

Virtualnost, (ne)moralnost in škodljivost: normativna vprašanja nekaterih oblik kibernetične kriminalitete

Nina Peršak*

Prispevek obravnava normativna (vrednostna) vprašanja, ki se zastavljajo ob inkriminiranju določenih nezaželenih ravnanj v virtualnem svetu interneta. Kljub svoji »virtualnosti« ta ravnanja postanejo zelo »realna«, ko jih presojava po škodljivih posledicah. Po drugi strani – in v skladu z načelom (kazenskopravne) škode – pa je kriminalizacija ravnanja, pri katerem omenjene škode ni, vprašljiva. Prispevek se loti tudi vprašanja inherentne nemoralnosti (*mala in se*) in posledične *a priori* spoznavne zavržnosti teh ravnanj, ki prav tako vpliva na legitimnost inkriminiranja. Kazensko pravo ne le, da vedno zaostaja nekaj korakov za dogajanjem v družbi in je precej neučinkovito orodje za spoprijemanje s tovrstnimi ravnanji, njegova legitimnost je delno ogrožena tudi, kadar je vse več kaznivih dejanj zaznanih zgolj kot *mala prohibita*, ki torej nimajo nobenega negativnega moralnega naboja zunaj prava. Položaj, v katerem večina postane deviantna oz. ko deviantnost postane norma, pravilo, vpliva ne le na upravičljivost kriminalizacije, temveč omogoča vrsto nevtralizacijskih tehnik, ki jih dostopnost in zaznana anonimnost interneta še dodatno spodbujata. Tehnologija pogloblja tudi generacijski prepad v informacijskotehnološkem znanju in vrednostnih sistemih. Zdi se, da je prav to bistvo problema, ko govorimo o omenjenih oblikah kibernetične kriminalitete.

Ključne besede: računalniška/kibernetična kriminaliteta, kriminalizacija, normativno, morala, škoda, internet, tehnologija, mala in se, mala prohibita

UDK: 004.738.5 : 343.3/7

Virtualnost

Beseda »virtualno« je večpomenska; pomeni namišljeno, navidezno, neresnično, možno, potencialno, odkar poznamo internet pa se nanjo lepi tudi vse, kar je povezano z internetom. Z besedo »virtualnost« namreč pogosto označujemo internet¹ in svet interneta »virtualni svet«. Toda ta virtualnost virtualnega sveta ni nujno vedno virtualna tudi v smislu navideznosti, neresničnosti. Ima lahko namreč precej realne posledice, tj. posledice, ki se kažejo pozitivno ali negativno v realnem, resničnem, zunajinternetnem svetu.

In tu se stvari zapletejo. Poleg prednosti hitrejšega in lažjega dostopanja do informacij, olajšanega komuniciranja med

ljudmi na različnih koncih sveta in številnih drugih prednosti bi bil internet lahko npr. izvrstno orodje za spuščanje potlačenege ida na plano, torej za razreševanje tiste konfliktnosti, ki nastaja s »civiliziranjem« družbe (Elias) oz. s socializacijo posameznika kot njegovim prilagajanjem okolju (Freud) in družbenim normam (kar zahteva potlačitev ida); konfliktnosti, ki se lahko sprošča na destruktivne, družbeno nezaželene načine (npr. s kriminaliteto). Kot nekakšen ventil (namesto kriminalitete) za sproščanje posameznikovih družbeno manj zaželenih nagonov, želja in hotenj (npr. flirtanje z osebo, ki ni tvoj mož/žena, poligamne težnje, SM in druge neortodoksne prakse, laganje, goljufanje, prevzemanje izmišljenih identitet ipd.) bi bil tako lahko internet z vidika družbe (in posameznika) nadvse koristen mehanizem, ki oddvaja družbeno nesprejemljiva ravnanja v nematerialni, nečutni svet onstran tega, v katerem živimo – a le če ne bi imel posledic v t. i. realnem življenju, posledic, ki so lahko tudi škodljive. Ko namreč prestopimo to mejo, se virtualnost razblini.

Škodljivost

Korist in škoda, spočeta sicer v t. i. virtualnem svetu, postane nekaj nevirtualnega oz. realnega, če ne prenehata obstajati, ko se odklopimo z interneta ali ko izključimo računalnik.

* Nina Peršak, doktorica pravnih znanosti, magistra socialne in razvojne psihologije (*M.Phil.*), znanstvena sodelavka Znanstveno-raziskovalnega centra SAZU, Novi trg 2, 1001 Ljubljana. Prispevek je nastal v okviru Ciljnega raziskovalnega projekta Računalniška/kibernetična kriminaliteta v Sloveniji (končan 2006, nosilna org.: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani), določeni deli pa so bili pozneje posodobljeni zaradi (zlasti zakonodajnih) sprememb.

¹ Čeprav pri tem pogosteje mislimo na WWW ali svetovni splet in ne na internet ali medmrežje kot tako, tj. kot mednarodno računalniško omrežje mrež, ki nam prek računalnika omogoča dostop do različnih storitev.

Omenjena škoda pa je lahko precejšnja. Po nekaterih ocenah naj bi globalni kibernetični kriminal leta 2004 obrnil več denarja kot trgovanje z drogami, tj. čez 105 milijard dolarjev.²

Velika škoda, ki jo povzročajo (tudi mladoletni) storilci kibernetične kriminalitete, pa je »kriva« tudi za pozive, naj se mladoletniki obravnavajo kot odrasli, oz. v primeru ZDA, naj mladoletnike preganjajo zvezne oblasti.³ Sicer za mladoletnike pogosto veljajo posebni režimi; za njihovim (drugačnim) obravnavanjem stoji namreč drugačen *ratio*, drugačen smisel.⁴ Pri pregonu mladoletnikov je pomembnejše od povzročene škode in njihove kazenske odgovornosti družbeno prepričanje, da so te mladoletne osebe le »začasno« zašle s poti, da bi jim s prestrogo, »odraslo« kaznijo lahko le škodovali in da jim je namesto tega treba pomagati ponovno najti pravo pot. Drugače povedano, »izhodišče za obravnavanje mladoletnikov, ki so storili kazniva dejanja, so potrebe posameznega mladoletnika za njegovo prevzgojo.«⁵ Pri kazensko-pravnem obravnavanju mladoletnika v Sloveniji se torej da razbrati večja družbena vera v možnost spremembe, prevzgoje takega storilca, ki narekuje njihovo drugačno obravnavanje, ne pa, kot že rečeno, povzročena škoda. Če zagovarjamo diferencirano obravnavo mladoletnikov na podlagi teh ustaljenih razlogov, moramo biti tako z vso silo proti spremembi obravnavanja mladoletnikov zaradi povečane ali velike in resne škode, ki jo povzročijo. Sicer gre za samo normativno in paradigmatično spremembo mladoletniškega kazenskega prava nasploh.

Kibernetična kriminaliteta tako lahko po eni strani ogroža temeljna načela, na katerih temelji represivno državno poseganje v avtonomijo posameznika, saj je škoda, ne krivda, tista, ki tudi pri mladoletniškem prestopništvu določa (ali določa bolj kot prej), kako bomo obravnavali storilce in jih kaznovali. Po drugi strani pa je v zvezi z določeno kibernetično kriminaliteto zaslediti različne, lahko bi rekli, domneve krivde, ki »preventivno sankcionirajo« zadeve že pred povzročeno škodo. Nakup avdio CD-ja naj bi leta 2006 tako stal okoli 50,00 SIT več, mešani ali podatkovni CD pa približno 10,00 SIT več zaradi deleža »davka« oz. plačila založnikom kot povračila škode za (more-

bitno) piratstvo.⁶ Predpostavka za tako ureditev je domneva, da ob nakupu praznega CD-ja obstaja velika verjetnost, da bo kupec piratsko delal kopije (glasbe, filmov oz. drugih avtorsko zaščitene podatkov). Ker je piratstvo težko preganjati oz. je po toči zvoniti prepozno, se je država tako odločila, da je bolje kar vnaprej plačati škodo, ki jo bo kupec povzročil s protipravnim kopiranjem. Omenjena praksa se pogosto upravičuje, češ da gre za metodo, ki je »učinkovitejša«, kot pa je preganjanje storilcev, in to je morda res. Toda za razpravo o »učinkovitosti« se skriva seveda tudi vrednostno vprašanje odnosa država – državljan oz. vprašanje, kaj nam, državljanom, sporoča država, ki *de facto* vpeljuje domnevo krivde – domnevo nepoštenega državljana, ki se sicer racionalno odloča na podlagi tehtanja, vendar nima kakšnih posebnih moralnih standardov in bo tako najverjetneje goljufal, če bo le mogel. Taka država najbrž nima prav velikega spoštovanja do svojih državljanov.

Toda kaj v primeru, če škode sploh ni? Če gre za »neškodljive« (*harmless*) dejavnosti? Jih je potem vseeno upravičeno kriminalizirati? V angloameriškem pravnem krogu zagovarjajo načelo (kazensko-pravne) škode oz. *harm principle*, ki pravi, da je v družbi, ki se ima za liberalno (v izvirnem pomenu besede, tj. svobodno in svobodomiselnno), upravičeno inkriminirati, torej prepovedovati določena človekova ravnanja s kazenskim pravom, le takrat, kadar posameznikovo ravnanje škodi ali lahko škodi drugemu.⁷ *A contrario* to pomeni, da ni upravičeno kriminalizirati tistih ravnanj, ki ne škodujejo drugemu ali drugim. Ali kriminalizacija kibernetičnega kriminala, prav vseh njegovih vrst, ustreza temu načelu? Recimo, da heker⁸ samo vdre – vdor je le nekakšen del njegovega učnega

² Valerie McNiven, nekdanja strokovnjakinja za finančno varnost pri Svetovni banki in svetovalka ameriške vlade. Gl. v Leyden.

³ Gl. Esbenshade, str. 62.

⁴ »Sodišča za mladoletnike vodijo načela rehabilitacije in tretmana, medtem ko [običajna] kazenska sodišča dajejo poudarek kaznovanju in povračilnosti.« Bottoms, Bull Kovera in McAuliff, str. 205.

⁵ Bavcon, Šelih *et al.*, str. 533. »Namen kazni za mladoletnike je torej enako kot namen vzgojnih ukrepov zagotovitev vzgoje, prevzgoje in pravilnega razvoja mladoletnika.« *Ibidem*, str. 569. Novembra 2008 smo sicer dobili nov Kazenski zakonik, ki pa se glede mladoletnikov (razen v prehodnih določbah) ne opredeljuje posebej, saj v 5. členu predvideva posebno zakonsko ureditev (poseben kazenski zakon) za mladoletnike.

⁶ Po podatkih EUobserverja, pravo v dvajsetih od petindvajsetih držav članic EU predpostavlja, da bodo uporabniki tehnologijo, kot so prazni CD-ji, predvajalniki MP3 ali spominske kartice, uporabili tako, da si bodo izdelali svoje lastne kopije digitalno zapisanih pesmi. Nosilci pravic potem poberejo določen »pavšal za zasebno kopijo« (*private copy levy*) od cene vsake prodane prazne zgoščenke oz. predvajalnika MP3. Ta pavšal se razlikuje med državami članicami, povprečni znesek pa znaša za CD med 0,18 in 0,50 evra ter za predvajalnike MP3 med 20 in 32 evrov. BSA, organizacija, ki prodaja programsko opremo, ocenjuje, da so omenjeni pavšali v letu 2005 nanesli več kot 550 milijonov evrov (v EU). Gl. Rettman.

⁷ »Edini cilj, za katerega se oblast lahko upravičeno izvaja nad katerim koli članom civilizirane skupnosti proti njegovi volji, [je] preprečitev škode drugim.« Mill, str. 14. Za širšo kazensko pravnofilozofsko obravnavo tega načela gl. tudi Feinberg (1984) in Peršak (2007) za primerjavo tega angloameriškega načela s kontinentalno kazensko-pravno teorijo.

⁸ Nekateri razlikujejo med »hekerji« in s tem imenom (hackers) označujejo le tiste, ki naj bi bili »dobri« v smislu, da se od vdiranja v različne sisteme želijo le naučiti, ne pa škodovati, ki jih žene radovednost, želja po znanju, ne zli nameni. Po drugi strani pa naj bi za krekerje (*crackers*) veljajo obratno – njihov namen naj bi bil

procesa – brez namena kaj ukrasti ali zlorabiti in tega tudi ne stori. Gre le za njegov preizkus, ali zmore prodreti v neki sistem. Po Korsellovem in Södermanovem mnenju naj bi bila večina vdorov v računalniške sisteme take narave; v ozadju je zgolj »interes, da se razišče neki sistem, brez škodljivih namenov«. ⁹ Hekerstvo naj bi na splošno ne imelo zlega namena, temveč naj bi šlo bolj za nekakšen konjiček. »Večina hekerjev je radovedna; želijo neupravičeno vstopiti v prostore in videti to, česar naj ne bi smeli videti.« ¹⁰ Kaj storiti v tem primeru, pri vstopu iz radovednosti brez poznejših škodnih dejanj ((poskusa) sesutja sistema, tatvin ali zlorab podatkov ipd.)? Bi lahko v teh primerih dejali, da gre za kazenskopravno prepovedovanje neškodljivega ravnanja in s tem za neupravičeno inkriminiranje – inkriminiranje, ki ni dopustno v sodobni liberalni družbi? ¹¹ V zagovor kriminalizaciji bi morda lahko trdili, da omenjena ravnanja (vstopi) *lahko* povzročijo (tj. omogočijo) nadaljnja škodna dejanja, nadaljnjo škodo; da torej pomenijo »nevarnost« povzročitve škode in da to upravičuje njihovo prepoved. Kljub priznavanju, da večino dejanj neupravičenega vstopa zagrešijo posamezniki, katerih edini namen je spoznati sistem in torej nimajo namena škoditi. ¹² Korsell in Söderman tako zagovarjata stališče, da je neupravičen vstop vseeno mogoče označiti kot resno kaznivo dejanje zaradi teže posledic, izvirajočih iz nadaljnjih dejanj, ki pa jim je predhodil (in jih tako omogočil) neupravičen vstop. ¹³ Čeprav kriminaliziranje konkretne, pa tudi abstraktne nevarnosti ni tuje sodobnim kazenskim zakonikom, se z vidika upravičenosti inkriminiranja pri »nevarnosti« vseeno giblamo na bolj spolzkih tleh kot pa pri ugotovljeni »škodi«. Zlasti za abstraktno nevarnost velja, naj bo njena prisotnost v KZ res izjemna; uporabljiva le, kadar bi bila škoda, do katere bi lahko prišlo, katastrofalnih razsežnosti. ¹⁴ Poleg tega je treba upoštevati načelo sorazmernosti, kar pomeni, da mora biti sankcija sorazmerna s težo kaznivega dejanja, torej – tudi če nas prepričajo argumenti, da je inkriminiranje zgolj neupravičenega »vstopa« upravičeno, ker *lahko* ta pripelje do (prihodnje, oddaljene) škode – mora

biti sankcija temu primerna (primerno majhna oz. manjša kot za že »polnokrvno« škodo).

Po drugi strani pa bi lahko zagovorniki kriminalizacije neupravičenega vstopa dejali, da že sam vstop povzroča škodo (in ne le nevarnost). V nekaterih primerih, npr. kadar pride do vstopa tako, da se uniči požarni zid, je to gotovo tako, saj so s ponovno vzpostavitvijo zidu povezani stroški. Kljub temu morajo biti ti stroški precejšnji, da upravičijo kazenskopravni poseg. Hekerju neprijazen pristop bi poleg tega lahko zagovarjal stališče, da je neupravičen vstop sam po sebi škodljiv, saj krši pravice enako, kot če bi nekdo nepooblaščen fizično vstopil v stanovanje nekoga drugega. Hekerju prijazen pristop pa bi tu najbrž ugovarjal, češ da analogija nepooblaščenega vstopa v neki sistem in nepooblaščenega vstopa v naše stanovanje ni pravilna, saj vstop v tuj sistem (po internetu) ni enak vstopu v tuje stanovanje niti vstopu v tuj računalnik. ¹⁵

Kaj pa nezaželena pošta oz. *spam*? Nezaželena je res, toda ali je tudi »škodljiva«? Novembra 2004 je 12-članska porota zagotovo bila takega mnenja, ko je obsodila Jeremyja Jaynesa za uporabo lažnih internetnih naslovov za pošiljanje elektronskih oglasov prek strežnika AOL v Loudounu, Virginia (ZDA). Pošiljatelj nezaželene pošte Jaynes naj bi mesečno poslal okoli 10 milijonov nezaželene pošte in po oceni tožilstva zaslužil okoli 750.000 \$ na mesec. Porota je zanj predlagala 9-letno zaporno kazen. ¹⁶ Če smo do pred kratkim živeli v prepričanju, da pošiljanje spama ni kriminaliteta, da je le nevšečnost, zoprni, nevljudno početje, nas vrsta izrečenih zapornih kazni za to dejanje spomni, da obstajajo tudi drugi pogledi, druge družbene predstave o spamu. Ali je torej spam škodljiv? In nadalje, če je spam škodljiv – kar si *prima facie* zasluži kazenskopravno pozornost – ali je ta škoda opredeljena z merilom množičnosti, razsežnosti pošiljanja nezaželene pošte ali morebiti z denarjem, ki si ga je s svojim početjem prislužil? Ali gre torej za resnično ogrožajočo in škodljivo ravnanje, ki bi si tudi v drugih jurisdikcijah zaslužilo omembo v kazenskem zakoniku, ali pa sta resnični povod za kriminalizacijo pošiljanja nezaželene pošte (tam, kjer je to kazenskopravno prepovedano) storilčev uspeh in »nemoralen« zaslužek? ¹⁷ Ali pa gre,

škodovati. V želji razlikovati med obojimi (in tistimi »vmes«) so se nadalje razvile tudi oznake »white hats«, »black hats«, »grey hats« in druge. Gl. npr. [http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_\(computing\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_(computing)).

⁹ Korsell in Söderman, str. 10, 11.

¹⁰ Esbenshade, str. 52. »Kids love to explore. The Internet presents itself as a virtually endless, and ever-changing, playground. In fact, each year at hacker conventions, hacking competitions are held to see who are among the most skilled hackers.« *Idem*, str. 55.

¹¹ Kdo bi lahko trdil, da gre ne le za početje, ki je popolnoma neškodljivo, ampak tudi za ravnanje, ki je do neke mere lahko celo koristno, saj tako lastniki spletne strani (npr. banka) brezplačno ugotovijo, da njihov varovalni sistem ni učinkovit oz. neprebojen.

¹² »With no harmful intent«.

¹³ Korsell in Söderman, str. 11.

¹⁴ Gl. Bavcon, Šelih *et al.*, str. 182, 183.

¹⁵ Med ta dva, tj. med vstopom v tuj računalnik in vstopom v tuje stanovanje, bi lažje postavili enačaj, saj je dandanes na našem osebem računalniku tako rekoč naše življenje – naši spomini (družinske slike), pomembni osebni dokumenti, ključi oz. certifikati za dostop do našega bančnega računa ipd.

¹⁶ Gl. <http://www.msnbc.msn.com/id/7432555/> in http://www.usatoday.com/tech/news/2004-11-03-spam_x.htm

¹⁷ V pojasnilo: pošiljatelj nezaželene pošte običajno pride do zaslužka tako, da je plačan na klike (oglede) določenih strani, ki jih reklamira. Pri množičnem pošiljanju e-sporočil se bo vedno našlo nekaj prejemnikov, ki bodo dejansko kliknili na povezavo v e-sporočilu

širše gledano, za tisti kriminalizacijski trend, ki ga opažamo pri novjšem inkriminiranju antisocialnega vedenja (v Veliki Britaniji), družbenih nečednosti (*incivilities*) v Kanadi oz. pri raznih na novo nastalih prekrških zoper javni red in mir – pri katerih gre torej za kriminaliziranje človekovega vedenja, ki ni škodljivo, temveč le nesposobno, nesocialno oz. družbeno manj sprejemljivo, manj zaželeno; pri katerih torej ne gre več za inkriminiranje na podlagi škode (*harm*), temveč (ne)moralnosti¹⁸ in družbene prizadetosti¹⁹

Nemoralnost

Koliko kriminalcev poznate osebno? Malo? Nobenega? Kaj pa ljudi, ki dnevno uporabljajo internet, vedo za obstoj omrežij za izmenjavo datotek (peer-to-peer (p2p)) in protokolov (npr. Napster, Kazaa,²⁰ eMule, P2P, RShare, BitTorrent in številni drugi), pa niso nikoli nedovoljeno brezplačno prenesli z interneta kakšno priljubljeno pesem oz. celo gledajo na omenjeno početje negativno? Tudi malo? Bi radi popravili svoj odgovor na prvo vprašanje?²¹ Neupravičeno pridobivanje glasbe ali filmov (ali drugih z avtorsko pravico zaščitene del) s spleta je namreč tudi v Sloveniji kriminalizirano.²² Večina po-

zitivnopravnih kaznivih dejanj naj bi bila *mala in se* (zlo samo po sebi), kar predpostavlja inherentno nemoralnost, moralno zavržnost prepovedanega dejanja.²³ Je omenjeno početje torej tudi nemoralno in koliko nemoralno? Čigavi interesi so zadaj – za kriminalizacijo omenjenega početja? Močnih založb, ki lobirajo? Koliko od prodanega CD-ja zares dobijo avtorji – glasbeniki? Ali ni res, da velika večina avtorjev dejansko živi (tj. služi) od javnih nastopov in ne od prodaje plošč? Ali ni potem res, da je večja verjetnost, da te bo kot avtorja ali kot skupino širša javnost spoznala (in morebiti vzljubila, šla na koncert), če te »downloada« s spleta (s kakšnih p2p), kot pa le tisti, ki si lahko privoščijo tvoj CD? Kaj je torej v avtorjevem interesu? Ali se z brezplačnim pridobivanjem glasbe z interneta res škodi avtorjem, ali so tisti, ki so zares oškodovani, bolj založniki, »pijavke«, ki že tako in tako skubijo avtorje?

To je samo izsek iz razmišljanj, ki jih je mogoče zaslediti, kadar beseda nanese na vprašanje (spornosti, nemoralnosti) brezplačnega nalaganja glasbe z interneta. Izgovore (v očeh nekaterih) ali upravičenja (za druge) – s katerimi bi se zagotovo dal vsaj delno pojasniti pojav razširjenosti oz. množičnosti brezplačnega pridobivanja ali kopiranja glasbe – bi tako lahko razvrstili v te skupine:²⁴ a) »večje ribe« (mi smo le majhne ribe, večji krivec je nekdo drug, tega je treba iskati); b) »tu quoque«²⁵ (namenjeno zlasti založbam, ki trdijo, da so okradene, posameznik, ki krade, pa dejansko misli, da so založbe tiste, ki kradejo – tako od njih samih (visoke cene) kot od avtorjev (saj si prisvojijo večji del njihovega zaslužka), to pa se jim zdi bolj nemoralno kot njihovo lastno početje, ki nekako oz. po njihovem mnenju »zbledi« ob tem); c) »sodobni Robini Hoodi« (povezan s prejšnjima izgovoroma – morda res »krademo«, a krademo bogatim²⁶ in dajemo revnim (sebi

in si tako ogledali neko spletno stran. Ko pa to storijo, tudi če ne storijo nič drugega, pošiljatelj nezaželene pošte zasluži določen znesek (v primeru Jaynesa – 40 penijev), ki sam po sebi sicer ni velik, vendar ob množičnem pošiljanju e-sporočil in velikem številu klikov prejemnikov pa se kar nabere denarcev. Zrno na zrno pogača, klik na klik palača.

¹⁸ O kriminaliziranju na podlagi t. i. pravnega moralizma gl. Feinberg (1988); Peršak (2004).

¹⁹ O kriminaliziranju na podlagi t. i. načela prizadetosti (offence principle) gl. Feinberg (1985); Simester in von Hirsch (2002); Peršak (2003).

²⁰ Pred kratkim so podjetje Sharman Networks Ltd., ki je razvilo program p2p Kazaa, obsodili na plačilo več kot 115 milijonov dolarjev zabavišni industriji, ker je program omogočal piratstvo (brezplačno snemanje glasbe in filmov). Po poplačilu naj bi Kazaa sledil nekdanjemu velikanu Napsterju (ki je bil pred tem obsojen iz istih razlogov) in postal program, ki naj bi omogočal zakonito razširjanje datotek. Glej: <http://www.soulshine.ca/news/newsarticle.php?nid=3601>

²¹ Pri tem pa se zastavlja še eno, morda pomembnejše vprašanje: Če je kriminal deviacija, odklon od normalnega (in kot takega ga vidi večina ljudi), kaj poreči na to, če je 90 odstotkov prebivalstva kriminalnega? Je to še odklonsko? Deviantni so tu namreč tisti, ki so nekriminalni?

²² Ob pogoju, da gre vsaj za »večjo premoženjsko vrednost«. Gl. novi 149. člen KZ (»kršitev avtorski sorodnih pravic«), ki med drugim inkriminira neupravičeno reprodukcijo fonogramov (ob zgornjem pogoju) in zanj predpisuje zaporno kazen do treh let.

²³ Opozarjamo, da pri tej inherentni nemoralnosti dejanj *mala in se* ne gre za prej omenjeno kriminalizacijo na podlagi pravnega moralizma, tj. kriminalizacijo nemoralnosti brez škodljivosti. Gl. Feinberg (1988).

²⁴ Omenjena tipologija najbrž ni popolna in se nanaša samo na neupravičeno »downloadanje« glasbe, saj imajo lahko isti ljudje, ki zastonj kopirajo glasbo, drugačne predstave o dopustnosti omenjenega početja, kadar gre za kopiranje filmov ali programske opreme.

²⁵ Ime sem si izposodila od mednarodne kazenskoopravne »doktrine«, ki sicer ne nudi opravičila, tj. opravičuje, a je včasih vseeno učinkovita – gre za to, da se storilci kakšnega mednarodnega zločina zagovarjajo, češ »tudi ti« (*tu quoque*, v latinščini) oz. tudi vi sami ste počeli isto (in naštevajo npr. ameriška ali britanska dejanja v Afriki ali na Bližnjem vzhodu, zaradi katerih je npr. prav tako veliko ljudi umrlo).

²⁶ Gre za »debele riti« (iz slo-tech foruma) oz. za »kradljiv kapitalistični sistem« (iz komentarjev s ptuj-on.net v zvezi s člankom o glasbenih založbah proti internetu: »DivX, Mp3, ion igre na netu so končno nekaj s čimer se lahko navadni ljudje vsaj malce zoperstavljamo kradljivemu kapitalističnemu sistemu. Peer-2peer will never die!« Pikapolonca). Lep primer argumentacije je mogoče najti tudi tule (gl. komentarje pod člankom): http://www.beta-news.com/article/Freenet_Anonymous_P2P_by_Years_End/11-23173230.

ali/in prijateljem), naše početje upravičujejo »višji cilji«,²⁷ čeprav moralno protipravni); d) »neškodljivo« (naše početje je neškodljivo, neproblematično)²⁸ in e) »prosto, lahko dostopno – zakonito« (mislili smo, da je zakonito, ker je tega toliko po internetu in je tako lahko dostopno).²⁹

Razmah protipravnega kopiranja glasbe z interneta pa je poleg omenjenih upravičenj in opravičil – pri čemer bi lahko kdo ugovarjal, da gre zgolj za racionalizacijo ali celo za nevtralizacijske tehnike³⁰ – mogoče pojasniti tudi s procesom t. i. deindividuacije. To je namreč situacija, pri kateri posameznikove notranje zavore popustijo oz. se izgubijo, do česar pride, kadar »se posamezniki ne vidijo oz. se jim ne posveča pozornost kot posameznikom«. ³¹ Izguba zavor lahko pri ljudeh povzroči, da se vedejo manj altruistično, sebičneje in agresivneje.³² Zmanjša se sposobnost nadzorovanja lastnega ravnanja, zmanjšana je tudi sposobnost racionalnega in dolgoročnega načrtovanja, poveča pa se posameznikova naravnost, da se odziva na takojšnje iztočnice oz. izzive, izhajajoče iz njegovega trenutnega čustvenega stanja.³³ Deindividuacijo lahko sprožijo številni dejavniki, eden od njih je anonimnost oz. zaznana anonimnost. Različne študije pa so ugotovile, da je za

posameznike, ki menijo, da je njihova identiteta zakrita oz. drugim nepoznana, večja verjetnost, da se bodo vedli agresivno in kaznovavno. Zimbardo je tako v eni od svojih raziskav pokazal, da so posamezniki, katerih identiteta je bila zakrita (npr. s pokrivali čez glavo), uporabili na drugih bistveno dlje časa trajajoče električne šoke, ki bi v realnosti povzročili več bolečine, kot pa tisti, katerih identiteta ni bila zakrita.³⁴ V raziskavah o deindividuaciji in antisocialnem vedenju je bilo tudi ugotovljeno, da je učinek anonimnosti največji pri ravnanjih, ki prinašajo gmotno korist ali samozadovoljstvo. Najmočnejši učinki deindividuacije se tako po Postmesovih in Spearsovih ugotovitvah najbolj kažejo pri dejanjih kraje in prevare, pri katerih prihaja do gmotnega ali osebnega dobička.³⁵ Glede na to, da je glasba naših najljubših izvajalcev dosegljiva z nekaj kliki z miško ter jo lahko zastonj in takoj dobimo, bi bilo omejeno ravnanje točkovano visoko na lestvici gmotne koristi in samozadovoljstva. O anonimnosti interneta, oz. pravilneje, še vedno precejšnji stopnji prepričanosti uporabnikov interneta o lastni anonimnosti in neprepoznavnosti na internetu pa ni treba izgubljati besed.³⁶

Ko govorimo o problematiki p2p in prostem »downloadanju« glasbe ter njihovi morebitni regulaciji, imamo (oz. naj bi imeli) pred očmi avtorja in njegove pravice. S tega vidika (in glede na vsaj enega od naštetih »opravičil«, ki naj bi imelo v mislih samega avtorja), se je tako treba obrniti k samemu naslovniku omenjene pravice in mogoči žrtvi. Kje je torej avtor in kaj si misli? Nekateri glasbeniki so glasno proti in krivijo pirate za manko v svojem dohodku, drugi – kot npr. Robbie Williams – pa v piratstvu ne vidijo bavljava.³⁷ Da sta internet in možnost pridobivanja avtorskih del z interneta lahko tudi odlična priložnost za samopromocijo in prepoznavnost samih avtorjev, priznavajo tudi tisti ustvarjalci, ki podpirajo projekt »Creative Commons«. Ideja »Creative Commons« (v nadaljevanju: CC) je nastala leta 2001 na harvardski pravni fakulteti v ZDA in že leta 2002 postala svetovna. Izhaja iz predpostavke, da je avtorska pravica nujna za dostojanstvo avtorjev in pogosto tudi spodbuda za samo ustvarjanje, da pa je avtorsko pravo pogosto preveč zapleteno in včasih celo v nasprotju z interesi ustvarjalcev. Zato jim daje možnost oz. orodje, da svoja dela ponudijo javnosti tako, da obdržijo na delu vse tiste

²⁷ Nekako podobno, kot da bi vlomili v lekarno (npr. ko je že zaprta), da bi dobili nujno potrebna zdravila za svojega otroka, ki je v smrtni nevarnosti? Podobno razmišljanje je slišati na temo cen (nujnih) učbenikov: kadar gre za obvezno šolsko gradivo, ki stane neverjetno veliko, je moralno upravičeno to gradivo v celoti prefotokopirati. Neetičnost cene (ki nikakor ni upravičena ne s količino ne kakovostjo) naj bi po tem argumentu upravičila, tj. naredila moralno (sicer protipravno) preslikavo zunaj zakonsko dovoljenih okvirov. Skratka nekako tako, kot je dejal Sofokles: »Med zakonom in etično normo je treba izbrati slednjo«, pri čemer je tu »etična norma« v tem, da je početje druge strani nemoralno in da se je zato moralno (etično) upreti tej nemoralnosti.

²⁸ Ludlow tako npr. primerja piratstvo programske opreme (*software piracy*) z vožnjo nekaj kilometrov nad dovoljeno omejitvijo hitrosti – kot upravičljivo in ne preveč problematično z vidika družbe. Sprašuje se tudi, koliko je natančno izgubljeno z razširjanjem piratske programske opreme, saj izvirna programska oprema – v primerjavi s stvarjo, ki jo fizično ukrademo in je tako ukradena stvar za lastnika izgubljena – ni izgubljena. Gl. Ludlow, navajano po Demetriou in Silke, str. 219.

²⁹ Gl. Demetriou, str. 220; Cavazos in Morin.

³⁰ Izraz »tehnike nevtralizacije« (Sykes in Matza) označuje tehnike, ki jih storilci kaznivih dejanj uporabljajo tik pred storitvijo kaznivega dejanja, da se spravijo v določeno duševno stanje, ki je potrebno, da odmislijo drugo, negativno (npr. možnost, da ga dobijo, da gre kaj narobe itd.) in se osredotočijo na dejanje, ki sledi. Gl. Sykes in Matza.

³¹ Festinger *et al.*, str. 382.

³² Demetriou in Silke, str. 214.

³³ McKenna in Bargh, navajano po Demetriou in Silke, str. 214.

³⁴ Povzeto po Demetriou in Silke, str. 214. Gl. tudi Zimbardo (1969). Omenjena študija je vodila do njegovega naslednjega, bolj znanega projekta, imenovanega *Stanford Prison Experiment*.

³⁵ Gl. v Demetriou in Silke, str. 215.

³⁶ Demetriou in Silke poudarjata, da je zaznavanje ali »iluzija« anonimnosti pri uporabnikih interneta zelo visoka kljub precejšnjemu zmanjšanju dejanske anonimnosti v zadnjih letih. *Ibidem*.

³⁷ Gl. zadnjo opombo v tem prispevku in spremljevalno glavno besedilo.

pravice po avtorskem pravu, ki jih želijo zadržati, hkrati pa svoje delo lahko označijo s tistimi svoboščinami, na podlagi katerih želijo, da lahko uporabniki z delom prosto razpolagajo. Tako lahko avtor uporabniku npr. dovoli, da njegovo delo prosto reproducira, distribuirajo ali predvaja, prosto predeluje ipd.³⁸ Svoje delo opremi z eno od licenc CC, ki določa, katere uporabe njegovega dela so dovoljene in katere ne. Da gre za inovativno idejo, ki je res pisana na kožo tudi ustvarjalcem, ne le uporabnikom, priča dejstvo, da je bilo spomladi 2005 na internetu tako objavljenih že več kot 16 milijonov del pod eno od licenc CC.³⁹

Sklepno o tehnologiji in normativnem

Poseben problem kriminalitete v kibernetičnem prostoru, ki fascinira kriminologe, je med drugim tudi ali ravno v tem, da storilci – pogosto še mladoletniki, ki so bili že rojeni tako rekoč »z miško v roki« – ne delijo istih vrednot glede avtorskih pravic kot jih njihovi starši. Starši, zakonodajalci, sodniki oz. oblastniki poskušajo iz drugačnih vrednot izhajajoča protipravna ravnanja urejati kakor vedo in znajo; običajno na stare, preverjene načine, tj. s kaznovanjem. A očitno je, da gre tu za spopad nasprotujočih si vrednot, za temeljni vrednotni konflikt, ki pa se lahko razreši le s spremembo vrednot. Če do te normativne spremembe ne pride, se bodo storilci temu poskušali izogniti z iskanjem novih lukenj v zakonu. Tako so npr. ob (prvotno) sodni prepovedi Napsterja (ki je med prvimi omogočal prosto izmenjavo glasbe med uporabniki) takoj kot gobe po dežju vzniknile številne nove, še bolj izpopolnjene različice p2p.

Tehnologija se zagotovo razvija hitreje, kar nekaj korakov naprej od prava, zato je prepovedovanje tehnoloških iznajdb rešitev, ki ni sprejemljiva niti z vidika legitimnosti kriminalizacije niti ni – prav iz omenjenega razloga – smiselna oz. učinkovita. Primernost reševanja tematike s pravom, zlasti kazenskim pravom nasploh, se mora presojati tako najprej z vidika legitimnosti, pri kateri se sprašujemo o obstoju kazenskopravne škode (*harm*) oz. škodljivosti določenega posameznikovega ravnanja, o sorazmernosti kazni, posameznikovi avtonomiji in njenih mejah ter o drugih ustavnih omejitvah (npr. o svobodi govora, zasebnosti). Uporabo (kazenskega) prava pa je treba presojati tudi z vidika učinkovitosti, pri čemer se je treba zavedati, da je kazensko pravo po svoji naravi reaktivno – se zgolj odziva na nastalo situacijo – kar nakazuje na potrebo po iskanju alternativnih poti za preprečevanje družbeno

nezaželenih ravnanj. Ker gre pri določenih (omenjenih) kaznivih dejanjih kibernetične kriminalitete za razhajanje v vrednotah med storilci na eni strani in vrednotami zakonodajalca (ali morebiti družbe nasploh) na drugi strani, postane očitno, da mora biti *locus* raziskovanja tako usmerjen v posameznikovo namero, motivacijo, razlogovanje in vrednote, ki so za temi protipravnimi dejanji, da bi razumeli deviantno vedenje v kibernetičnem prostoru. Kljub različnim moralam ali etičnim izhodiščem pa bi lahko povzeli, da ne gre več za vprašanje osebne morale, kadar je ugotovljena in dokazana »škoda drugim«, zato se na tej točki pravo lahko vmeša in tako ravnanje uredi (tudi s kazenskim pravom).

Seveda pa mora biti posamezniku prej jasno predstavljena meja med zakonitim in nezakonitim, mora mu biti dana možnost, da izbere pravo, dopustno pot (spoštovanje zakona), hkrati pa bi do nje moral priti razmeroma hitro. Kazniva dejanja, ki so »zla sama po sebi« (ali *mala in se*), imajo to »hitrost« vrojeno, saj se pri njih protipravno prekriva z nemoralnim, za njegovo prepoznavanje pa naj nam ne bi bilo treba pogledati v zakonik, temveč le vase. Če smo bili razmeroma učinkovito podružbljeni (v-socializirani), naj bi morebitno nemoralnost kar »začutili«. Tega »občutenja« in s tem »hitrosti« pa pri *mala prohibita* ni. In zdi se, da je težava ravno to, da določena dejanja kibernetične kriminalitete (npr. piratstvo) niso *mala in se* ali se vsaj ne občutijo kot taka pri določenem, a precejšnjem delu prebivalstva. Povedano drugače, ker je dostopnost temeljni del, cilj in hkrati predpostavka interneta, sama dostopnost do nečesa (npr. zastoj glasbe) seveda ni in ne more biti primerno primarno merilo za ugotavljanje protipravnosti internetnih ravnanj. To vlogo naj bi opravljala morala – morala je tista, ki naj bi nam tudi ob negotovosti in pravnih nejasnostih kazala pravo pot, a tu se torej zaplete, kadar ne gre za *mala in se* (torej dejanja, ki naj bi bila moralno zavržna, nemoralna sama po sebi), temveč za *mala prohibita* (prepovedana, a ne nemoralna oz. moralno zavržna dejanja), oz. kadar so določena dejanja zaznana kot taka (kot zgolj oblastno prepovedana). Do podobne dileme prihaja medgeneracijsko – ko opazimo, da imajo različne generacije različne moralne standarde glede nekaterih kibernetičnih kaznivih dejanj. Ker se internet pregovorno izmika uspešnemu nadzoru in pregonu, to pa je navsezadnje lahko sporno tudi z vidika posameznikove svobode, njegovih človekovih pravic in svoboščin ter same ideje interneta, se zdi vplivanje na osebno moralo posameznika – morda bolj kot pri drugih, tradicionalnih kaznivih dejanjih – ključ za uspešno preprečevanje tovrstne kriminalitete. Hkrati pa se moramo kot družba zamisliti nad »deviantnostjo« neke skupine ljudi in se ob visokih številkah vprašati, kdo je zares tu devianten, kaj to pomeni, kolikšna je zares škoda pri posameznih kaznivih dejanjih, kdo je žrtev oz. koga varujemo s kazenskim pravom (v imenu koga inkriminiramo posamezna ravnanja) in ali je to prav. Prav mogoče se zdi, da

³⁸ Podrobneje glej spletne strani <http://creativecommons.org> in <http://creativecommons.si> (Creative Commons Slovenija).

³⁹ Po podatkih CC Slovenija in njihove predstavitvene brošure, str. 3.

bi po najdenih odgovorih na postavljena vprašanja morali posamezna dejanja dekriminalizirati in jih obravnavati morda le civilno (odškodninsko). Navsezadnje, nekaj mora biti narobe, če svetovno znan glasbenik, ki bi po vseh pravilih moral biti zelo oškodovan zaradi brezplačnega izmenjavanja oz. pridobivanja njegove glasbe z interneta (tj. piratstva), na srečanju Mednarodne federacije glasbene industrije (IFPI) v Cannesu na glas in za javnost izjavi, da je internetno piratstvo super.⁴⁰

Literatura

1. Bavcon, L., Šelih, A., Filipič, K., Jakulin, V., in Korošec, D. (2003). **Kazensko pravo – Splošni del**, Uradni list RS, Ljubljana.
2. Bottoms, B. L., Bull Kovera, M., in McAuliff, B. F. (2002). **Children, Social Science, and the Law**, Cambridge University Press, Cambridge.
3. Brown, S. (2006). 'The criminology of hybrids: Rethinking crime and law in technosocial networks.' V: **Theoretical Criminology**, št. 19, str. 223–244.
4. Cavazos, E., in Morin, G. (1994). **Cyberspace and the Law: Your Rights and Duties in the On-line World**, The MIT Press, London.
5. Creative Commons Slovenija (2005). **Predstavitev projekta Creative Commons Slovenia**, Ljudmila in Inštitut za intelektualno lastnino, Ljubljana.
6. Deisinger, M. (2002). **Kazenski zakonik s komentarjem – Posebni del**, GV založba, Ljubljana.
7. Demetriou, Ch., in Silke, M. (2003). 'A Criminological Internet »Sting«.' V: **British Journal of Criminology**, št. 43, str. 213–222.
8. Elias, N. (2000). **The Civilizing Process: Sociogenetic and Psychogenetic Investigations**, Blackwell, Oxford.
9. Esbenshade, Ph. W. (2002–2003). 'Hacking: Juveniles and Undeterred Recreational Cybercrime.' V: **Journal of Juvenile Law**, let. 23, str. 52–64.
10. Feinberg, J. (1984). **Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law**, Oxford University Press, United Kingdom.
11. Feinberg, J. (1985). **Offense to Others – The Moral Limits of the Criminal Law**, Oxford University Press, United Kingdom.
12. Feinberg, J. (1988). **Harmless Wrongdoing – The Moral Limits of the Criminal Law**, Oxford University Press, United Kingdom.
13. Festinger, L., Pepitone, A., in Newcomb, T. (1952). 'Some Consequences of Deindividuation in a Group.' V: **Journal of Social Behaviour and Personality**, št. 10, str. 265–272.
14. Kazenski zakonik RS (KZ-1), Uradni list RS, št. 55/2008 (popr. 66/2008).
15. Leyden, J. (2005). 'Cybercrime more »lucrative« than drugs', v: **The Register**, dobljeno na: <http://www.theregister.co.uk/2005/11/29/cybercrime/> (zadnji dostop 20. 3. 2009).
16. Ludlow, P. (1996). 'Property Rights, Privacy, etc: Does Information »Want to Be Free«?' V: P. Ludlow (ur.), **High Noon on the Electronic Frontier: Conceptual Issues in Cyberspace**, MIT Press, Massachusetts.
17. Korsell, L. E., in Söderman, K. (2001). 'IT-related Crime – Old Crimes in a New Guise, But New Directions Too!' V: **Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention**, let. 2, št. 1, str. 5–14.
18. Mill, J. S. (1991, izvornik 1859). **On Liberty and Other Essays**, Oxford University Press, Oxford.
19. Peršak, N. (2003). 'Inkriminiranje na podlagi načela 'offence principle' v angloamerškem pravnem sistemu.' V: **Zbornik znanstvenih razprav**, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, let. 63, str. 345–365.
20. Peršak, N. (2004). 'Pravni paternalizem' in 'pravni moralizem' kot podlagi inkriminiranja. V: **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, let. 55, št. 2, str. 119–247.
21. Peršak, N. (2007). **Criminalising Harmful Conduct: Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**, Springer, New York.
22. Podgor, E. (2004). 'Cybercrime: National, Transnational, or International?' V: **Wayne Law Review**, let. 50, str. 97–108.
23. Rettman, A. (2006). '[Focus] EU on edge of big bang in digital music sales.' V: **EUobserver**, z dne 19. 9. 2006 (<http://euobserver.com/871/22429>).
24. Simester, A. P. in von Hirsch, A. (2002). 'Rethinking the Offense Principle.' V: **Legal Theory**, št. 8, str. 269–295.
25. Sykes, G., in Matza, D. (1957). 'Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency.' V: **American Sociological Review**, let. 22, št. 6, str. 664–670.
26. Trampuž, M., Oman, B., in Zupančič, A. (1997). **Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP) s komentarjem**, Gospodarski vestnik, Ljubljana.
27. Zimbardo, P. (1969). 'The Human Choice: Individuation, Reason and Order, versus Deindividuation, Impulse and Chaos.' V: W. Arnold in D. Levine (ur.), **Nebraska Symposium on Motivation**, University of Nebraska Press, Lincoln.

Internetni viri:

- <http://www.slo-tech.com/script/forum>
<http://www.ptuj-on.net/clanki.php?id=132> (članek 'Glasbene založbe proti internetu' z dne 26.1.2003)
<http://www.finance.si>
<http://www.rtv-slo.si>
<http://creativecommons.org>
<http://creativecommons.si>
http://www.betanews.com/article/Freenet_Anonymous_P2P_by_Years_End/1123173230
<http://www.computeractive.co.uk/vnnet/news/2121273/robbie-williams-backs-pirates>
[http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_\(computing\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Hacker_(computing))
<http://www.msnbc.msn.com/id/7432555/>
http://www.usatoday.com/tech/news/2004-11-03-spam_x.htm
<http://www.soulshine.ca/news/newsarticle.php?nid=3601>
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/2673983.stm>

⁴⁰ »I think it's great, really I do. There is nothing anyone can do about it. I am sure my record label would hate me saying it, and my manager and my accountants.« (Robbie Williams) Gl. <http://www.ptuj-on.net/clanki.php?id=132>; <http://www.computeractive.co.uk/vnnet/news/2121273/robbie-williams-backs-pirates> ali <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/2673983.stm>.

Virtuality, (im)morality and harm: some normative questions about cybercrime

Nina Peršak, LL.D., M.A. in Social and Developmental Psychology,
Scientific Fellow at the Scientific Research Centre of The Slovenian Academy of Sciences and Arts,
Novi trg 2, 1001 Ljubljana, Slovenia

The article tackles some normative issues surrounding the criminalisation of certain undesirable conduct in cyber space. Despite its proclaimed “virtual” nature, such conduct can become very “real” when the harm arising from it is taken into account. In line with the Harm Principle, the criminalisation of *harmless* – albeit unpleasant – conduct is, however, problematic in a modern, liberal criminal legal system. The article also addresses the question of the innate immorality (*mala in se*) of certain cybercrime and lack thereof, which may further impede legitimisation of criminalisation. Not only is criminal law always not one but several steps behind and a rather ineffective tool for dealing with such social phenomena, its legitimacy comes partly under question also when more and more crimes are perceived as “mere” *mala prohibita*, thus having no (negative) moral standing outside the law. It is further examined what happens when the majority is “deviant”, when deviance becomes the norm or the rule. Apart from criminalisation-justification problems, it is argued that this situation enables the evolution of various neutralisation techniques, further promoted by the accessibility and (perceived) anonymity issues relating to the internet. It is observed, moreover, that technology facilitates a generational gap in IT knowledge, as well as in the value systems, and that the crux of the problem regarding the said crimes lies therein.

Keywords: computer/cyber crime, criminalisation, morality, harm, internet, technology, *mala in se*, *mala prohibita*

UDC: 004.738.5 : 343.3/.7