

# Namen kaznovanja: pozitivna generalna prevencija?

Matjaž Ambrož<sup>1</sup>

Avtor članka analizira idejo o pozitivni generalni prevenciji, ki si je danes v številnih kazenskoopravnih sistemih, zlasti v germanskem krogu, izborila status vodilne kaznovalne teorije. Izraz pozitivna generalna prevencija se uporablja kot krovni pojem za različne učinke kaznovanja (utrjevanje zaupanja v pravni red, moralno-pedagoško učinkovanje, zadovoljitev in pomiritev javnosti), ki naj bi na dolgi rok preprečevali kriminaliteto. Glavna hipoteza članka je, da je učinkovitost pozitivne generalne prevencije relativno omejena. To hipotezo avtor preverja v povezavi s teorijo o preventivnih učinkih nevednosti in s pregledom empiričnih raziskav. V sklepu pokaže, da je pozitivna generalna prevencija učinkovita na ravni »vse ali nič« (s popolno odpravo sankcioniranja bi bilo kriminalitete nesporno več), preventivni učinki poostritev kaznovanja so zelo omejeni. Posebna težava pozitivne generalne prevencije je, da hitro postane univerzalen in relativno cenen retorični pripomoček za nove inkriminacije, zviševanje zagroženih kazni in strožjo kaznovavno politiko ali pa za apologijo kazenskega prava, kakršno pač je.

**Ključne besede:** namen kaznovanja, kaznovalne teorije, generalna prevencija, specialna prevencija, utilitarizem, absolutne teorije, temno polje, morala

**UDK:** 343.8

## 1 Uvod

Teorije generalne prevencije kljub starosti ne izgubljajo popularnosti. Razlogov za njihovo trdoživost je več. So vsečne z vidika »laične psihologije« oziroma tistega, čemur pravimo »zdravi razum«. Poleg tega vsaj v trenutnem penološkem *mainstreamu* nimajo resnih tekmecev. Povračilnost in metafizično »izravnavanje krivde s kaznijo« v čisti obliki, torej brez preventivnih primesi, se danes na evropski celini zdita atavizem in imata le še redke zagovornike. Po drugi strani so razočaranja na področju tretmanske ideje obudila zanimanja za generalno prevencijo.

Cilj generalne prevencije je preprečevanje kriminalitete, njeno ciljno občinstvo pa »splošna javnost«: s svojim preventivnim apelom naslavlja vse ljudi, in ne le tistih, ki so kazniva dejanja že izvršili in bili zanje obsojeni. Ker obstajajo različni načini, kako spodbujati in negovati lojalnost ljudi pravnemu redu, generalna prevencija ni ena sama, temveč se običajno govori o različnih »teorijah« generalne prevencije oziroma njenih različnih »vidikih«.

Tradicionalno najbolj znan in v slovenski literaturi največkrat obravnavan *modus operandi* generalne prevencije je zastraševanje: predstava o nevšečnostih, ki jih prinaša kazen, naj bi ljudi odvrnila od skušnjave izvrševati kazniva dejanja. Ta, na vsakdanjih izkušnjah temelječi psihološki mehanizem

(če vidimo, da je štedilnik vroč in da so nekateri že opekli, se ga pač ne dotikamo), je nemški pravnik Anselm von Feuerbach (Feuerbach, 1847: 36–44) zavrnil v pompozno plašč »teorije o psihološki prisili«, danes pa mu pravimo negativna generalna prevencija. Ta se običajno povezuje s tremi elementi: (subjektivno ocenjeno) verjetnostjo, (pričakovano) strogotostjo in hitrostjo kazni. Povečanje katerega koli od teh elementov povečuje »ceno« kaznivega dejanja, zato naj bi delovalo odvračalno. Ta domneva empirično nikoli ni bila v celoti potrjena, poleg tega pa gradi na neživljenjski predpostavki, da se vsi posamezniki približno enako odzivajo na grožnjo s kaznijo (Hirtenlehner, Pauwels in Meško, 2014: 128–130).

Negativna generalna prevencija je laično psihološko vsečna, izven teh meja pa razodeva več resnih težav – tako praktičnih kot načelnih (Ambrož, 2008: 243–244; Hirtenlehner et al., 2014: 128–134; Plesničar Mihelj, 2012: 185)<sup>2</sup>, zaradi katerih je danes zlasti v državah germanskega pravnega kroga stopila v ospredje pozitivna generalna prevencija, ki namesto zastraševanja vidi temeljno funkcijo kazni v utrjevanju zaupanja

<sup>1</sup> Dr. Matjaž Ambrož, izredni profesor, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

<sup>2</sup> Metaanalizo (ne)učinkovitosti negativne generalne prevencije so opravili Dölling, Entorf in Hermann (2009). Ta je pokazala, da je zastraševanje učinkovito predvsem v zvezi z lažjimi kaznivimi ravnanji, pri hudih kaznivih dejanjih pa so njegovi učinki skrajno omejeni. Izčrpen prikaz empiričnih raziskav negativne generalne prevencije ponudijo Hirtenlehner et al. (2014). Avtorji opozorijo na pomanjkljivost raziskav, ki učinke zastraševanja raziskujejo enodimenzionalno, ne da bi upoštevali značilnosti posameznika (njegovih sposobnosti samonadzora), na katerega naj bi zastraševanje delovalo.

ljudi v pravni red, v vplivanju na vrednostne usmeritve ljudi in izpolnitvi njihovih pričakovanj, da bodo storilci kaznivih dejanj sankcionirani. Na kratko povedano: osrednje geslo zagovornikov generalne prevencije ni več zastraševanje, temveč »utrđitev norme«.

Positivna generalna prevencija si je v nekaterih pravnih sistemih – paradni primer je nemški – izborila status vodilne kaznovalne teorije oziroma ideologije. Pričakovano si je utrla pot tudi v sisteme, ki jih zaznamuje recepcija nemške kazenskopravne misli (Mir Puig, 1990), relativno močan vpliv je imela tudi v skandinavskih kazenskopravnih sistemih, zlasti pod vplivom znamenitega norveškega kriminologa in pravnika Johannesesa Andenaesa (1965), ki velja za očeta skandinske teorije generalne prevencije, vplivi njegovih analiz pa so prestopili meje Skandinavije in dosegli celo ZDA (Palmer, 1975).<sup>3</sup>

Izkušnje kažejo na to, da je »vodilne teorije« treba jemati z nekaj previdnosti, da, celo sumničavosti. Ko se namreč pogled do neke mere uveljavi, hitro in razmeroma poceni dobi nadaljnje privrčence (pluti s tokom je udobno). Zato se zdi, da bi ta članek zgrešil svoje poslanstvo, če bi idejne nastavke pozitivne generalne prevencije in njene razvojne poti zgolj prikazal, skupaj s povabilom, da »kaže razmisliti, koliko bi jih lahko upoštevali tudi pri nas«. Veliko pomembnejše se mi zdi opozoriti na nekatere senčne plati pozitivne generalne prevencije.

V članku bom obravnaval empirične in normativne razsežnosti pozitivne generalne prevencije. Čeprav empirične raziskave kažejo relativno omejenost njenih učinkov, ji to ni vzelo popularnosti – številni zagovorniki jo namreč zagovarjajo na ravni tistega, kar bi moralo biti, in ne tistega, kar je, s čimer se zavarujejo pred empiričnim izpodbijanjem. V tem smislu bi bilo o pozitivni generalni prevenciji bolje govoriti kot o kaznovalni ideologiji kot teoriji. Kot ideologija pa pozitivna generalna prevencija budi etične dileme in ima tole zoprno lastnost: zelo hitro postane priročen argument za nove inkriminacije, zviševanje zagroženih kazni in strožjo kaznovalno politiko ali pa za nekritično sprejemanje kazenskega prava, kakršno pač je.

<sup>3</sup> Tudi v anglosaških pravnih okoljih je ideja pozitivne generalne prevencije znana, čeprav praviloma pod drugačnimi poimenovanji, ki so pogosto opisna (npr. *educating and satisfying others*, *expressive function of punishment* in podobno). Tudi tam ima nekatere odločne zagovornike (dober pregled je na voljo v Walker, 1991: 21–33), ni pa se ji uspelo uveljaviti v takem obsegu kot v kontinentalni Evropi.

## 2 Ideja pozitivne generalne prevencije in njene oblike

Ideja o pozitivni generalni prevenciji smisla kazni ne išče ne v zastraševanju ne v poboljševanju ne v povračilnosti, temveč – rečeno najbolj splošno – v krepitvi zaupanja v pravni red, utrjevanju pravne zavesti ljudi in izpolnitvi njihovih pričakovanj, da bodo storilci kaznivih dejanj kaznovani. To temeljno vodilo pozitivne generalne prevencije so njeni zagovorniki skušali izraziti v posameznih, bolj in manj izvornih različicah:

– S kaznijo »potrđujemo pravilnost zaupanja v pravilnost norme« in s tem »utrđujemo zvestobo pravu« in »stabiliziramo zaupanje v pravni red, ki ga je deliktno ravnanje omajalo« (Jakobs, 1976: 10, 32).

– S kaznijo pravni red pošilja sporočilo, da se je »sposoben in voljan uveljaviti« (Dölling, 1990: 15).

– Sankcioniranje kršitev zadovolji pravni občutek ljudi in jih pomiri (Roxin, 2006: 81).

– Med naloge kazni spada uveljavljanje prava nasproti nepravu, ki ga je izvršil storilec, dokazati pravni skupnosti, da je pravni red nezlomljiv, in utrjevati pravno zvestobo prebivalstva (nemško Zvezno ustavno sodišče v odločbi *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1977: 256).

Znano je, da je le malo »sodobnih« in »aktualnih« idej resnično novih, in to velja tudi za pozitivno generalno prevencijo. Njene korenine zasledimo v sociologiji Emila Durkheima (1892/2013) – njegov penološki *credo* nemara najbolje ponazarja tale odlomek iz Družbene delitve dela:

»[Kazen] ne služi, ali pa le v majhni meri, poboljševanju storilca ali zastraševanju možnih posnemovalcev. Kar se teh dveh ciljev tiče, je učinkovitost kazni vprašljiva, vsekakor majhna. Njena prava funkcija je vzdrževanje družbene kohezivnosti [...]« (Durkheim, 1892/2013: 113).

Čeprav Durkheim (1892/2013) torej ne izključuje možnosti, da bi kazen lahko delovala preventivno (preprečevala kriminaliteto), vidi to funkcijo kazni šele kot možni stranski učinek okrepljene družbene kohezivnosti. Kazen namreč v prvi vrsti deluje na simbolni ravni: skupnosti pokaže, da kljub storilčevemu dejanju skupna moralna občutja in prepričanja ostajajo nespremenjena (Kanduč, 1998: 134). V tem pogledu bolj kot storilca naslavlja pravu zveste ljudi: pokaže jim, da so na pravi poti, da je njihov konformizem smiseln in da storilčevega odklonskega ravnanja ni spremenilo in ne more spremeniti temeljnih moralnih konvencij skupnosti. Kot bo razvidno v nadaljevanju, je veliko sodobnih izpeljav pozitivne generalne prevencije takšna ali drugačna variacija ne temo Durkheimove (1892/2013) krepitve skupnih moralnih občutij, čeprav se avtorji danes le redko sklicujejo na francoskega sociologa.

Pozitivna generalna prevencija ni monolit, temveč se danes uporablja kot krovni pojem za sorodne, a vendarle različne funkcije kazni, ki se prepletajo med seboj. Preden se lotim njenega ovrednotenja, naj te funkcije nekoliko podrobneje predstavim.

## 2.1 Funkcija utrjevanja zaupanja v pravni red

Temeljno izhodišče pozitivne generalne prevencije je, da bi bili ljudje zgroženi, če bi tatvine, ropi, goljufije, posilstva in druga kazniva dejanja ostala nekaznovana (Andenaes, 1965: 68–69). Pričakovanje, da morajo biti kršitve sankcionirane, je bržkone univerzalno. Vsakodnevna izkušnja razodeva, da ne gre le za primitivno potrebo »preprostih« ljudi: tudi intelektualci, humanistično usmerjeni ljudje, ki ne odobravajo strogih kazni, iracionalne povračilnosti ali preziranja »kriminalcev«, niso zadovoljni, če pravni red dopušča, da nekatera nesprijemljiva ravnanja ostanejo nekaznovana (Feinberg, 1995: 78). Nemara imajo predstavniki teh progresivnih družbenih skupin nekoliko drugačne predstave o tem, katera ravnanja so najbolj obsojana vredna (so denimo prizanesljivejši do konvencionalne kriminalitete), njihovo ogorčenje pa je lahko silno, kadar se roki pravice izmaže kdo izmed mogočnikov (pogoltni gospodarstvenik, skorumpirani politik, župan, ki zasebno potrošnjo pokriva iz občinskega proračuna itd.).

Bilo bi nesmiselno, če bi pravni red razglašal velik pomen nekaterih norm, ob enem pa bi se odpovedal sankcioniranju njihovih kršitev (npr. proklamiral ekološko funkcijo lastnine, hkrati pa ekološka kriminaliteta ne bi bila preganjana). To bi hitro zasejalo dvome: »Ali pravni red res misli to, kar pravi?« (Feinberg, 1990: 79).

Dvom se v ljudski misli in popularni metaforiki povezuje s podobo črva, ki gloda in razjeda. Skladno z logiko pozitivne generalne prevencije dvom o tem, da bodo kršitve sankcionirane, razjeda pripravljenost ljudi, da bi se podrejali pravnemu redu. To ne velja le za brezvestne oportuniste, tudi pri »neproblematičnih« in zgledno socializiranih ljudeh imata konformnost in lojalnost svoje meje, če le niso svetniki (večina nas ni). Trajata navadno tako dolgo, dokler se zdi ta smiselni, ko pa človek dobi občutek, da je zaradi njiju na slabšem kot drugi, da je »poslednji bedak, ki spoštuje neko pravilo«, se omajeta. Pravni red torej na dolgi rok ne more računati z vsesplošno konformnostjo ljudi, če dopusti, da si »kršilci s svojimi dejanji zagotovijo boljše socialno-ekonomske položaje kot pravo zvesti ljudje« (Dölling, 1990: 18).<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Novejše raziskave temu dodajajo novo dimenzijo: na konformnost ljudi ne vpliva le posameznikova subjektivna ocena, ali kazenskopravne institucije delujejo, temveč tudi posameznikova percepcija legitimnosti delovanja teh institucij (Meško, Reisig in Tankebe, 2012; Reisig, Tankebe in Meško, 2013).

## 2.2 Pedagoška funkcija kazni – učenje in utrjevanje moralnih vrednot

Nadaljnja funkcija kazenskega prava je skladno z idejo pozitivne generalne prevencije pedagoška. Zagrožene in izrečene kazni naj bi vsebovale pouk o temeljnih družbenih vrednotah. Kazenski zakonik in kazenski pravosodni sistem sta skladno s tem pogledom predvsem svojevrsten aparat za moralno propagando: dejstvo, da je neka pravna dobrina zavarovana »pod pretno kazni«, naj bi vplivalo na naše vrednotenje te pravne dobrine. Zagrožene in izrečene kazni naj bi ustvarjale moralne inhibicije do kaznivih dejanj. Povedano z banalnim primerom: ko ljudje vidijo, da se za večjo davčno utajo izreče zaporna kazen, to pripomore h graditvi in utrjevanju zavesti, da je davčna utaja nekaj nesprijemljivega (Andenaes, 1965: 68). Ta vidik pozitivne generalne prevencije je pri nas že dolgo znan in je bil svoj čas celo zakonsko normiran – spomnimo na nekdanji 33. člen Kazenskega zakona SFRJ (1976), ki je kot enega izmed namenov kaznovanja predpisoval krepitev morale socialistične samoupravne družbe. Pri zagovornikih pozitivne generalne prevencije sicer zasledimo nekoliko različne poglede na to, ali s kaznovanjem moralne nazore prebivalstva ustvarjamo ali pa zgolj utrjujemo, ohranjamo na vsakokrat dani zgodovinsko-civilizacijski ravni, načeloma pa danes prevladuje prepričanje, da se oba vidika prepletata.<sup>5</sup>

Obstajajo številni dvomi o tem, da zagrožene in izrečene kazni oblikujejo moralne predstave ljudi. Predvsem gre za pomislek, da se posameznikovi moralni nazori kalijo najprej skozi socializacijo v družini, šoli, vrstniških skupinah, v poklicnem okolju itd., vsekakor pa ne s skrbnim prebiranjem kazenskega zakonika in pripadajoče sodne prakse.<sup>6</sup> Kljub temu v ideji o kazni kot sredstvu za moralno propagando in o kazenskem pravu kot veliki moralno podjetniški instituciji vseskozi ostaja nekaj mikavnega, in to ne le za demagoške politike, temveč tudi za napredne družbene skupine: pomi-

<sup>5</sup> Na možnost, da kazenskopravno odzivanje vpliva na moralna vrednotenja ljudi, v novejši slovenski literaturi opozori Petrovec (2009: 19–20) v razpravi o (ne)upravičenosti inkriminacij zoper čast in dobro ime. Zadržek do tega, da bi se varstvo časti in dobrega imena v celoti prepustilo civilistiki, med drugim utemeljuje s sporočilno vrednostjo kazenskopravnega odziva za vzpostavljanje morale, ki je učinkovitejša od drugih možnosti (pri čemer avtor poudarja, da mu gre za odziv, ne za sankcijo).

<sup>6</sup> Empirične raziskave so pokazale (European Committee on Crime Problems, 1980: 80), da ljudje nasploh nimajo veliko nadrobnege znanja o kazenskem pravu, kazenskih postopkih in sankcijah. Ta okoliščina seveda postavlja pod vprašaj enega izmed temeljev pozitivne generalne prevencije, namreč predpostavko, da podatki o vsebini zakonov, zakonskih sprememb, sodni praksi in celo o izrečenih sankcijah v posameznih zadevah dosežejo tiste, na katere je treba moralno vplivati.

slimo na vztrajna prizadevanja okoljevarstvenikov ali pa nekaterih feminističnih ločin za nove inkriminacije ali strožje kazni za ravnanja, ki jih uvrščajo »pod ingerenco« njihovega političnega boja.<sup>7</sup>

Na oblikovanje vrednostnih predstav naj ne bi vplivala le okoliščina, da se nekatera ravnanja kaznujejo, temveč tudi *višina kazni* – ta naj bi bila instrument za izgradnjo hierarhijske vrednot med ljudmi. To je argumentativna črta, ki jo je ubralo nemško Zvezno ustavno sodišče pri obrambi dosmrtno zaporne kazni za kaznivo dejanje umora: ta naj bi bila še posebej prikladna v zavesti ljudi za utrjevanje spoznanja, da je človeško življenje izjemno dragocena in nenadomestljiva pravna dobrina; z izgradnjo te zavesti pa naj bi se pri ljudeh utrjevali zadržki ogrožati človeško življenje, še posebno pa ga naklepno uničiti (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 1977: 256). K empirični vzdržnosti rezoniranja nemškega Ustavnega sodišča o »posebni prikladnosti« dosmrtnega zaporu za izgradnjo vrednostnih lestvic se bom vrnil v nadaljevanju, že zdaj pa je na mestu opomba, da je pri njem na delu precej ideologije in le malo ali nič empirije.

### 2.3 Pomiritvena funkcija

Kazniva dejanja, še posebno huda, zbudajo pri ljudeh nemir, jezo in strah. Izrek in izvršitev kazni naj bi imela moč umiriti ta neprijetna občutja. Jeza, usmerjena zoper storilca, se poleže ob izreku kazni, ki jo javnost dojema kot pravično. Tolažilno namreč deluje, ko vidimo, da pravosodje obvlada svoj posel in da Justica ni zaman opasana z mečem (Andenaes, 1965: 77). In narobe: morebitni vtis, da pravosodje ne more ali noče pravično sankcionirati kršitev, ki jih javnost dojema kot ogrožajoče, lahko podžiga jezo ljudi in spodbuja zatekanje v t. i. samopomoč, ki v pravni državi ni zaželena oblika reševanja sporov.

Ob povedanem je pomembno nameniti pozornost tej le podrobnosti. Pomiritveno ne more delovati katera koli sankcija, temveč le tista, ki jo javnost dojame kot pravično (Dölling, 1990: 15; Müller-Dietz 1985: 823). Težava je v tem, da »javnost« praviloma nikakor ni poenotena glede vprašanja o pravični kazni. Ljudje imajo zelo različne predstave o tem, kaj je v nekem primeru pravična kazen. Tega jim ne smemo zameriti, navsezadnje je znano, da tudi sodniki, torej profes-

ionalci, šolani za pravično izbiro in odmero sankcije, v podobnih primerih izrekajo precej različne sankcije in da instančna sodišča ne redko spremenijo odločbe o sankciji, ki so jih izrekla nižja sodišča.<sup>8</sup> Skratka, težko je reči, da obstaja ena in edina pravična kazen, ki ima moč pomiriti vse ljudi. Zato je že tu na mestu opozorilo, da je opisani model »kaznivo dejanje, ki razburi javnost – izrek sankcije, ki je v družbi vsesplošno dojeta kot pravična – zadovoljitev in pomiritev«, predvsem teoretični ideal oziroma normativna izjava (nekaj, kar naj bi bilo), precej manj pa opis družbene resničnosti.

### 3 Ali pozitivna generalna prevencija deluje? (Izsledki empiričnega raziskovanja)

Problem pozitivne generalne prevencije je, da so možnosti njenega empiričnega preverjanja razmeroma omejene. Splošno so znane tri metode merjenja učinkovitosti generalne prevencije: statistična analiza, intervjuji in eksperimenti.

S statistično analizo se je mogoče dokopati do zelo omejenih rezultatov. Lahko seveda preštejemo zaznana kazniva dejanja v določenem obdobju, to še gre. Žal pa ne moremo prešteti tistih kaznivih dejanj, ki bi bila denimo izvršena, če pravosodje ne bi delovalo ali če bi sodišča izrekala nižje kazni. Kot nemara najbolj obetavno je na tem področju veljalo raziskovanje povezanosti raziskanosti kaznivih dejanj in obsega kriminalitete. Gre za vprašanje, ali povečanju raziskanosti v nekem času sledi zmanjšanje (zaznane) kriminalitete (in narobe). Toda tovrstno raziskovanje je prisiljeno graditi na optimistični predpostavki, da (potencialni) storilci za njihovo raziskanost vedo, poleg tega pa ga močno relativizira dejstvo, da je zaznana kriminaliteta le majhen del dejanske (temno polje), kar pomeni, da je sklepe o korelacijah treba sprejemati zadržano.

Z intervjuji se denimo lahko preverja, kako se ljudje odločajo o potencialnih kršitvah norm, kako kršitve drugih vplivajo na pripravljenost ljudi spoštovati pravni red in kako določena zakonska norma ali pravosodna odločitev vplivata na moralne predstave ljudi. Pomembna omejitev te metode je, da tisto, kar ljudje odgovorijo na hipotetično vprašanje, ne zrcali nujno njihovega ravnanja v dejanskem položaju; izpovedi o potencialnem kriminalnem vedenju ali o moralnih vprašanjih zaradi delikatnosti teme so pogosto hote ali neho-

<sup>7</sup> Naprednost in zahteve po represivnem reševanju družbenih problemov se očitno ne izključujejo. Številne zahteve po novih inkriminacijah ali višjih kaznih prihajajo s t. i. levega političnega spektra, kar kaže na veliko simbolno moč, ki jo ljudje vseh političnih orientacij pripisujejo kazenskopravnemu sistemu in na veliko upanje, da lahko inkriminacije spremenijo družbeno moralo (Scheerer, 1986: 19).

<sup>8</sup> V tej zvezi je treba opozoriti tudi na raziskave Petrovca (1998: 175–206), ki je z analizo anket pokazal, da sodnike pri izbiri in odmeri sankcije vodijo precej različne načelne usmeritve: specialna prevencija v različnih oblikah (resocializacija, inkapacitacija), generalna prevencija v različnih oblikah (zastraševanje, utrjevanje splošnih moralnih norm), retribucija in zadoščenje oškodovancu.

te cenzurirane ali prirejene, da se oseba pokaže v znosni luči (Dölling, 1990: 5).

Z eksperimenti se postavljajo ljudje v različna simulirana okolja in preverjajo se njihovi odzivi. Dober primer s področja generalne prewencije je eksperiment, ki sta ga izvedla Schwartz in Orleans (povzeto po Schumann, 1989: 26–27). V sodelovanju z davčno upravo sta zavezance v okrožju razdelila v tri skupine. Prvi skupini je uprava poslala obrazec za davčno napoved, opremljen z navedbami pojasnili o kazenskopравниh posledicah utaje davkov. Obrazec, ki ga je prejela druga skupina, je bil opremljen z moralnim apelom in s pojasnili o socialnih dejavnostih, ki se napajajo iz plačanih davkov (zdravstvo, pomoč revnim). Tretja, kontrolna skupina je prejela »gol« obrazec, brez dodatnih pojasnil. Izkazalo se je, da je bil agregatni obseg prijavljenih dohodkov glede na preteklo leto pri kontrolni skupini domala nespremenjen, pri prvi skupini (informirani o sankcijah) malenkost višji, bistveno pa se je povečal pri skupini zavezancev, ki so prejeli moralni apel.<sup>9</sup>

Z eksperimentalno metodo se najbrž bolj približamo pravi zakonitostim človeškega odločanja in vedenja kot z vprašalniki. Težava te metode pri raziskovanju generalne prewencije pa je, da je uporabna le v povezavi z manj resnimi protipravnimi ravnanji (davčna utaja, prekrški v mirujočem prometu, uporaba varnostnega pasu), praktično neuporabna pa je v zvezi z resnimi kaznivimi dejanji, denimo zoper življenje in telo ali spolno avtonomijo.

Poleg splošnih težav, ki so značilne za posamezne raziskovalne metode, pri merjenju učinkov pozitivne generalne prewencije naletimo vsaj še na dve specifični omejitvi. Prvič, generalnoproventivno delovanje zakonskih norm in pravosodnega sistema je praktično nemogoče izolirati od drugih dejavnikov, kot so na primer vzgoja, izobrazba, vpliv vrstniške skupine in pomembnih drugih. In drugič, empiričnemu

preverjanju povzroča težave dejstvo, da je zamisel o pozitivni generalni preveciji, ki danes prevladuje, amalgam empiričnih in normativnih trditev. Zagovorniki pozitivne generalne prevecije namreč delno govorijo o tem, kako kazensko pravo deluje (empirični del), delno pa govorijo o idealu, kako bi moralo delovati in kakšne cilje bi moralo dosežati (normativni del). V normativnem delu pozitivne generalne prevecije seveda ni mogoče empirično preverjati.

Pri empiričnem raziskovanju pozitivne generalne prevecije je pionirsko delo opravil Nigel Walker (Walker in Argyle, 1964; Walker in March, 1984), nekdanji direktor kriminološkega inštituta v Cambridgeu. Najbolj pomembni sta njegovi raziskavi učinkov inkriminiranja oziroma dekriminiranja na splošne moralne predstave ljudi in učinkov sodno izrečenih sankcij na to, kako ljudje moralno vrednotijo posamezna ravnanja.

Leta 1961 je bil v Angliji dekriminiran poskus samomora. Walker in Argyle (1964) sta raziskovala, ali je to vplivalo na moralne predstave ljudi o samomoru. Tri četrtine vprašanih je živeo v prepričanju, da je poskus samomora še vedno kazniv, četrtina pa je bila glede tega negotova ali pa je vedela za dekriminacijo. Moralna vrednotenja samomora se v obeh skupinah niso bistveno razlikovala. V nadaljevanju sta raziskovalca pri vprašanih preverjala moralna vrednotenja naslednjih ravnanj: pijančevanja in »neprimerne« vedenja v javnosti, malomarno povzročene telesne poškodbe, prostitucije in splava, pri čemer sta eni skupini vprašanih navedla napačne podatke o (ne)kaznivosti teh ravnanj. Moralna vrednotenja ljudi se niso bistveno razlikovala, ne glede na informacije o (ne)kaznivosti, ki so jih imeli. V nekaterih primerih so nastali celo nasprotni učinki oziroma »učinek bumeranga«: ljudje, ki so dobili informacijo, da je neko ravnanje kaznivo, so bili pri moralnem vrednotenju prizanesljivejši od tistih, ki so odgovarjali misleč, da ni kaznivo.

Sklep raziskovalcev je bil, da dekriminacije ne vplivajo na moralne predstave ljudi, vsaj ne na kratek rok. Podobno stališče zasledimo v Poročilu Sveta Evrope o dekriminiranju, kjer avtorji poročila postrežejo s tem primerom: incest je na Danskem kazniv, na Nizozemskem pa ne, vendar zaradi tega ni videti, da bi bil na Nizozemskem bolj razbohoten ali moralno sprejemljivejši (European Committee on Crime Problems, 1980: 89).<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Vprašanje, ali inkriminacija incesta vpliva na moralne predstave ljudi in razširjenost incestuoznih spolnih praks, je intrigantno že od nekdaj. Med gradivi iz zakonodajnega postopka ob sprejemanju nemškega KZ iz leta 1975 (povzema jih Deutscher Ethikrat, 2014: 30), ki s spremembami in dopolnitvami velja še danes, najdemo med drugimi tudi sklop »moralnopodjetniških« argumentov za nujnost inkriminacije: 1) gre za družbeni tabu, ki ga je treba ohraniti; 2) treba je ohraniti tudi prepričanja prebivalstva, da je incest

<sup>9</sup> Tudi sicer raziskave kažejo, da h konformnemu vedenju praviloma bolj kot strah pred sankcijo sili moralna obvezujočnost norme (Dölling, 1990: 7). Strah pred odkritjem in sankcijo je učinkovit motivator h konformnemu vedenju zlasti v zvezi z lažjimi kaznivimi ravnanji, ki ni nimajo moralnega naboja. Pri njih nemara res lahko sledimo zamisli ekonomsko navdahnjenih avtorjev, ki gledajo na sankcijo kot na ceno, glede katere se posameznik racionalno odloča, ali jo je pripravljen plačati: poslovnež hiti na sestanek in se odloči za napačno parkiranje, čeprav bo najverjetneje oglobljen (European Committee on Crime Problems, 1980: 81). Znane so tudi spekulacije o tem, da je precej odvisno od posameznikove izobrazbe: ravnanje bolj izobraženih ljudi naj bi bolj vodila moralna načela, slabše izobraženih pa »strah pred palico«. Te domneve je treba jemati z veliko rezervo; možno je, da imajo izobraženi le boljšo sposobnost racionalizirati (ne nujno zavedni) strah pred sankcijo in svojo konformnost posledično razlagati kot zvestobo moralnim načelom (Schumann, 1990: 27).

Walker je s sodelavci (Walker in March, 1984) opravil še vrsto podobnih raziskav. V raziskavi, ki sta jo s Catherine March izvedla leta 1984, so ju zanimali moralno-propagandni učinki izrečene kazenske sankcije. Vprašanim sta pokazala lažne časopisne novice o sojenjih za srednje huda kazniva dejanja. Novice niso vsebovale podatkov o kazenskih sankcijah, ki naj bi jih izreklo sodišče. Intervjuvanci so bili naključno razdeljeni na šest podskupin, od katerih je vsaka dobila različne dodatne informacije o zadevi: 1) da je bil storilec obsojen na zaporno kazen šestih mesecev; 2) da je bil storilec obsojen na pogojno obsodbo z varstvenim nadzorstvom; 3) da je sodnik rekel, da se mu tovrstna kazniva dejanja zdijo resna; 4) da je sodnik rekel, da se mu tovrstna kazniva dejanja ne zdijo posebej huda; 5) da večina »ljudi, kot si ti« storilčevega dejanja ne obsoja zelo; in 6) da večina »ljudi, kot si ti« močno obsoja taka dejanja. Intervjuvanci so morali nato podati oceno, kako močno sami obsojajo opisano dejanje. Bistvena ugotovitev raziskave je bila, da razlika med šestmesečno zaporno kaznijo in pogojno obsodbo ni vplivala na moralne predstave vprašanih o zavržnosti dejanja (Walker in March, 1984). Prav tako ni bistveno vplival podatek o tem, kako se je o dejanju izrekel sodnik, daleč največji učinek je imel podatek o tem, kako dejanje vrednotijo »ljudje, kot je vprašani«. Walker (1995) se zaveda pomembne omejitve raziskave: omejila se je na sankcije, ki naj bi jih sodišča izrekla v nekaj primerih. Avtor ne izključuje možnosti, da bi konstantno in izčrpno poročanje o sankcijah, ki jih izrekajo sodišča na dolgi rok, lahko vplivalo na moralne predstave ljudi, opozarja pa na znano dejstvo, da v realnem življenju mediji ne zagotavljajo izčrpnega poročanja o izrečenih sankcijah, temveč so skrajno selektivni (Walker, 1991: 28).

Zagovorniki pozitivne generalne preprečitve opozarjajo, da nas opisane raziskave ne smejo prehitro navdati s pesimizmom. Težava teh raziskav je, da so »točkovne«: preverjajo moralno presojo vprašanih v povezavi z enkratnim dogodkom (npr. dekriminacijo, višino izrečene sankcije v enem samem primeru itd.) Pozitivna generalna preprečitev pa naj bi delovala na dolgi rok: skozi stalno, predvidljivo, za vse enako delovanje pravnega sistema, ki izreka pravične sankcije, gradi pravno zavest ljudi (Dölling, 1990: 18).

---

treba kaznovati; 3) izogniti se je treba napačnemu signalu, ki bi ga dekriminacija poslala javnosti; 4) ne smemo se odpovedati generalnopreventivnim učinkom zoper incestuozna ravnanja (Deutscher Ethikrat, 2014: 30). Kot že omenjeno, je strah, da bi ljudje ob morebitni dekriminaciji incest začeli dojemati kot »moralen« in se mu začeli v večjem obsegu »vdajati«, zelo verjetno pretiran. Incest, ki ne vključuje zlorabe, je danes v EU nekazniv na primer v Franciji, Belgiji, na Nizozemskem, v Luksemburgu, na Portugalskem, v Španiji in (delno) v Sloveniji. Ni podatkov, da je v teh državah incest večji socialni problem kot v državah, ki s pomočjo inkriminacije ohranjajo »ustrezne moralne predstave prebivalstva«.

Ena od bistvenih razlik med negativno in pozitivno generalno preprečitvijo je torej v pričakovani »ročnosti« njunega delovanja. Zastrafevalni učinek je praviloma takojšen, pride in gre v trenutku: ko na cesti vidimo policijsko patroljo, dvignemo nogo s plina, ko pa je patrolja mimo, ga brž spet poho-dimo. Moralni učinki inkriminacij in kazni pa lahko delujejo kvečjemu na dolgi rok; potrebna so leta ali celo generacije, da do njih pride – če sploh (European Committee on Crime Problems, 1980: 19).

Morebitne dolgoročne učinke inkriminacij je seveda težko empirično izmeriti. Dölling (1990: 18) primeroma predlaga longitudinalne študije, ki bi med prebivalstvom preverjale moralna vrednotenja nekega ravnanja v obdobju desetih let po njegovi inkriminaciji.

Leta 1995 je takratni novi slovenski Kazenski zakonik (KZ, 1995) med drugim prinesel dve novi »ekološki« kaznivi dejanji: mučenje živali in razvrednotenje okolja z motornim vozilom. Zanimivo bi bilo vedeti, ali sta dve desetletji njune veljave vplivali na to, kako ljudje moralno vrednotijo inkriminirana ravnanja. Priložnost za longitudinalno študijo, kakršno predlaga Dölling (1990), je sicer zamujena (manjkajo podatki o moralnih vrednotenjih pred inkriminacijo), domnevati pa je mogoče, da je bil učinek teh dveh inkriminacij na vrednostne predstave prebivalstva omejen že zato, ker večina ljudi za ti dve inkriminaciji zelo verjetno ne ve (pri številnih manj znanih kaznivih dejanjih ljudje sicer načeloma vedo, da gre za pravno prepovedana ravnanja, nimajo pa jasne predstave o tem, pod katero »vejo prava« spadajo oziroma kako so sankcionirana).

Ko se sprašujemo o učinkih inkriminiranja in dekriminiranja na moralne predstave ljudi, je končno treba imeti pred očmi, da ne gre za preprost enosmerni proces (najprej inkriminacija/dekriminacija, nato sprememba moralnih predstav), temveč gre praviloma za preplet vzajemnega učinkovanja, v katerem je pogosto težko ugotoviti, ali je bila prej kura ali jajce. Raziskave zakonodajnih procesov celo kažejo, da spremembe v splošnih moralnih vrednotenjih praviloma predhodijo zakonodajne spremembe, in ne narobe (Schumann, 1989: 4), kar relativizira tezo o inkriminiranju oziroma dekriminiranju kot pripomočku za oblikovanje morale.

## 4 Razprava

V razpravi o pozitivni generalni preprečitvi je dobro imeti ves čas pred očmi, da se pod dežnikom tega pojma pojavlja-jo različni učinki (utrjevanje zaupanja v pravni red, učenje in utrjevanje moralnih vrednot, pomiritev) in različni mehanizmi oziroma ravni delovanja (dejstvo, da je neko ravnanje inkriminirano, višina zagrožene kazni, odkritje in pregon

dejanja, krivdorek, višina izrečene kazni, izvršitev kazni). Z drugo besedo: ko pisci polemizirajo o pozitivni generalni preprečitvi, ne govorijo vselej o istih stvareh. Zato se zdi na mestu poziv, da je treba morebitne prihodnje razprave o pozitivni generalni preprečitvi konkretizirati, navesti, na kateri vidik pozitivne generalne preprečitve se posamezna trditev nanaša. V preostanku te razprave pa je treba nekatere vidike pozitivne generalne preprečitve izpostaviti kritičnemu premisleku.

#### 4.1 Pozitivna generalna preprečitev, empirija in komunikacija

Kar zadeva empirično plat, je nekaj stvari jasnih, večina pa ne. Nesporno je, da pozitivna generalna preprečitev deluje na najbolj elementarni ravni, na ravni »vse ali nič«: s popolno odpravo sankcioniranja kaznivih dejanj, ukinitvijo policije in pravosodnega aparata bi se število »neželenih« ravnanj na dolgi rok brez dvoma povišalo, zaupanje ljudi, da »pravosodje obvladuje kriminaliteto« pa, logično, zmanjšalo.<sup>11</sup> Ko pa se s te elementarne ravni podamo v bolj subtilne vode, stvari niso več tako jasne. Vzemimo sodnika, ki pri odmeri kazni niha med šestmesečno in enoletno zaporno kaznijo, naposled pa se v imenu »graditve in utrjevanja moralnih nazorov prebivalstva« odloči za zadnjo. Bo daljša kazen res izbrusila moralne nazore ljudi, ali pa je na delu le priročen izgovor za izrek strožje sankcije? Lahko sicer sprejmemo idejo, da je ena od nalog pravosodja komunicirati z javnostjo, pošiljati moralna sporočila. Nerazumno pa je pričakovati, da bodo drobne razlike v sankcijah, ki zaznamujejo vsakodnevno pravosodno odločanje, dosegle splošno javnost kot naslovnico sporočila, in če jo že bodo dosegle, da jim bo ta pripisala enak pomen, kot pošiljatelj sporočila (opisane Walkerjeve raziskave glede tega ne zbujejo optimizma) (Mathiesen, 1990: 64).

Ideja o pravosodnem sistemu kot pošiljatelju moralnih sporočil ima tudi tole težavo: pravosodje z javnostjo večinoma ne komunicira neposredno, temveč s posredovanjem medijev, ki pritaknejo svoje filtre in povečevalna stekla. Koncepta medijskega filtriranja in fokusiranja (Mathiesen, 1990: 65–66) sta danes splošno znana, vseeno pa si zaradi celovitosti poante zaslužita nekaj stavkov. Pravosodno obravnavo kriminalitete mediji najprej prečistijo: zadeve, ki medijsko niso zanimive

<sup>11</sup> Gre za trditev, ki ne potrebuje posebnih »empiričnih« dokazov. Nekaj zgodovinskega materiala je vendarle na voljo. Septembra 1944 je nemška vojska aretirala celotno dansko policijo. Do konca vojne so bile naloge policije opravljane na improviziran način (skupina neoboroženih stražarjev, ki ni mogla napraviti praktično nič, razen v primeru flagrantno zasačenih storilcev). Obseg kriminalitete, zlasti premoženjske, se je skokovito povešal (Mathiesen, 1990: 63). Znan je tudi primer stavke policistov v Liverpoolu leta 1919, ko je bilo v nekaj dneh oropanih več kot štiristo trgovin (Andenaes, 1965: 71).

– to pa je vsaj kakih 95 odstotkov zadev, ki tvorijo pravosodni vsakdan – so izpuščene ali pa v najboljšem primeru telegrafsko predstavljene ob robu (»Zbil kolesarja in pobegnil«, »Gojil marihuano«, »Iz kolesarnice ukradel moped«, »Pri Narobetu je zagorelo«). Tisto, kar ostane na situ, so »odmevne zadeve«: večja gospodarska kriminaliteta, zadeve, v katerih so obdolženci politiki ali sicer znane osebnosti, organizirana kriminaliteta, nasilna kriminaliteta in spolna kriminaliteta. Ko je izbor tega, kaj je objave vredno, opravljen, sledi fokusiranje: posebej je treba poudariti senzacionalne in dramatične drobce, izbrati ustrezni slikovni material, naslove, podnaslove in vinjete. V ponazoritev nekaj naslovov iz proslulih Slovenskih novic: »Ubogi Tim (34): dekle ga je želelo zadušiti z joški«, »Ubila in zakopala komaj rojeno dete«, »Za 253 evrov seksual sin znanega politika«, »To je moški, ki je brutalno posilil študentko«.<sup>12</sup>

In zdaj retorično vprašanje: Ali pravosodje ob takem prenašalcu sporočil lahko s filigransko natančnostjo razvija moralne nazore naslovnikov sporočil?

#### 4.2 Pozitivna generalna preprečitev in temno polje (o preventivnih učinkih nevednosti)

Glavna deviza pozitivne generalne preprečitve je, da pravosodje skozi izrečene kazni ljudi moralno ozavešča, krepi zaupanje v pravni red in pomirja (izpolnjuje pričakovanja ljudi, da bodo storilci kaznivih dejanj kaznovani). Iz tega bi moralo slediti, da bolj ko sta pravosodni aparat in policija učinkovita, to se pravi, večja ko je raziskanost kaznivih dejanj in obsojenost njihovih storilcev, večji so preventivni učinki: ljudje so bolj pomirjeni, bolj moralno ozaveščeni in bolj zaupajo v pravni red.

Tako bi skladno z logiko pozitivne generalne preprečitve vsaj moralo biti, vendar pa je to logiko precej zamajal kratek spis nemškega sociologa Heinricha Popitza O preventivnem delovanju nevednosti (*Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*), prvič objavljen leta 1968 in ponatisnjen leta 2003 (Popitz, 1968/2003).

Popitz (1968/2003) postavi zanimivo hipotezo: kazen lahko funkcionira le tako dolgo, dokler doleti le zanemarljiv delež storilcev. Izhodiščno ločuje tri možne situacije: 1) normo upoštevamo; 2) normo kršimo, a nismo kaznovani in 3) normo kršimo in smo zato kaznovani. Od naštetih treh mo-

<sup>12</sup> Da za medije stalno in izčrpno poročanje o izrečenih sankcijah in razlogih zanje ni zanimivo, opozarja tudi Walker (1991: 28). Veliko raje poročajo o zanimivih, nenavadnih lastnostih posameznih zadev. Avtorju je najbolj všeč tale naslov iz britanskega tiska: Madžarski vrhovodec je s polomljenimi nogami vozil pijan.

žnosti je tretja daleč najbolj redka. Raziskave temnega polja se gibljejo okrog ocene, da je od vseh izvršenih kaznivih dejanj manj kot odstotek sodno razrešenih (Hulsman, 1986: 70; Seelmann, 2005: 9).

Na prvi pogled se zdi, da je temno polje strahotno veliko, kar v zagovornikih generalne prevencije budi tale refleksi: prizadevati si moramo, da bo več kaznivih dejanj prijavljenih, raziskanih in obsojenih. Popitz (1968/2003) pa, prav nasprotno, opozori na blagodejne učinke velikega temnega polja. Ti se kažejo na dveh ravneh: zaradi velikega temnega polja se nam kršitve norm zdijo relativno redke, hkrati pa veliko temno polje razbremenjuje kazenskopравни sistem, mu pravzaprav omogoča, da deluje, ne da bi pregorel. To, da za večino kršitev nikoli ne izvemo, potrjuje veljavnost norm, utrjuje zaupanje vanje.

Danes je, kot rečeno, v evropskih državah sodno odločeno v manj kot odstotku vseh izvršenih kaznivih dejanj, pa so sodišča precej obremenjena, zapori pa prenapolnjeni. Če bi se vedelo za vsa izvršena kazniva dejanja, kazenskopравни sistem tega seveda nikakor ne bi mogel predelati, naše zaupanje vanj pa bi bilo še bolj omajano.

Popitzova (1968/2003) poanta je torej, da tisto, kar utrjuje zaupanje v normo in v pravni red nasploh, ni sankcioniranje, temveč ne-sankcioniranje oziroma temno polje – dejstvo, da za večino kaznivih dejanj nikoli ne izvemo. Temno polje omogoča, da »norma ostane svetla in bleščeča« (Popitz, 1968/2003: 16).

Popitzovo (1968/2003) misel bi kazalo malenkost precizirati: namesto tega, da se zaupanje v pravni red krepí z ne-sankcioniranjem, bi bilo bolje reči, da ga krepimo z minimalnim sankcioniranjem. Teza o preventivnem delovanju nevednosti in ideja o pozitivni generalni prevenciji se v tem smislu ne izključujeta, temveč se dopolnjujeta. Če Popitz (1968/2003) parafraziramo: dokler za kršitve ne vemo, ta nevednost ohranja normo »svetlo in bleščečo«, ko pa se za kršitve izve, je sankcija tisto sredstvo, s katerim zloščimo normo in ji vrnemo nekaj prvotnega leska in sijaja.

Za optimalno delovanje pravosodnega sistema je torej potrebno, da se za veliko večino kaznivih dejanj ne izve, tista, ki pa postanejo znana, je treba demonstrativno sankcionirati. Tak, »funkcionalistični« pogled na delovanje pravosodja odpira pomembno etično vprašanje. Za utrjevanje pravnega reda je manjši delež storilcev torej vendarle treba odkriti, obsoditi in sankcijo izvršiti – toda, ali je prav, da te redke izjeme plačujejo ceno za delovanje celotnega sistema?

#### 4.3 Pozitivna generalna prevencija in etika

Pozabimo za hip na vse težave, ki jih ima pozitivna generalna prevencija z empirijo. Recimo, da pozitivna generalna prevencija deluje, da kaznovanje storilcev kaznivih dejanj na dolgi rok oblikuje moralne nazore prebivalstva in da strožja kazni pošilja tudi močnejše, bolj vzgojno moralno sporočilo.

Znano je, da vse, kar deluje, ni nujno tudi etično.

Ali je prav, da storilcu naložimo strožjo kazni, s poslanstvom moralno ozavešiti prebivalstvo? Je prav, da storilec v zaporu prebije dve leti namesto enega, če je to z vidika utrjevanja morale ljudi koristnejše? Da ne ostanemo le pri hipotetičnih primerih, si priključimo v spomin argument nemškega ustavnega sodišča pri obrambi (obligatorne) dosmrtno zaporne kazni za kaznivo dejanje umora: ta naj bi bila še posebno prikladna za utrjevanje spoznanja o dragocenosti človeškega življenja v zavesti javnosti.

Je etično posameznika izpostaviti pogubnim učinkom dolgotrajnega zapora, da bi s tem krepili moralno drugih, ga žrtvovati na oltarju moralne vzgoje ljudstva?

Zaradi navedenih etičnih premislekov želijo nekateri zagovorniki pozitivne generalne prevencije iz njenega delokroga v celoti črtati moralno vzgojo javnosti. S kaznimi ni dopustno vcepljati moralnih nazorov, pa naj bodo ti še tako napredni, meni Mir Puig (1990: 925). Podobno Müller-Dietz (1985: 823) ne išče poslanstva kaznovanja v moralnem prosvetljevanju, temveč kot bistvo pozitivne generalne prevencije izpostavlja zadovoljitev pravnega občutka javnosti. Razlika se zdi predvsem »akademska«: če dopustimo, da se strogost sankcije stopnjuje zaradi potreb pozitivne generalne prevencije, potem je obsojencu bržkone vseeno, ali čas, ki ga bo prebil v zaporu, нареkuje potreba po »pošiljanju moralnega sporočila javnosti« ali potreba po »zadovoljitvi pravnega občutka javnosti«.

Nasploh sta na ravni etičnih premislekov pozitivna in negativna generalna prevencija precej izenačeni. Res je, da pozitivna generalna prevencija na prvi pogled deluje bolj prijazno, bolj človeško, saj ne »zastrašuje«, temveč »učí« in »pomirja«. Toda za tem prijaznejšim obrazom se skriva enaka železna pest, v obeh primerih je »bolečina kaznovanega namenjena zagotavljanju koristi drugih« (Christie, 1986: 99), kar odpira znano skušnjava stopnjevanja zadajanja bolečine posamezniku, da bi se s tem domnevno dosegla kar največja družbena korist.

Upoštevač navedeno, se nekateri kritični avtorji sprašujejo, ali ni pozitivna generalna prevencija le s kozmetičnimi sredstvi prekrita, zamaskirana ideja zastraševanja (Schumann,



1989: 5). Drugi napravijo še korak dlje in opozarjajo, da lahko pozitivna generalna preprečitev hitro postane retorični plašč, v službi racionalizacije nezavednih in zatrtih agresivnih nagonov (Mir Puig, 1990: 924–925). Tu se avtor nasloni na psihoanalitične teorije kazni, ki so »resnično bistvo« kaznovanja videle v stresanju jeze na storilca kot grešnega kozla, ki mu skupnost zameri in zavida, da mu je uspela »zadovoljitev želj« (Baratta, 1980: 226).

Ob navedenih kritikah se je treba pozitivni generalni preprečitvi delno postaviti v bran in opozoriti na dve stvari. Prvič, etična kritika, da gre pri pozitivni generalni preprečitvi za izrabo storilca kot sredstva za doseganje koristi drugih, sicer drži, vendar se tudi druge znane kaznovalne teorije na tem področju ne odrežejo bistveno bolje. Celo absolutne (retributivne) teorije, ki so svoj *credo* zgradile na zavračanju utilitarizma in retoriki spoštovanja človekovega dostojanstva, kaznovano osebo očitno uporabljajo za doseg ciljev izven nje, le da ti cilji niso stvarni (npr. preprečevanje kriminalitete), temveč bolj visoko leteči, idealistični (zagotavljanje pravičnosti, »negacija negacije«, ponovna vzpostavitev pravnega reda in podobno (Ambrož, 2008: 243)).

In drugič, v zvezi s kritiko, da pozitivna generalna preprečitev vodi v skušnjava zaostrovanja kaznovanja, da bi zadovoljila kaznovalne apetite javnosti ali poslala dovolj močno moralnopropagandno sporočilo, je treba povedati, da danes praktično vsi zagovorniki pozitivne generalne preprečitve poudarjajo nujnost omejevanja kaznovanja s krivdnim načelom. Pravijo torej: stopnjevanje kaznovanja v imenu pozitivne generalne preprečitve da, a le do meje, ki jo postavlja storilčeva krivda. Ta omejitev je seveda dobrodošla, žal pa ne tudi posebno jasna in čvrsta.

## 5 Sklep

Če želimo biti pozitivni generalni preprečitvi pravični sodniki, je treba upoštevati, da se pojavlja v precej različnih izpeljavah. Nekatere njene izpeljave so izrazito tehnokratske: iz njihovega besednjaka so se izgubili pojmi, kot so človek, varstvo pravnih dobrin in *ultima ratio*, prevladujejo pa pojmi, kot so norma, sistem, stabilizacija, pravni red – najbolj viden primer je Jakobsov (1991: 6–11) poskus upravičiti kaznovanje s pomočjo teorije sistemov.

Osrednja poanta tega pogleda, ko prečistimo kompleksno retoriko, se glasi: Naloga kazenskega prava in kazni je, da ohranjata zaupanje v prekršeno normo in pravni red nasploh. Toda mar ni tu na delu svojevrstna tautologija? Pravni red mora ohranjati zaupanje v pravni red, namenjen je torej loščenju svoje lastne podobe. Podobno bi bilo nemara trditi,

da je namen delovanja socialnih služb utrjevanje zaupanja v obstoj socialne države.

V zmernejših izpeljavah je v pozitivni generalni preprečitvi zdravorazumsko jedro, s katerim se je brez zadržkov mogoče strinjati in ki ne potrebuje posebnih empiričnih dokazov. Nesporno je, da so možnosti preprečevanja kriminalitete boljše, kadar ljudje vidijo, da pravni red deluje, da so norme mišljene resno in da so kršilci sankcionirani. Vendar iz tega aksioma ne sledi nujno, da strožje kaznovanje deluje bolj preventivno ali da več inkriminacij dela družbo bolj moralno ozaveščeno.

Z drugimi besedami: v zvezi s pozitivno generalno preprečitvijo je treba biti previden, saj ta lahko hitro postane univerzalen in relativno cenen retorični pripomoček za nove inkriminacije, zviševanje zagroženih kazni in strožjo kaznovno politiko ali pa za apologijo kazenskega prava, kakršno pač je. Prav tako kot za oblikovanje novih je namreč pozitivna generalna preprečitev lahko priročen argument za ohranjanje nepotrebnih inkriminacij. Kadar ni videti, da bi imela dekriminacija kakšne vidne negativne učinke, je mamljivo reči, že, že, toda na dolgi rok jih bo prav gotovo imela.<sup>13</sup> Zdi se, da je tu na delu preveč previdnosti; dekriminacije konec koncev niso ireverzibilna dejanja, določeno ravnanje je vselej mogoče ponovno inkriminirati, če se to izkaže za nujno potrebno (historično gledano sicer razlogi za »reinkriminacije« skoraj nikoli niso bile otipljive negativne posledice dekriminacij, temveč predvsem politične spremembe<sup>14</sup> – prim. European Committee on Crime Problems, 1980: 91).

Nadaljnji problem pozitivne generalne preprečitve je, da se zagovorniki ideje o kaznovanju kot »utrjevanju norme« praviloma ne spuščajo v vprašanje o ceni tega utrjevanja. Tu ni mišljena ekonomska, ampak socialna cena, ki se kaže v negativnih učinkih kaznovanja (predvsem zaporne kazni). Vprašanje je, ali je ta cena sprejemljiva, oziroma, ali ni tako, da negativni učinki večkrat presežejo pozitivne (Baratta, 1984: 141)?

<sup>13</sup> Obstaja tudi stališče, da je koristno, če se ohranijo nekatere inkriminacije, ki se v praksi ne uporabljajo (Andenaes, 1965: 78). Če se določena inkriminacija v praksi ne uporablja, naj to še ne bi pomenilo, da je mrtva črka na papirju; lahko ima simbolne učinke in posredno vpliva na oblikovanje morale: tako naj bi bilo denimo za starše ali vzgojne delavce priročno, če lahko za določena ravnanja rečejo ne samo, da so »slaba«, »neprimerna«, »nezdrava« in podobno, temveč tudi, da so »kazniva« (European Committee on Crime Problems, 1980: 89).

<sup>14</sup> Primer bi lahko bila reinkriminacija »zakotnega pisaštva« (po novem »nezakonitega dajanja pravne pomoči«) s Kazenskim zakonikom RS iz leta 2008 (KZ-1, 2008). Primer sicer ni najboljši, saj se zdi, da ni šlo za odraz globokega političnega prepričanja predlagatelja zakona, temveč predvsem za uspeh prizadevanj odvetniškega lobija.

Problem pozitivne generalne prevecije torej ni v njeni izhodiščni ideji, da je treba s sankcioniranjem »utrjevati normo«, temveč v njeni tihi premisi, da lahko pri resnejših kršitvah to nalogo opravlja edino zaporna kazen, pri čemer naj bi več kazni normo bolj utrdilo in ljudi temeljiteje moralno prosvetlilo. Čeprav empirično ni potrjena, ta premisa pogosto služi kot sredstvo za legitimacijo kazenskega prava, kakršno pač je, ali celo za dokazovanje nujnosti njegove ekspanzije in hromi prizadevanja za iskanje manj drastičnih sredstev za vzdrževanje pravnega reda in »utrjevanje norme«. Zato je koristno imeti pred očmi obravnavane senčne plati ideje o pozitivni generalni preveciji in se vprašati, ali je uporaba zaporne kazni v obsegu, kot ga ima danes, res nujno potrebna, da norme ostanejo »svetle in bleščeče« (Popitz, 1968/2003). Nemara bo institucija zapore, kot jo poznamo danes, naše zanamce navdajala s tako osuplostjo in nelagodjem, kot spreletita nas ob misli na nesmiselno nasilje telesne kazni.

## Literatura

- Ambrož, M. (2008). Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 59(3), 249–260.
- Andenaes, J. (1965). *The general part of the criminal law of Norway*. South Hackensack: Rothman.
- Baratta, A. (1980). Strafrechtsdogmatik und Kriminologie. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92(1), 107–142.
- Baratta, A. (1984). Integration – Prävention: eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe. *Kriminologisches Journal*, 16(2), 132–148.
- Christie, N. (1986). Images of man in modern penal law. *Contemporary Crises*, 10(1), 95–106.
- Deutscher Ethikrat (2014). *Inzestverbot*. Berlin: Deutscher Ethikrat.
- Dölling, D. (1990). Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102(1), 1–20.
- Dölling, D., Entorf, H. in Hermann, D. (2009). Is deterrence effective? Results of meta-analysis of punishment. *European Journal of Criminal Policy Research*, 15(1–2), 201–224.
- Durkheim, E. (1892/2013). The division of labour in society (extract). V S. Lukes in A. Scull Andrew (ur.), *Durkheim and the law* (str. 105–118). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (1977). Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- European Committee on Crime Problems (1980). *Report on decriminalisation*. Strasbourg: Council of Europe.
- Feinberg, J. (1995). The expressive function of punishment. V A. Duff in D. Garland (ur.), *Reader on punishment* (str. 71–91). New York: Oxford University Press.
- Feuerbach, A. R. (1847). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyers Verlag.
- Hirttenlehner, H., Pauwels, L. in Meško, G. (2014). Is the effect of perceived deterrence on juvenile offending contingent on the level of self-control? Results from three countries. *The British Journal of Criminology*, 54(1), 128–150.
- Hulsman, L. (1986). Critical criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*, 10(1), 63–80.
- Jakobs, G. (1976). *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Berlin: de Gruyter.
- Kanduč, Z. (1998). Emile Durkheim in moderna kriminologija: anomija, kaznovanje in kriminaliteta. *Zbornik znanstvenih razprav*, 58, 123–142.
- Kazenski zakon SFRJ. (1976). *Uradni list SFRJ*, (44/76).
- Kazenski zakonik RS (KZ). (1994). *Uradni list RS*, (64/94).
- Kazenski zakonik RS (KZ-1). (2008). *Uradni list RS*, (55/08).
- Mathiesen, T. (1990). *Prison on trial*. London: Sage.
- Meško, G., Reisig, M. D. in Tankabe, J. (2012). Postopkovna pravičnost, legitimnost policije in sodelovanje javnosti s pravosodnimi organi. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 63(2), 112–122.
- Mir Puig, S. (1990). Die begründende und die begrenzende Funktion der Positiven Generalprävention. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102(4), 914–927.
- Müller-Dietz, H. (1985). Integrationsprävention und Strafrecht. V T. Vogler (ur.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (str. 813–827). Berlin: Duncker & Humblot.
- Palmer, R. I. (1975). Andenaes and the theory of deterrence. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 66(3), 106–109.
- Petrovec, D. (1998). *Kazen brez zločina*. Ljubljana: Studia humanitatis.
- Petrovec, D. (2009). Čast in dobro ime – med pravom in psihologijo. *Pravna praksa*, 28(45), 19–20.
- Plesničar Mihelj, M. (2012). Namen kaznovanja in njegov vpliv na odločanje o sankcijah. *Zbornik znanstvenih razprav*, 72, 181–210.
- Popitz, H. (1968/2003). *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Reisig, M. D., Tankabe, J. in Meško, G. (2014). Compliance with the law in Slovenia: the role of procedural justice and police legitimacy. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 20(2), 259–276.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht – Allgemeiner Teil I (Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre)*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Scheerer, S. (1986). Towards abolitionism. *Contemporary Crises*, 10(1), 5–20.
- Schumann, K. F. (1989). *Positive Generalprävention*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- Seelmann, K. (2005). *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- Walker, N. (1991). *Why punish?* Oxford: Oxford University Press.
- Walker, N. (1995). Reductivism and Deterrence. V A. Duff in D. Garland (ur.), *Reader on punishment* (str. 210–217). New York: Oxford University Press.
- Walker, N. in Argyle, M. (1964). Does the law affect moral judgments? *British Journal of Criminology*, 4(6), 570–581.
- Walker, N. in March, C. (1984). Do sentences affect public disapproval? *British Journal of Criminology*, 24(1), 27–48.

## **The Aim of Punishment: Positive General Prevention?**

Matjaž Ambrož, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia.  
E-mail: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

The author analyses the idea of positive general prevention, which has become a leading theory of punishment in several legal systems, most notably the ones within Germanic legal circles. Positive general prevention is used as an umbrella term covering a variety of different effects of punishment (consolidation of confidence in the legal order, the moral-educational effect, and satisfying the public), which should, in the long run prevent crime. The main hypothesis of this paper is that the effectiveness of positive general prevention is relatively scarce, and this hypothesis is being verified in conjunction with the theory on preventive effects of ignorance and by reviewing relevant empirical research. In the conclusion, it is argued that positive general prevention is indisputably effective at the “all or nothing” level (with the complete elimination of sanctioning there would certainly be more crime), while preventive effects of making legal punishments harsher, are very limited. A specific problem of positive general prevention is that it can quickly become universal and a relatively cheap rhetorical device in the struggle for new incriminations, raising penalties and more severe penal policies, or for the apology of criminal law, as it is.

**Keywords:** aim of punishment, theory of punishment, general prevention, special prevention, utilitarianism, absolute theories, dark field, morality

**UDC:** 343.8