju dogodka/kaznivega dejanja; vnašajo predzgodovino, predstavljajo naše delovanje kot »stalen tok« (Nietzsche) in ne kot ločeno dejstvo, ki naj bo podlaga za sklepanje o odgovornosti. Tipičen primer prevlade subjektivizma je, oz. bi bilo, npr. upoštevanje sindroma pretepe ženske kot neke vrste silobrana, ki izključuje protipravnost. Tu gre za lep primer pogleda v »predzgodovino« kaznivega dejanja, ki ostri dilemo o naši pripravljenosti odlepiti se od izolirane obravnave dogodka in se seznaniti z njegovo zgodovino in njenimi interpretacijami.

Današnji model odgovorne fizične osebe kazenskega prava sicer lahko izvira iz konca 18. stoletja, kljub temu pa bi bilo zamišljati si današnje pravo brez njega enako, kot zamišljati si fiziko, v kateri ne bi veljalo, da je svetlobna hitrost v vakuumu konstanta (cf., Alldridge, *supra*). Pa vendarle, bo ta, danes tradicionalna vizija subjekta, večini enako samoumevno vsajena tudi v prihodnosti?

## Literatura:

1. Aristotel (2002): *Nikomahova etika*. Prev. K. Gantar. Ljubljana, Slovenska matica.
2. Ambrož, M. (2005): Objektivna pripisljivost v kazenskem pravu, *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani*, str. 53–78.
3. Ambrož, M. (2005b): Kriminologija v »Vstajenju« Leva Nikolajeviča Tolstoja. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 56, št. 4, str. 371–375.
4. Alldridge, P. (2000): *Relocating Criminal Law*. Aldershot, Brookfield USA *et al.* Ashgate – Dartmouth.
5. Bavcon, L., Šelih, A. (1996): *Kazensko pravo – splošni del*. Ljubljana, ČZ Uradni list.
6. Beccaria, C. (2002): *O zločinih in kaznih*. Prev. Niko Košir, ur. Bavcon L. Ljubljana, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
7. Bentham, J. (1988): *The Principles of Moral and Legislation*. New York, Prometheus Books.
8. Carlson, D.G. (2003): The Traumatic Dimension in Law. V: *Caridozo Law Review*, 24, št. 6, str. 2287–2329.

<sup>44</sup> Žižek, s. 36.

<sup>45</sup> Ibid.

9. Churchland, Smith, P. (2002): **Brain-Wise: Studies in Neurophilosophy**. Cambridge, London, MIT Press.
10. Feinberg, J. (1989): **Reason and Responsibility**. Seventh Edition. Belmont, California Wadsworth Publishing Company.
11. Foucault, M. (1991): Subjekt in oblast. V Foucault, M.: **Vednost – oblast – subjekt**. Prevedli Boris Čibej *et al.*. Ljubljana, Krt, str. 103–120.
12. Fuller, L.L. (1969): **The Morality of Law**. Rev. ed. New Haven, London, Yale University Press.
13. Glaser, D. (1977): The Compatibility of Free Will and Determinism in Criminology: Comments on an Alleged Problem. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, 67, No. 4.
14. Henry, S., Milovanovic, D. (1996): **Constitutive Criminology: Beyond Postmodernism**. London, Sage Publications.
15. Kant, I. (1974, 1785): **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Werkausgabe Band VII, herausgegeben von Weischedel. Frankfurt am Main, Suhrkamp.
16. Kant, I. (1974, 1781): **Kritik der Reinen Vernunft**. Werkausgabe Band III, IV herausgegeben von Weischedel. Frankfurt am Main, W., Suhrkamp.
17. Kanduč, Z. (1999): **Kriminologija: (stran)poti vede o (stran)-poteh**. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
18. Kanduč, Z. (2002): Klasična kriminologija – razlogi za njeno trdno živno aktualnost. **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, 53, št.1, str. 12–25.
19. Kelsen, H. (1911a): **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**. Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
20. Kelsen, H. (1911b): **Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode**. Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
21. Kelsen, H. (2005): **Čista teorija prava**. Prev. Maček Mergole, A., Novak, A.. Ljubljana, Cankarjeva založba.
22. Milenković, M (2005): **Leposlovje in kriminologija**. Ljubljana, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
23. Nietzsche, F. (2005, orig. 1878): **Človeško prečloveško: v spomin Voltairu ob obletnici njegove smrti 30. maja 1778**. Prev. Alfred Leskovec, Ljubljana, Slovenska Matica.
24. Plato (1975): **The Laws**. London, Penguin Books.
25. Salecl, R (1989): Nevarni individuum (kriminologija in psihoanaliza), **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, 40, št. 3, str. 275–283.
26. Schopenhauer, A. (1999, 1841): **Prize Essay on the Freedom of the Will**. Zöller, G. (ed.). Cambridge, Cambridge University Press.
27. Schafer, S. (1977): The Problem of Free Will in Criminology. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, 67, no.4, str. 481–485.
28. Šuster, D. (2003): Vzročnost. **Analiza**, časopis za kritično misel, 7, št. 4, str. 37–53.
29. Šuster, D. (1997): Svoboda kot sposobnost. **Analiza**, časopis za kritično misel, 1, št. 1, str. 7–23.
30. Šuster, D. (2002): Sestavljanje o svobodi. **Analiza**, časopis za kritično misel, 5, št. 3, str. 62–69.
31. Taylor, I., Walton, P., Young, J. (1973): **The new criminology: for a social theory of deviance**. London, Routledge & Kegan Paul.
32. Unger, R. M. (1974): **Knowledge and Politics**. New York, The Free Press.
33. Westen, P. (2004): Getting the Fly out of the Bottle: The False Problem of Free Will and Determinism. **Criminal Law Review**, Vol. 8, s. 599–652.
34. Zupančič, B.M. (1987): Deontologija pravne zmote – meje subjektivizacije kazenskega prava. V: **Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani**, str. 305–320.
35. Žižek, S. (2005): **Kako biti nihče**. Ljubljana, Analecta, Društvo za teoretsko psihoanalizo.

## On the presumption of free will in criminal law and criminology

Matjaž Jager, LL.D., Research Associate, Institute of Criminology at the Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia

Most criminological theories, and the modern criminal law, in particular presume that humans have what is called free will. According to this assumption, the subject of criminal law is in principle free to choose whether to offend or not. The assumption of free will is the basis for the criminal law notion of responsibility based on guilt. Nonetheless, in (legal) philosophy, the problem of free will still needs to be resolved. The discussion is framed as a dispute between more or less homogeneous groups of proponents of determinism and free will. In this article, the ideas for and against free will are put forward, using the notions and examples developed by Schopenhauer, Nietzsche, Kant and Kelsen. On the other hand, psychoanalysis undermines the classical notion of the subject itself, which is nonetheless shared among the rest of mainstream schools of present day legal thought. Despite its opposition to the Cartesian subject, psychoanalysis in a way defends the traditional humanistic position that refuses to reduce mind to matter. Modern naturalistic neuro-science, on the other hand, seems to explain that our subjective experience, for example of *sollen*, is a kind of illusion of reality that will soon be scientifically explained with no recourse to metaphysics. Will the Cartesian free subject of the 18<sup>th</sup> Century survive the persistent undermining from the sciences? And if the scientific naturalistic view of the subject does one day prevail, what will legitimate criminal law look like?

**Key words:** free will, hard determinism, guilt, Schopenhauer, Nietzsche, Kant, Kelsen, classical criminological school, normative attribution, psychoanalysis, naturalistic neuro-science