

O vplivu kriminalitetne politike na kazenskopravno dogmatiko

Matjaž Ambrož¹

Vprašanje razmerja med kriminalitetno politiko in kazenskopravno dogmatiko je kontroverzno. Znani so pogledi, ki zagovarjajo strogo ločenost obeh disciplin, pa tudi stališča, da je treba kazenskopravno dogmatiko oblikovati v skladu s cilji kriminalitetne politike (funkcionalizem). Osrednja teza članka je, da stroga ločenost disciplin ni mogoča: avtor s primeri pokaže, da se pod na videz čistim dogmatičnim diskurzom pogosto skrivajo kriminalitetnopolitični preudarki. Prikrivanje oziroma »dogmatiziranje« kriminalitetnopolitičnih stališč povzroča več težav (večkrat deluje neprepričljivo, ne vodi vselej v družbeno sprejemljive rešitve in ne rešuje težave pravne varnosti), zato avtor poziva, naj se o kriminalitetnopolitičnih vprašanjih odprto govori že, ko gre za vprašanje pripisovanja kazenskopravne odgovornosti, in ne šele na ravni izbire in odmere sankcije. V sklepnem delu so obravnavane meje in pasti kriminalitetnopolitičnih preudarkov znotraj kazenskoprnega odločanja.

Ključne besede: kriminalitetna politika, kazenskopravna dogmatika, etika, namen kaznovanja, pravna varnost, prostovoljni odstop

UDK: 343

1 Uvod: teza o ločenosti

Leta 1881 je Franz von Liszt zasnoval revijo za »celokupno kazenskopravno znanost«², katere vodilo je bilo v kazensko pravo vključiti spoznanja empiričnih znanosti, zlasti kriminologije, ter kazenskopravno dogmatiko dopolniti s kriminalitetnopolitičnimi premisleki. Tako zasnovana vseobsegajoča kazenskopravna znanost naj bi se poleg pojmovno sistematične razčlenitve predpostavk kaznivosti (dogmatika) ukvarjala tudi z empirično zaznamovanimi vprašanji smiselnega obravnavanja socialno odklonskih pojavov (kriminalitetna politika) (von Liszt, 1919: 1–2). Kljub opisanemu združevalnemu pristopu pa von Liszt (1919) ni bil privrženec integralizma v pravem pomenu besede: dogmatiko in kriminalitetno politiko je dojemal v antagonističnem odnosu – med njima je videl nepremostljivo zev. Če je naloga kriminalitetne politike zatiranje kriminalitete, pa mora biti naloga kazenskega prava (v ožjem, dogmatično-tehničnem smislu) garantno liberalna: zagotavljati mora enakost obravnavanja in varovati individualno svobodo pred arbitrarnimi posegi države. V tem smislu je von Liszt bil in ostal dedič pozitivizma – pravne teorije, ki si prizadeva iz prava izgnati dimenziji socialnega in političnega (Roxin, 1973: 7).

Ta von Lisztov pogled na odnos pravne dogmatike in kriminalitetne politike, med katerima naj bi vladalo nepomirljivo nasprotje, so prevzeli številni avtorji in še danes močno zaznamuje kazenskopravno misel. Kazenskopravna dogmatika in kriminalitetna politika sta se večinoma razvijali kot dve ločeni disciplini, brez resnejšega dialoga.³ Seveda v literaturi niso manjkale občasne deklaracije o njuni vzajemni povezanosti, toda avtorji, ki bi to »vzajemno povezanost« upoštevali, jo podrobneje razčlenjevali in razvijali, so bili precej redki. V državah germanskega pravnega kroga je dogmatika, torej sistematična pojmovna členitev predpostavk kaznivosti, doživela velik razcvet. Njen vpliv še zdaleč ni ostal omejen na germanski svet, temveč se je hitro širil (repcija); njene iznajdbe so dobile občudovalce po vsem svetu – kot primer naj zadošča mogočna trditev španskega avtorja Enriqueja Gimbernata Ordeiga, ki je zamisel o trodelni strukturi kaznivega dejanja razglasil za nič manj kot »impozanten konstrukt, ki ga je treba obravnavati kot enega največjih dosežkov človeške znanosti« (Ordeig, 2001, v Dubber, 2005: 1051).

¹ Dr. Matjaž Ambrož, redni profesor, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, in raziskovalec, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si.

² V izvorniku: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Revija izhaja še danes in je osrednja nemška kazenskopravna revija.

³ Antagonizem med kazenskim pravom in empiričnim preučevanjem kriminalitete dobro ponazori Swaaningen (1997: 84–85). Ko razčlenjuje razvoj nemške kritične kriminologije, ugotavlja, da ta ni bila reakcija na administrativno kriminologijo (kot v Veliki Britaniji), temveč predvsem kritičen odziv na kazenskopravno dogmatiko. Po drugi strani so kazenskopravni avtorji pogosto gledali na kriminologe kot na zarotnike zoper »čistost prava« in jih sumili, da želijo »dogmatično deduktivno logiko onesnažiti z empirijo«.

Razvoj dogmatike je avtorje silil v vse finejše distinkcije in subtilnejše iznajdbe, nove in nove neologizme ter bravurozne pojmovne zgradbe, ki pa so, sploh ne tako redko, delovali tuje tako življenju kot tudi vsakdanjemu jeziku. Številne poglobljene razprave bi tako brez slabe vesti lahko razglasili za samoreferenčne: ustvarili so jih profesorji za profesorje.

Tako se je slej ko prej moralo zastaviti vprašanje, ki ga je v jedrnatih oblikah zapisal Roxin (1973), in sicer mar ni filigransko delo dogmatike, ki se ukvarja z najsubtilnejšimi konceptualnimi podrobnostmi, zaznamovano z neskladjem med akademskim naporom in njegovimi praktičnimi učinki?

Vendar ne gre le za to, da je praktična dodana vrednost vse finejšega pojmovnega instrumentarija omejena. Temeljni problem je globlji: še tako vztrajna členitev pojmov in še tako skrbna logično-semantična analiza norme pogosto ne moreta dati zadovoljivih odgovorov na vprašanja, ki jih prinašajo »življenjski primeri«.

V prejšnjih vrsticah navedeno trditev, ki deluje precej ohlapno, bom v nadaljnjem besedilu poskušal podrobneje razčleniti z zadevo iz pravosodnega vsakdana. Ta prav v ničemer ni posebna ali spektakularna, kljub temu – pravzaprav prav zaradi tega – pa se zdi prikladna za podkrepitev poante, da dogmatika kot čista pojmovna eksegeza ne more biti zadostno sredstvo za reševanje zahtevnejših primerov. To spoznanje nikakor ni novo: številna mesta v literaturi in obrazložitvah sodnih odločb se, ko gre za kompleksnejše zadeve, na koncu sklicujejo na pravni občutek, prosto sodniško presojo in podobno, čeprav tega pogosto ne povedo dobesedno, temveč prikrito, z uporabo besednih zvez, kakršna je denimo »celovito vrednotenje vseh objektivnih in subjektivnih okoliščin zadeve«.

Če drži teza, da dogmatika sama zase ne more razrešiti vprašanj in aporij, s katerimi jo sooča življenjska stvarnost, si je treba zastaviti vprašanje, s čim jo dopolniti oziroma nadomestiti. Ali lahko kakor koli pomaga kriminalitetna politika? Ali danes, stoletje po von Lisztu, teza o nepremostljivo ločenih bregovih obeh disciplin še zdrži kritično presojo?

2 Prikaz problema: je bilo Hermanna strah ali sram?

V zadevi, ki jo bom nekoliko natančneje predstavil, se je nemško Zvezno sodišče (BGH) ukvarjalo z naslednjim dejanskim stanjem (Bundesgerichtshof, 1956: odločba 5 StR 352/55):

Obdolženec je na dan dejanja obiskal več gostinskih lokalov, v katerih je užival alkoholne pijače. Proti večeru, ko se je z

kolesom vračal domov, je pred sabo zagledal žensko (to je bila prodajalka v veleblagovnici, ki se je po končani službi vračala domov). Dohitel jo je, odrinil, podrl na tla ter zgrabil za vrat, po ugotovitvah sodišča z namenom posilstva. Ženska ga je prepoznala, rekoč: »Hermann,пусти me!« Tedaj jo je prepoznal tudi obdolženec. Bil je zaprepačen in zmeden. Rekel je: »Lilo, ti?« Odnehal je, ji pomagal vstati in nadaljeval: »Če bi bil vedel ..., ne bi tega napravil.« Zaradi dogodka se je kesal in večkrat rekel, da bi se moral sramovati. Med samoobtožbami je izrazil tudi obžalovanje, da je naletel prav na oškodovanko: »Želim si, da ..., škoda, da si to ti.« Nato je dejanje ponovno obžaloval in rekel, da si bo vzel življenje, če ga bo prijavi. Obljubila mu je, da ga ne bo prijavi, in mu zagotovila, da lahko še naprej nakupuje v njeni samopostrežni trgovini.

Opisana zadeva postavlja vprašanje, ali je obdolženec od svojega dejanja »prostovoljno odstopil«. To bi ga postavilo v ugodnejši položaj – najbrž kar vsi evropski kazenskoopravni sistemi storilčev prostovoljni odstop tako ali drugače nagrajujejo. Pri nas zakon določa, da se »storilcu, ki je poskušal storiti kaznivo dejanje, pa je prostovoljno odstopil od njegove storitve, sme odpustiti kazen« (KZ-1, 2008: 36. člen). Podobno določbo najdemo v nemškem kazenskem zakoniku (Strafgesetzbuch, 1998: 24. člen), le da ta v nasprotju z našo fakultativno odpustitvijo kazni določa obligatorno nekaznivost storilca.

Določba je kratka in preprosta, vendar omogoča mnogo teoretiziranja. V tem pogledu je podobna večini določb splošnega dela, ki so kratke in ohlapne, dopolnjujejo pa jih doktrinarna stališča, ki povedo, kako je normo treba razumeti. V konkretni zadevi je jasno, da je Hermann od svoje namere »odstopil«, toda ali je to naredil »prostovoljno«? Res je, da je sam odnehal (da ga v to ni prisilila denimo intervencija policije ali mimoidočih), toda ali ni bil njegov odstop v nekem smislu vendarle izsiljen (torej neprostovoljen) zaradi okoliščin – dejstva, da si je za žrtev izbral žensko, ki ga je prepoznala, zaradi česar je bila možnost, da bo odkrit, obsojen in kaznovan, bistveno večja? Lahko pri presoji prostovoljnosti pomagata Hermannovo obžalovanje, da je naletel prav na dekle iz veleblagovnice, in njegovo prostodušno namigovanje, da bi dejanje sicer dokončal?

Tudi običajni pripomočki, ki jih v povezavi s presojo prostovoljnosti daje učbeniška literatura, ne zagotavljajo enoznačnih rešitev. Po splošno uveljavljenem stališču naj bi bila prostovoljnost prikazana le, če »se je storilec po lastni volji in ne pod vplivom kakšnih zunanjih, od njega neodvisnih okoliščin odločil, da bo opustil nadaljnje izvrševanje« (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož in Filipič, 2013: 331). Ta, v literaturi sicer močno uveljavljen, pripomoček je pogosto težko uporaben. V prvem delu ga namreč zaznamuje krožnost (za prostovoljnost mora storilec ravnati po lastni volji), v drugem delu

pa se sklicuje na intervencijo zunanjih okoliščin, pri čemer pa je lahko sporno, katere zunanje okoliščine bi lahko določile posameznikove odločitve (jim vzele prostovoljnost) in katere ne. Primer: tako nepričakovano močan fizični odpor žrtve kot njena mila prošnja storilcu, naj odneha, sta zunanji, od storilca neodvisni okoliščini, ki po splošno uveljavljenih pogledih nimata enakih učinkov – v prvem primeru prostovoljnega odstopa po večinskem prepričanju ni, v drugem pa je.

Po stališču nemškega Zveznega sodišča v prej navedeni sodni odločbi je v tej zadevi vse odvisno od tega, ali je na Hermannovo odločitev, da odneha, vplival strah (ker ga je žrtev prepoznala, bi bili obsodba in sankcija zelo verjetni) ali sram (nelagodje zaradi okoliščine, da se je pred osebo, ki ga pozna, razkril kot nekdo, sposoben nečesa tako podlega). V drugem primeru mu je treba priznati prostovoljnost, sicer pa ne.

Zakaj bi bil strah oziroma sram ključen? Kaj ima sram skupnega s prostovoljnostjo in strah z neprostovoljnostjo? Po mnenju Wolfganga Stangla (1980: 266) je debata o storilčevih psihi, h kateri se zateče nemško Zvezno sodišče, prikrita kriminalitetnopolitična debata. V resnici naj bi torej šlo za kriminalitetnopolitični premislek o tem, ali je storilca treba kaznovati, navzven pa to odločitev prikaže kot ugotavljanje psihičnih dejstev.

Če torej nemško Zvezno sodišče z razglabljanjem o strahu oziroma sramu hote ali nehote zakriva kriminalitetnopolitične premisleke, je treba preveriti, ali lahko čvrstejša merila ponudi pravna doktrina. Ta je razvila številne pravne »teorije« o prostovoljnem odstopu, med katerimi so najbolj znane naslednje: teorija zlatega mostu oziroma kriminalitetnopolitična teorija, teorija usmiljenja oziroma teorija premije, teorija krivde, teorija namena kaznovanja in mešana teorija. Čeprav se le ena med njimi imenuje »kriminalitetnopolitična«, je ustrezna Hassemerjeva (1980: 235) ugotovitev, da so vse po svojem bistvu kriminalitetnopolitične, saj se ravna po socialnih posledicah takšne ali drugačne uporabe norme.

Razmislek v resnici pokaže, da si vse našteje teorije nazadnje zastavljajo vprašanje, ali je sankcioniranje storilca potrebno oziroma smiselno, le da ga predstavijo v različnih pojmovnih oblikah: nekaznivost naj bo motiv storilcu, da si bo morda še pravočasno premislil (teorija zlatega mostu), storilčevo gesto je treba nagraditi z usmiljenjem oziroma premijo (teorija premije), treba je šteti, da storilec z odstopom zmanjša svojo krivdo na raven, ki ne upravičuje več sankcije (teorija krivde), glede na storilčev odstop ni več potrebe po specialni in generalni prevenciji, pa tudi ne po povračilu (teorija namena kaznovanja).

Tudi »pravne teorije« o prostovoljnem odstopu so torej v svojem bistvu kriminalitetnopolitične, le da tega ne povedo na glas. Navzven poskušajo ostati bolj ali manj zveste pred-

stavljenemu idealu ločenosti dogmatike in kriminalitetne politike, po katerem mora ukvarjanje s socialnimi posledicami uporabe norme ostati zunaj temeljne aritmetike pripisovanja odgovornosti. V povezavi s tem se kot pronicljiva izkaže trditev Baratte (1980: 124), da ima kazenskopravna dogmatika vlogo »poznanstvenja« (nem. *Verwissenschaftlichung*) kriminalitetne politike.

Problematika prostovoljnega odstopa (sicer precej obrobno vprašanje v vsakodnevni sodni praksi) seveda še zdaleč ni edini primer, ko se kriminalitetnopolitične odločitve maskirajo v vprašanja pravne dogmatike. Pomislimo najprej na pri nas precej uveljavljeno razlikovanje med storilci in udeleženci na podlagi merila »storilske volje« (vprašanja, ali je protagonist dejanje »štel za svoje« ali »za tuje«). Merilo se opira na nekaj, česar v življenjski stvarnosti ni – ali pa je sodniškemu spoznanju skrajno nedostopno. Zato je naravnost idealno za »racionalizacijo« intuitivnih kriminalitetnopolitičnih odločitev: najprej nam občutek pove, ali si protagonist zasluži višjo ali nižjo kazen, na podlagi tega pa storilsko voljo pač »najdemo« ali pa ne, pri čemer je videz eksaktnosti mogoče podkrepiti z rabo vtis vzbujajočih besednih zvez, kot je *cum animo auctoris* ali *cum animo socii* (Ambrož, 2014: 78–80). Analogno velja za »teorijo normativne kombinacije«, ki jo za razlikovanje storilcev in udeležencev občasno uporablja nemško pravosodje. Njen »celostni pristop«, številna merila, ki stojijo drugo ob drugem, so bolj kot teorija odpoved teoriji: razsojajočemu omogočajo, naj se odloči po kriminalitetnopolitičnem občutku, nato pa mu dajejo številna pojmovna orodja, s katerimi lahko odločitev prikaže kot strogo znanstveno (stopnja interesa za uspeh podviga, obseg sodelovanja pri dejanju, oblast nad dejanjem ali vsaj volja tako oblast imeti itd.).

Zastavlja se vprašanje, zakaj se pojavlja tolikšno nelagodje ob kriminalitetnopolitičnih premislekih, da jih je na verbalni ravni treba pomesti pod preprogo.

3 Razlogi za zavračanje kriminalitetnopolitičnih preudarkov

Smo torej pred vprašanjem, zakaj se pojavlja tak odpor do kriminalitetnopolitičnih preudarkov, da jih sodna praksa in pravna teorija pogosto preimenujeta v koncepte, ki s kriminalitetno politiko na videz nimajo nič skupnega.

Najočitnejši, a najbrž ne edini razlog je strah pred arbitrarnostjo, do katere bi lahko prišlo, če bi dopustili, da pripisovanje odgovornosti usmerja prosto sklicevanje na socialne cilje. Znano je, da so vrednostne predstave ljudi o tem, kakšna naj bi bila posameznik in družba, precej različne. Če bi dopustili prosto sklicevanje nanje, bi to lahko bil hud udarec pravni varnosti.

Skrb za pravno varnost je legitimen cilj, vendar pa je pretvarjanje socialnih premislekov v jezik dogmatike očitno neprimerno sredstvo za njegovo doseg. Pomislimo ponovno na zadevo »Je bilo Hermanna strah ali sram?«. Nemško Zvezno sodišče ni želelo nevhvaležne in ohlapne debate o tem, ali bi bilo kaznovanje Hermanna upravičeno in kaj bi z njim dosegli, temveč je za podlago razsoje razglasilo matematično čvrst binarizem, po katerem sram implicira prostovoljnost (in s tem nekaznivost), strah pa ne. Toda ali je s tem pravna varnost kaj pridobila?

Prav nič. Nadvse dvomljivo je namreč že, ali je iz kompleksne množice občutkov, ki posameznika spremljajo v konfliktnih in čustveno napetih situacijah, mogoče strah in sram jasno izolirati. Tudi če bi bilo to mogoče – ali se ti dve čustvi res medsebojno izključujeta? (Najbrž ne.) In tudi če bi se izključevali, ali res dajeta celotnemu dogajanju tako močan ton, da ju je mogoče jasno prepoznati in obravnavati kot edina motiva odstopa? (Najbrž ne.)

Zapisano kaže na to, da v praksi pravosodje strahu oziroma sramu ne bo »ugotavljajo«, temveč pripisovalo. Pripisovalo pa ju bo zelo verjetno na podlagi kriminalitetnopolitičnih preudarkov, tj. sodnikovih predstav o tem, kakšen bi bil najbolj smiseln razplet celotne zadeve – in ponovno smo tam. Na kratko povedano: prikrivanje kriminalitetnopolitičnih premislekov, pa naj bo še tako umetno, teh seveda ne izloči iz sodnikovega pogleda.

Tudi če odmislimo spoznavne težave, vezane na ugotavljanje čustvenih stanj storilca *tempore criminis*, je primerno vsebinsko vprašanje, zakaj naj bi bila prav strah in sram ključ do presoje prostovoljnosti odstopa. Zakaj naj bi strah determiniral (storilčevim odločitvam odvzel avtonomijo), sram pa ne? Navsezadnje bi si lahko s približno enako prepričljivostjo dopustili tudi nasprotno razmišljanje, namreč, da je strah vselej mogoče premagati (se torej odločiti za tveganje), medtem ko sram, če je le dovolj močan, človeka popolnoma ohromi. Rečeno bolj na splošno: zvesti pojem prostovoljnosti na en sam empirični kazalnik (strah/sram) je neživljenjsko.⁴

Skratka, tudi v idealnem primeru, ko bi »dogmatiziranje« kriminalitetnopolitičnih preudarkov lahko zagotovilo

predvidljivost odločanja in pravno varnost, to ne bi nujno zagotavljalo življenjskih, vsebinsko prepričljivih, socialno sprejemljivih – ali z eno samo, ambicioznejšo besedo: pravičnih – rešitev. Plačati predvidljivost sodnega odločanja z odpovedjo življenjskosti je visoka cena!

Vse to vodi v sklep, da zatiskanje oči pred razsežnostjo socialnopolitičnega v kazenskem pravu ne rešuje težav, temveč jih ustvarja. Mar ni potem bolje, da se to dimenzijo pripusti v kazenskopravni diskurz, ob hkratnem upanju, da bo odprt, racionalen dialog o socialnih smotrih skupaj z ustavnimi jamstvi preprečil samovoljo, decizionizem in druge pasti, ki jih povezujemo z odločanjem na podlagi vrednostno-političnih izhodišč?

4 Sinteza kriminalitetne politike in pravne dogmatike (funkcionalizem)

Zamisel, po kateri naj bi kazenskopravna trdnjava v večjem ali manjšem obsegu tudi odkrito priprla vrata kriminalitetnopolitičnim preudarkom, nikakor ni nova. Po bolj zadržani izpeljavi naj bi se kriminalitetna politika pojavila občasno oziroma »po potrebi«, in sicer šele kot korektiv dogmatičnih rešitev, ki delujejo preveč togo, neživljenjsko ali nepravilno. Kot primer je mogoče navesti t. i. socialno-etične omejitve pravice do silobrana. Te so številne, med najmanj spornimi pa je mogoče navesti naslednjo: če te napada otrok in njegovega napada ne moreš odvrniti drugače, kot da bi ga telesno poškodoval, se mu raje umakni. Opisana omejitev korigira tradicionalne dogmatične predpostavke o tem, »da pravo nikoli ni dolžno poklekniti pred nepravom« oziroma da »protipravno napadeni nikoli ni dolžan bežati«. Zanj, kot tudi za preostale socialno-etične omejitve pravice do silobrana, je značilno, da jih ni mogoče izpeljati na podlagi dogmatične pojmovne dedukcije, niti jih ne narekuje logična nuja, temveč šele socialnopolitični premislek o tem, da je včasih bolje zavarovati telesno integriteto tistega, ki protipravno napada, kot pa za vsako ceno varovati pravni red. Podobnih občasnih kriminalitetnopolitičnih korekcij »čiste« dogmatike je še kar precej (npr. socialna adekvatnost, koncept dovoljenega tveganja). Nekatere izmed njih je dogmatika že tako udomačila, da že pozabljamo na njihov kriminalitetnopolitični izvor.

Takšno stihijsko pripuščanje kriminalitetne politike v kazenskopravno odločanje vseh ni zadovoljilo. Po ambicioznejši izpeljavi naj bi kriminalitetna politika imela stalno mesto znotraj kazenskopravnega sistema in naj bi celo soopredeljevala in usmerjala dogmatične koncepte. To idejo je prvi razvil Roxin (1973) v svojem programskem delu *Kriminalitetna politika in kazenskopravni sistem (Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970; dopolnjena izdaja 1973)*, v katerem si prizadeva za »sis-

⁴ V povezavi s tem Hassemer (1980: 246) opozarja, da se »prostovoljnosti« odstopa tudi sicer ne da v celoti omejiti na empirične kazalnike (kot so denimo strah, groza, šok, panika, razočaranje glede vrednosti plena), saj vsebuje tudi neločljivo normativno komponento. Če parafraziram: pojem prostovoljnosti v praksi ni »ontološki pojem« (in tudi ne more biti, saj ontologiji doslej ni uspelo rešiti vprašanja svobodne volje), temveč je predvsem konvencionalna oznaka za sodnikov vrednostni preudarek o smiselnosti kaznovalnega odziva na storilčevo ravnanje.

tematično enotnost kriminalitetne politike in kazenskega prava« (Roxin, 1973: 11). Avtorjevo osrednje vodilo je, da je treba kriminalitetnopolitične premisleke vgraditi v sistem kazenskega prava, vendar ne za ceno pravne varnosti, temveč si je treba prizadevati za sintezo kriminalitetnopolitične smotrnosti in pravne varnosti, tako kot si tudi pravna in socialna država ne nasprotujeta, temveč »tvorita dialektično celoto« (Roxin, 1973: 10).

S temi idejnimi nastavki Roxin (1973) odpre vrata »funkcionalizmu« v kazenskopravni dogmatiki – ta sprva ni obsegal nič več kot skromen poziv, naj kazenskopravna doktrina upošteva tudi namene oziroma funkcije kaznovanja in kazenskega prava nasploh.

Ta poziv se danes ne zdi posebno revolucionaren, vendar pa je njegov pomen v zgodovinskem kontekstu precejšen. Funkcionalistično razmišljanje namreč pomeni veliko spremembo v »metodi« kazenskopravne znanosti. V nemški kazenskopravni znanosti celo v obdobju po drugi svetovni vojni niso bile redke preobsežne »ontološke« in »fenomenološke« trditve, ki so govorile nič manj kot o *naravi* kaznivega dejanja in kazni (Dubber, 2005: 1961). Osrednji primer je finalizem, ki je izgradil celoten sistem kazenske odgovornosti z zrenjem v »ontološko strukturo ravnanja« in v širše »stvarnologične strukture« (nem. *sachlogische Strukturen*), ki so nad vsako pravno regulativo (Ambrož, 2007: 16–17). Skratka, za finaliste pojem kaznivega dejanja nikakor ni bil nekaj tako trivialnega kot spremenljiva konvencija ali človeški konstrukt, temveč nekaj veliko večjega, kar nam razodevajo ontologija in njene »stvarnologične strukture«. V primerjavi s tem znanstvenim obskurantizmom se zdi pojav funkcionalizma prav osvežujoč (pustimo za enkrat ob strani njegove pasti). Predvsem se zdi bolj življenjsko in manj pretenciozno, če kazenskopravno dogmatiko usmerjajo smiselni in oprijemljivi socialnopolitični cilji, kot pa da se ta napaja pri skrivnostnih ontoloških strukturah.

Seveda nam bo funkcionalizem simpatičen le, dokler se bo ravnal po »pravih« socialnopolitičnih ciljih. In to je jedro njegovih težav. Ne le da so socialnopolitični cilji neoprijemljivi (težava pravne varnosti), ampak so lahko tudi skrajno nazadnjaški ali avtoritarni.

Nelagodje ob tem, da bi kazenskopravno dogmatiko usmerjala socialna politika, je najbrž še toliko večje v pravnih okoljih, ki imajo izkušnjo s sistemsko zlorabo prava. Najbrž najpogosteje naveden primer v povezavi s tem so zamisli kazenskopravne doktrine v dobi nacionalsocializma: razčlenjeno kazenskopravno dogmatiko naj bi nadomestili »zrenje v bistvo življenjskih pojavov«, »celostno vrednotenje dejanja in storilca« in presoja, temelječa na »zdravim nazorih naroda« (Marxen, 1975: 214–227; Ambrož, 2007: 16).

Zgodovinski spomin torej zahteva, da dvignemo obrv, kadar kdo začne propagirati idejo, da naj bi kazensko pravo usmerjala takšna ali drugačna politika. Vendarle pa navedeni primer, s katerim naj bi ponazorili nevarnosti vmešavanja socialne politike v kazensko pravo, ni najboljši. Gre za ekstremen primer, sklicevanje na takšne primere pa je precej ceno argumentacijsko sredstvo, ki z opozarjanjem na možnost najbolj drastičnih posledic duši nadaljnjo debato in inovacijo (tako kot je denimo vsako debato o legalizaciji evtanazije takoj mogoče kompromitirati s svarilnim sklicem na nacistične evtanazijske programe).

Zato se raje izognimo ekstremnim primerom in si zastavimo vprašanje o možnih pasteh funkcionalizma znotraj »modernih ustavnih ureditev«, torej takih, ki so demokratične, hkrati pa »zdravim nazorom naroda« v kazenskem pravu postavljajo določene omejitve. Kot vsaka ideja ali program ima tudi funkcionalizem različne stopnje ali izpeljave. V izhodišču temelji na pozivu, naj kazenskopravna doktrina pri razvijanju svojih konceptov upošteva tudi in predvsem namene kaznovanja. Toda katere namene?

Danes je modno poudarjati preventivno vlogo kazenskega prava ter govoriti o kazenskem pravu kot o »sredstvu za zaščito pravnih dobrin«. V ospredje deklariranih ciljev torej stopa prevencija, vendar ne katera koli: brutalna ideja o povzročanju bolečine storilcu kot svarilu drugim (negativna generalna prevencija) je v zatonu, na njeno mesto pa stopa domnevno bolj civilizirana pozitivna generalna prevencija: kaznovanje kot sporočilo, da pravni red deluje, kaznovanje kot utrditev zaupanja v normo (Ambrož, 2016).

Kako naj kazenskopravna doktrina pri izgradnji svojih konceptov upošteva cilje pozitivne generalne prevencije? Je to sploh mogoče? Avtor, ki se je te naloge zelo resno lotil, je bil Günther Jakobs (1976), ki ga brez zadržkov lahko štejemo za funkcionalista *par excellence*. To je najbolj razvidno pri njegovem razumevanju krivde, ki jo naredi odvisno od potrebe po pozitivni generalni prevenciji (potrebe po »stabilizaciji zaupanja v pravni red, ki ga je deliktno ravnanje omajalo«) (Jakobs, 1976: 31). Preprosteje povedano: kazen ni več pogojena s storilčevo krivdo, temveč je krivda pogojena z družbeno potrebo po stabiliziranju pravnih norm; človek je kriv zato, ker obstaja družbena potreba po njegovem kaznovanju. S tem so, kot jedrnato ugotavlja Novoselec (1985: 84), stvari postavljene na glavo: krivda ni več sodba o storilcu, temveč sodba o potrebah neke družbe, storilec pa je degradiran na raven golega sredstva za zadovoljevanje družbenih potreb. Tak funkcionalizem je strašljiv, saj opravičuje vse zgodovinske oblike odgovornosti, pod pogojem, da so krepile družbeno kohezivnost in zaupanje v pravni red. Če ga sprejmemo, bi se bilo denimo nesmiselno zgražati nad čarovniškimi procesi, saj so

bili v določenem zgodovinskem trenutku skladni z družbeno klimo in so najbrž prispevali k utrjevanju zaupanja v pravni red (Novoselec, 1985: 85).

Ne preseneča, da tako radikalno zastavljen funkcionalizem v kazenskopravni misli ni širše prodr. Več pozornosti si zato zasluži Roxin (2003), ki je v svojih funkcionalističnih nastavkih zmernejši (poudarjanje dialektičnega ravnotežja med smotrnostjo in pravno varnostjo). Predvsem bi bilo treba preveriti, kakšna varovala lahko ponudi pred tem, da kazensko-pravne dogmatike ne bi usmerjala kakršna koli kriminalitetna politika (nazadnjaška, avtoritarna, poudarjeno represivna itd.), temveč »ravno pravšnja«. Roxin (2003: 431) se v povezavi s tem sklicuje na z ustavo zagotovljene človekove pravice in svoboščine – njihovo spoštovanje in učinkovito uveljavljanje mora biti zavezujoče za vsako kazenskopravno dogmatiko, ki uporablja argumente kriminalitetne politike.

Vežanost na ustavo in z njo zagotovljene človekove pravice in svoboščine ni sporna, vprašljivo pa je, ali daje zadostne smernice za izbiro »pravih« kriminalitetnopolitičnih izhodišč. Večina ustav tega sveta molči že pri tako osnovnih kriminalitetnopolitičnih vprašanjih, kot je vprašanje namena kaznovanja. Seveda ni mogoče dvomiti o tem, da bodo nekateri s smelo razlago iz ustave izluščili ta ali oni namen kaznovanja oziroma našli odgovor na še tako sporno kriminalitetnopolitično vprašanje, toda to nas spet premešča v kraljestvo poljubnosti. Z drugimi besedami, pričakovanje, da bomo iz ustavnih besedil izluščili jasne kriminalitetnopolitične smernice, s katerimi bomo nato elegantno rešili sporna vprašanja kazenskopravne dogmatike, je najbrž pretirano.

Vendar pa ustava za Roxina (2003) ni edini branik pred poljubnostjo kriminalitetnopolitičnih izhodišč. Avtor nadalje poudarja, da uporabnik prava ni prost v svojih kriminalitetnopolitičnih preudarkih, temveč mora slediti ciljem, ki »jih je mogoče razbrati iz pravnega reda, predvsem iz kazenskega zakonika« (Roxin, 2003: 429). Tako mora kazenskopravna znanost prepoznati in »do podrobnosti konkretizirati kriminalitetnopolitične odločitve, ki so v zakon seveda lahko vgrajene le kot zelo splošne direktive« (Roxin, 2003: 431–432). Kazenskopravni dogmatik je po avtorjevem mnenju »kriminalitetnopolitični izpolnitveni pomočnik zakonodajalca, ki mora razvijati njegove temeljne ideje in nastavke [...] Zakonu zvesto in ustvarjalno kriminalitetnopolitično-dogmatično delo torej drug drugega nikakor ne izključujeta« (Roxin, 2003: 431–432).

Prikazano daje vtis, da je z malo napora in ustvarjalnosti mogoče doseči »najboljše od obeh svetov«: vezanost na zakon zagotavlja pravno varnost, obenem pa je z ustvarjalnostjo in pronicljivim zrenjem v ta zakon mogoče prepoznati krimina-

litetnopolitične nastavke, ki dajejo odgovore, ki jih črka zakona sama ni mogla dati. Kar pa naj bi bilo pri tem najboljše, je, da to niso poljubni kriminalitetnopolitični nastavki, ki bi vodili v arbitrarnost, temveč tisti, ki so tičali skriti v nedrjih zakona – to omogoča ustvarjalno, a vendarle zakonu zvesto odločanje.

Ni se mogoče izogniti vtisu, da je ta slika idealizirana, da jo zaznamuje »žargon pravšnosti« (Adorno, 1972), oziroma, da jo je avtor ustvaril s precej programske tendence, v prizadevanju, da bi elegantno pomiril enega osrednjih antagonizmov kazenskega prava. Podobno, ki nam jo ponuja Roxin (2003), zanika že bežen pogled na sodobne zakonodajne procese. Ta nam razodeva, da zakonodajalec razmeroma redko deluje kot »razsvetljeni« zakonodajalec, ki bi se pri zakonskih posegih čvrsto držal svojega dodelanega kriminalitetnopolitičnega programa, ki bi ga nato premišljeno vsadil v duh norme. Prav nasprotno, družbena stvarnost novejših sprememb kaznovalne zakonodaje kaže, da so te – ne samo pri nas – praviloma sprejete v takšni ali drugačni naglici, če ne celo ihti: ker je treba »implementirati« mednarodno zavezo, ker je treba gasiti besnenje javnega mnenja, ker se je treba odločneje postaviti po robu tej ali oni obliki kriminalitete itd. Z drugimi besedami: zakonodajalec, ki dosledno in premišljeno vgrajuje kriminalitetnopolitične preudarke v kazenskopravne norme, je prej fikcija kot resničnost.

Tudi če zanemarimo hektičnost sodobne kazenske zakonodaje in se zazremo v njen jedrni del, ki skozi desetletja ostaja bolj ali manj nespremenjen, bo iz posameznih določb pogosto težko izluščiti zakonodajalčev kriminalitetnopolitični *credo*, s katerim bi bilo mogoče sporno vprašanje enoznačno rešiti. Za primer lahko vzamemo že večkrat omenjeno določbo o prostovoljnem odstopu, ki je stabilna in jo v primerljivih izpeljavah zasledimo v večini evropskih kazenskopravnih sistemov. Pri njej je zakonodajalčev kriminalitetnopolitični motiv vsaj v grobem jasen: nemeniti prizanesljivost storilcu, ki si je pravočasno premislil (pri vprašanju, *čemu* naj se takemu storilcu namenja ugodnosti, se, kot smo videli, že zapletejo). Toda kljub temu, da nam je zakonodajalčev kriminalitetnopolitični pogled vsaj v grobem znan, se ne bomo mogli ponotiti glede tega, kako rešiti razmeroma preprosto zadevo, kakršna je zadeva Hermann, ampak se bomo začeli zapletati v neskončne razprave o tem, ali je bilo Hermannu strah ali sram. Na koncu bo punitivno razpložen razsojvalec ugotovil, da Hermannovemu odstopu manjka prostovoljnosti (in bo glede tega navedel obširne razloge), »permisivec« pa bo, prav nasprotno, prepričan, da ni mogoče najti okoliščin, ki bi Hermannovemu ravnanju lahko odvzele prostovoljnost (in bo za to navedel prav tako obširne razloge).

5 Kriminalitetna politika in etika

Ohlapnost izsledkov, do katerih lahko vodijo kriminalitetnopolitični premisleki, je nekatere avtorje pripravila k temu, da zavrnejo idejo o kriminalitetni politiki kot usmerjevalki dogmatike. V hrvaškem pravnem prostoru se je temu vprašanju posvetil Martinović (2014: 195), ki ugotavlja, da »kriminalitetna politika ni sposobna samostojno uresničiti zapletenih nalog, ki so jih nanjo naslovili zagovorniki funkcionalizacije kazenskega prava«. Dodaja še: »Če želimo preseči hermenevitično zaprtost kazenskopravne dogmatike in ustvariti sistem z močnejšo metajuridično zaslonbo, mora biti v središču naše pozornosti etika, in ne kriminalitetna politika«.

Pred nami je torej ideja, naj dogmatika svoje vsebinsko zaledje namesto v kriminalitetni politiki raje išče v etiki. Toda v kateri etiki? Tako kot kriminalitetna politika tudi etika najbrž ni ena sama. Če se omejimo na najočitnejše: obstaja »moška« etika, ki pravi, da se je nasilnežu treba odločno postaviti po robu, obstaja gandijevsko-tolstojanska etika nenasilnega upiranja nasilju, obstaja pa tudi svetopisemska etika, ki poziva, da je treba nasilnežu takoj nastaviti še drugo lice.

Tudi če bi se nam uspelo poenotiti o tem, katera etika je »prava«, to ne bi jamčilo soglasja o tem, kako jo uporabiti v posameznem življenjskem primeru. V povezavi s tem Walker (1991: 133) ugotavlja: »Etična načela niso posebno učinkovita brez pravil, ki nam povedo, kako jih uporabiti v praksi; in tudi če taka pravila obstajajo, obstaja možnost, da jim bo spodletelo.« Skratka, poskus, da bi predpostavke kazenskopravne dogmatike napajali v svetu etike, ne vodi v enotnost rezultatov: navsezadnje so iz vsakdanje izkušnje znani položaji, v katerih se protagonisti zavzemajo za zelo različne rešitve nekega družbenega problema, obenem pa se vsi brez izjeme sklicujejo na etiko.

S povedanim ne želim zmanjševati pomena etičnih preudarkov za kazensko pravo, prav pa je, da imamo pred očmi, da so ti – prav tako kot kriminalitetnopolitični – lahko precej prožni. Res je sicer, da je kazenskopravni diskurz, kadar ga zanese v etiko, praviloma relativno tog in neinventiven: najpogosteje smo soočeni z občim mestom, ki nas opozarja na Kantovo misel o človeku kot cilju, ne sredstvu.⁵ Ta opo-

⁵ Walker (1995: 215) v povezavi s tem opozarja na pavšalno in anekdotično povzemanje Kanta. Ta namreč ni trdil, da ljudi nikoli ni dopustno uporabiti kot sredstvo, vztrajal pa je, da jih nikoli ne smemo obravnavati le kot sredstvo, temveč v vsakem primeru tudi kot cilj. Pri kaznovanju to odpira vprašanje, kako upravičiti kaznovanje ne le v razmerju do družbene skupnosti, temveč tudi do storilca samega. V novejši literaturi se temu vprašanju posveča Hörnle (2011: 11–18), ki problematizira tradicionalne razlage tipa »kdor zavestno krši normo, se pač strinja z bremenom kazni«.

zorila so koristna, kolikor metaforično sporočajo, da je treba kalkulacijam o družbeni koristi (in kriminalitetna politika ni nič drugega kot oblika kalkulacije o družbeni koristi) določiti meje. Ne moremo pa jih razumeti dobesedno, saj vsako kaznovanje izrablja bolečino kaznovanega za zagotavljanje koristi drugih. To velja tudi za t. i. absolutne teorije kaznovanja, le da se te namesto na posvetne cilje, kakršen je preprečevanje kriminalitete, sklicujejo na bolj vzvišene smotre (ponovna vzpostavitev pravnega reda, »negacija negacije«, pravičnost itd.).

Z drugimi besedami, instrumentalizacija posameznika za dosego določenih koristi (realnih ali metafizičnih) je značilna za vsako kaznovanje. Brez drastične spremembe kazenskega prava je ni mogoče odpraviti (odpravimo instrumentalizacijo kaznovanega in ukinili bomo kazensko pravo), prizadevati pa si je treba za njeno omejevanje. To je predpostavka, ki jo lahko brez pridržkov umestimo v etično zaledje, iz katerega naj črpa dogmatika.

V povezavi s tem je treba omeniti etično vodilo, ki bi ga lahko imenovali načelo omejevanja povzročanja bolečine. Najeksplicitnejše ga je izrazil Christie (1981) v delu *Limits to Pain*. Avtor gradi na trditvi, da si je treba »prizadevati za zmanjševanje bolečine, ki jo povzroča človek« (Christie, 1981: 5), njegov osrednji *credo* pa je (Christie, 1986: 11): »V dvomu ne zadajaj bolečine. Zadajaj tako malo bolečine, kot le gre.« Christiejevi (1981, 1986) pozivi sami po sebi niso nič novega; v kazenskem pravu so skriti pod splošnejšim načelom, konvencionalno imenovanim *ultima ratio* oziroma načelo omejevanja represije. Christie (1981: 15) tem posplošitvam sicer zameri, da zakrivajo pravo naravo stvari: učbeniki kazenskega prava so polni subtilnih distinkcij in nevtralizirajočih besed, iz njih pa so izginile razprave o bolečini in trpljenju. Njegov poudarek je torej, da bi z neposrednejšimi poimenovanji lažje doumeli pravo naravo kazenskega prava.⁶

Christiejeva (1986) etična zahteva, da se je treba izogibati zadajanju nepotrebne bolečine, je na načelni ravni najbrž nesporna: težko si zamislimo avtorja, ki bi se zavzemal za to, da je treba ljudi podvreči odvečnemu, nesmiselnemu trpljenju. V praksi pa bo uporaba tega načela težavna, saj bo povzročala spor glede vprašanja (ne)potrebnosti trpljenja. Znano je, da obstaja več načinov, s katerimi je mogoče zadajanje bolečine prikazati kot neizogibno potrebno (ker tako zahteva pravičnost, žrtve kaznivih dejanj, ponovna uveljavitev pravnega reda

⁶ S tem je povezan tudi Christiejev (1981) predlog, da je treba kazensko pravo preimenovali v bolečinsko pravo, saj je sredstvo, s katerim deluje, zadajanje bolečine. Avtor se sicer zaveda, da so možnosti za uspeh njegovega predloga slabe: če nič drugega, profesorjem kazenskega prava ne bi bilo všeč, če bi postali profesorji »bolečinskega prava« (Christie, 1981: 16).

ali preprečevanje najhujših kaznivih dejanj). Izkušnja kaže, da imamo ljudje zelo različen čut za to, kdaj je zadajanje bolečine nujno potrebno, kar je ponovno mogoče ponazoriti z zadevo Hermannovega prostovoljnega odstopa, v kateri je vprašanje, ali je treba Hermannu zadati bolečino, izzvalo obširne spore. Upoštevajoč navedeno je tako mogoče reči, da enoznačnosti izsledkov v takih zadevah ni mogoče pričakovati ne od »čiste« dogmatike ne od dogmatike, ki se zateka bodisi v zaledje kriminalitetne politike bodisi v zaledje etike.

6 Zaključek

Socialne (in z njo kriminalitetne) politike iz kazenskega prava ni mogoče izključiti, naj bo želja še tako velika. To velja celo za stari bellingovski pogled na kazensko pravo, v katerem se vse osredinja okrog pojmov, kot sta »krivda« in »zaslužena kazen« (»klasična šola«). Razlog je preprost: odgovora na vprašanje, kakšna naj bo »zaslužena kazen«, ni mogoče najti v zvezdah metafizičnega pojma krivde, temveč je rezultat vsakokratnih in spremenljivih socialnopsiholoških vrednotenj (Roxin, 1977: 466).

Socialna in kriminalitetna politika sta torej del kazenskopravnega odločanja; morda nam to ni všeč ali nas je tega strah, toda z »dogmatiziranjem« kriminalitetnopolitičnih premislekov tega ne moremo spremeniti. S prikrivanjem kriminalitetnopolitičnega vrednotenja pravna varnost praviloma ne bo pridobila; tudi če bi nam to uspelo, bo cena za to lahko visoka (socialna nesprejemljivost rezultatov).

Manj škode je torej, če kriminalitetnopolitičnih preudarkov pri pripisovanju kazenske odgovornosti ne prikrivamo, ampak o njih odkrito govorimo.⁷ Pri tem je seveda jasno, da načela zakonitosti ne more prebiti še tako močna potreba takšne ali drugačne socialne politike. Toda okviri, ki jih dajeta ustava in zakon, večkrat niso posebno tesni in določni, zato v posameznih primerih odločevalcu ostaja na voljo razmeroma velik manevrski prostor, včasih se ta razpenja celo med »vse ali nič« (obsodba ali oprostitev oziroma odpustitev kazni). Znotraj tega se izrazijo kriminalitetnopolitični premisleki, zlasti vprašanje namena kaznovanja in smiselnosti kaznovanja v posameznem primeru. Res je, da je to precej ideološko

vprašanje, a res je tudi, da ne izključuje racionalnega diskurza in možnosti argumentiranega prepričevanja.

V tem smislu je torej priporočljivo v dogmatiko uvesti tudi razmislek o namenih kaznovanja. Dogmatik, ki se ne sprašuje o namenih kaznovanja, je podoben duhovniku, ki izvaja svoje obredje, ne da bi se vprašal, čemu je pravzaprav namenjeno.⁸

Diskurz o namenih kaznovanja in njegovi smiselnosti *in concreto* lahko poteka na različnih ravneh. Vtis je, da ga je v našem pravnem prostoru mogoče še precej izpopolniti, saj ga za zdaj srečujemo zlasti v najbolj shematski obliki, pa še v to se včasih prikradejo neskladja.⁹ Izpopolnitev diskurza o namenih kaznovanja lahko prispeva k omejevanju nepotrebne kaznovanja in tudi k pravni varnosti.

A v pričakovanih je treba ostati realen. V nasprotju z Roxinovim (1973) nekoliko vznesenim programom, ki ne vidi posebnih težav v vsajanju vprašanja namenov kaznovanja v kazenskopravno dogmatiko, je treba imeti pred očmi omejitve tovrstnega podjema. Ne gre le za predstavljene nevarnosti, v katere vodi radikalna funkcionalizacija kazenskopravne dogmatike (»kriv si zato, ker obstaja družbena potreba, da te kaznujemo«), temveč bo imela nekaj težav vsaka dogmatika, ki rabo svojih institutov dela odvisno od preventivnih premislekov. Če opozorim le na najočitnejše: potrebo po generalni prevenciji je težko stehitati, pa tudi če bi bilo to mogoče, bi ostalo neodgovorjeno vprašanje, kaj s tem početi. Z eno besedo: kazenskopravna dogmatika brez namenov kaznovanja ne more, ko pa jih enkrat začne upoštevati, ji to povzroča nove težave. Gre za aporijo, ki je doslej nikomur ni uspelo zadovoljivo rešiti.

To ostaja naloga za prihodnost. V tej zvezi naj si dovolim uporabo fraze, ki je približno tako izrabljena, kot je pompozna: naloga za prihodnost, o kateri govorim, bo zahtevala ne le iznajdbo boljšega kazenskega prava od današnjega, temveč iznajdbo nečesa, kar bo boljše od kazenskega prava.

⁷ Težave povzročata tudi različnost diskurzov: kriminalitetna politika uporablja jezik namenov in ciljev, pri katerem so možne nianse, vmesna stanja in postopna prehajanja, kazensko pravo pa zaznamujejo dihotomije, ostre razmejitve tipa kriv/ni kriv, prostovoljno/neprostovoljno, izpolnjuje zakonske znake/ne izpolnjuje zakonskih znakov. Ta kazenskopravni »vse ali nič« nas sili v preprost pogled na človeka in njegova dejanja (Christie, 1986: 96). Izhod iz toge binarizma je praviloma mogoč šele na ravni izbire in odmerne sankcije.

⁸ Primerjavo dolgujem Walkerju (1991: 6), ki jo je sicer uporabil v širšem kontekstu in se z njo obrnil na delavce v pravosodnem sistemu. Podobnih primerjav v literaturi ne manjka; naj navedem še Hassemerjevo (1974: 60), da je kazenskopravna dogmatika, če je ločena od kriminalitetne politike, podobna »igri v peskovniku«.

⁹ Anekdotično naj navedem ugotovitev iz ene od novejših sodnih odločb, in sicer da kaznovanje opravlja dve funkciji: povračilno in retributivno (čeprav je navedba anekdotična, jo dajem »pod prisego«, da sem odločbo držal v rokah, žal pa ne tudi arhiviral).

Literatura

1. 5 StR 352/55, Bundesgerichtshof (1956).
2. Adorno, T. W. (1972). *Žargon pravičnosti*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
3. Ambrož, M. (2007). *Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
4. Ambrož, M. (2014). *Storilstvo in udeležba v kazenskem pravu*. Ljubljana: GV Založba.
5. Ambrož, M. (2016). Namen kaznovanja: pozitivna generalna prevenција. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 67(1), 5–15.
6. Baratta, A. (1980). Strafrechtsdogmatik und Kriminologie. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92(1), 107–142.
7. Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M. in Filipič, K. (2013). *Kazensko pravo: splošni del*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
8. Christie, N. (1981). *Limits to pain*. Oxford: Martin Robertson.
9. Christie, N. (1986). Images of man in modern penal law. *Contemporary Crises*, 10(1), 95–106.
10. Dubber, M. D. (2005). The promise of German criminal law: A science of crime and punishment. *German Law Journal* 6(7), 1049–1071.
11. Hassemer, W. (1974). *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Reinbek: Rowohlt.
12. Hassemer, W. (1980). Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch: Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik. V K. Lüderssen in F. Sack (ur.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht* (str. 229–258). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
13. Hörnle, T. (2011). Claus Roxins straftheoretischer Ansatz. V M. Heinrich (ur.), *Strafrecht als Scientia Universalis – Festschrift für Claus Roxin* (str. 3–21). Berlin: Walter de Gruyter.
14. Jakobs, G. (1976). *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr.
15. Kazenski zakonik RS (KZ-1). (2008). *Uradni list RS*, (55/08).
16. Martinović, I. (2014). *Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
17. Marxen, K. (1975). *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*. Berlin: Duncker & Humblot.
18. Novoselec, P. (1985). *Temeljni aktualni problem krivnje u krivičnom pravu* (Doktorska disertacija). Zagreb: Sveučilište u Zagrebu.
19. Roxin, C. (1973). *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin: Walter de Gruyter.
20. Roxin, C. (1977). Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke. V H. Walder (ur.), *Lebendiges Strafrecht – Festgabe für Hans Schultz* (str. 463–481). Bern: Stämpfli.
21. Roxin, C. (2003). Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik. V D. Dolling (ur.), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe* (str. 423–438). Berlin: Duncker & Humblot.
22. Stangl, W. (1980). Scham oder Frucht und die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch: Soziologische Überlegungen zur Rechtsdogmatik. V K. Lüderssen in F. Sack (ur.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht* (str. 259–282). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
23. Strafgesetzbuch. (1998). Strafgesetzbuch (StGB). (1998). *Uradni list ZRN*, (BGBl. I S. 3322).
24. Swaaningen, R. (1997). *Critical criminology: Visions from Europe*. London: Sage.
25. von Liszt, F. (1919). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: de Gruyter.
26. Walker, N. (1991). *Why punish?* Oxford: Oxford University Press.
27. Walker, N. (1995). Reductivism and deterrence. V A. Duff in D. Garland (ur.), *Reader on punishment* (str. 210–217). New York: Oxford University Press.

The Influence of Criminal Policy on Criminal Law Doctrine

Matjaž Ambrož, Ph.D., Professor of Criminal Law, Faculty of Law, University of Ljubljana and researcher at Institute of Criminology at the Faculty of Law in Ljubljana, Slovenia. E-mail: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

The relationship between criminal policy and criminal law doctrine (“criminal dogmatics”) is considered to be controversial. There are opinions that advocate for strict division of both disciplines, as well as beliefs that criminal law doctrine should be tailored according to the goals of criminal policy (functionalism). The main hypothesis of this paper is that strict division between both disciplines is essentially impossible, which the author demonstrates through case-by-case analysis how supposedly value-free doctrinal discourse often hides assumptions of criminal policy. Since hiding or “dogmatizing” policy assumptions causes several problems (it often appears unconvincing, it may lead to socially unacceptable solutions and it does not aid the legal safety, for example), the author advocates for open dialogue on issues of criminal policy at the stage of attributing criminal responsibility, not only when it comes to sentencing. In conclusion, he addresses limits and traps of criminal policy reasoning within criminal law decision-making.

Keywords: criminal policy, criminal law doctrine, ethics, aim of punishment, legal safety, abandonment of the attempt

UDC: 343