

# Legitimnost kazni v razmerju do storilca

Matjaž Ambrož<sup>1</sup>

Teorije o namenih kaznovanja opravijo le del upravičevanja kaznovanja – tisti del, ki se nanaša na funkcije kazni v družbeni skupnosti. Nadaljnje vprašanje je, kako upravičiti kazen v odnosu do kaznovanega. Ali (in zakaj) je zadajanje bolečine storilcu sprejemljivo (legitimno) sredstvo za doseganje družbenih koristi, kot je denimo preprečevanje kriminalitete? Avtor v članku kritično vrednoti posamezne teorije upravičevanja kazni v razmerju do storilca. Pokaže, da so si te teorije po vsebini zelo podobne, čeprav se pojavljajo z različnimi imeni. Avtorjeva osrednja teza je, da večino teorij o legitimnosti kazni zaznamuje razlika med njihovo spekulativno naravo in socialno resničnostjo ter da imajo te teorije poleg deklariranih funkcij še prikrito funkcijo.

**Ključne besede:** legitimnost kazni, družbena pogodba, lojalnost, poštenost, človekovo dostojanstvo, nameni kaznovanja, krivda

UDK: 343.8

## 1 Uvod

Kot je znano, obstajajo številne teorije o namenih kaznovanja, vse po vrsti skušajo odgovoriti na vprašanje, za katere cilje naj si država prizadeva s predpisovanjem, izrekanjem in izvrševanjem kazni. Z odgovorom na to vprašanje je opravljen le del upravičevanja kaznovanja, namreč tisti del, ki zadeva družbeno skupnost in funkcije, ki naj bi jih kaznovanje znotraj nje opravljalo (preprečevanje kriminalitete, afirmacija pravnega reda itd.). Nadaljnje vprašanje pa je, kako upravičiti kazen v odnosu do kaznovanega. Ali (in zakaj) je zadajanje bolečine storilcu sprejemljivo (legitimno) sredstvo za doseganje družbenih koristi?

Vprašanje legitimnosti oblastnega ukrepanja je v slovenskem prostoru dobro obdelano. Znotraj temeljnega dela *Oblast, legitimnost in družbeno nadzorstvo* (Meško, Eman in Flander, 2016) je na voljo tudi posebno poglavje o odločanju o sankcijah, legitimnosti in javnem mnenju (Plesničar in Roberts, 2016), pri katerem je tematizirano vprašanje dejavnikov, ki vplivajo na to, ali javno mnenje odločanje o sankcijah dojema kot legitimno (»empirična legitimnost«). V ospredju mojega zanimanja pa ne bo javnost, temveč storilec, ki mu pravosodje izreka kazen. Bistvo problema legitimnosti v odnosu do storilca izraža vprašanje, ki ga storilec zastavlja družbeni skupnosti: »Razumem, da kaznovanje, ki me bo doletelo, ustreza potrebam družbene skupnosti. Zanima pa me, ali sem pri tem le sredstvo za zadovoljitev teh potreb ali pa obstajajo

dobri razlogi za to, da sprejem kazen brez pritoževanja in se ne počutim instrumentalizirano.«

Vprašanje legitimnosti kazni v razmerju do storilca budi skušnjava, da bi z njim na hitro opravili. Ena možnost bi bila lakonična ugotovitev, da so kazni (in druge kazenske sankcije) pač zakonsko predpisane: legitimnost (tudi v odnosu do storilca) jim zagotavlja že demokratični proces, v katerem so bile uzakonjene. Vendar tovrstno sklepanje (demokratično odločanje kot nadomestek za razglabljanje o legitimnosti) ni brez težav. Stališče, da je vsaka rešitev, ki se izvije skozi sito demokratičnega odločanja, za prizadete nujno legitimna, je prej ko ne fikcija. Poleg tega imamo mnogo pravnih institutov, ki so sicer »za silo« pravno normirani, vendar to ni ovira, da o njihovi posrečenosti in sprejemljivosti ne bi obsežno kritično razpravljali. Legitimnost kazni ne bi smela biti izjema.

Druga možnost, da bi z vprašanjem sprejemljivosti kaznovanja z vidika storilca na hitro opravili, je ugotovitev, da kazni ne izrekamo komur koli, temveč *krivim* storilcem. Prav tako jih ne izrekamo v kakršnem koli obsegu, temveč v mejah krivde. Mikavno je reči: kazen, ki doleti krivega storilca in je sorazmerna njegovi krivdi, je pač zaslužena kazen. Toda sklep ni tako samoumeven, kot bi se lahko zdelo. Preden ga izrečemo, je treba razčistiti, zakaj naj bi ugotovitev, da je storilec ravnal krivdno (kakor koli že razumemo krivdo), upravičevala, da mora sprejeti bremena, ki mu jih nalagajo preventivne funkcije kazni (Hörnle, 2011: 11).

Vprašanje legitimnosti kazni je v novejši literaturi obravnavano predvsem v povezavi s preventivnimi teorijami kaznovanja, ki od kazni pričakujejo otipljivo korist za družbo. Pri tem gre za dilemo, ali je položaj, ko kaznovani postane

<sup>1</sup> Dr. Matjaž Ambrož, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in raziskovalec na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

instrument za doseg te koristi, mogoče upravičiti ne le z vidika potreb družbe, temveč tudi v razmerju do kaznovanega. Vendar pa je vprašanje po mojem mnenju smiselno tudi v zvezi z »absolutnimi« kaznovalnimi teorijami. Kaznovani lahko namreč tudi absolutiste brez slabe vesti vpraša: »Pa ste prepričani, da me upravičeno uporabljate za orodje svojih ritualov pravičnosti, negacije negacije<sup>2</sup> in ponovne vzpostavitev porušenega pravnega reda?«

V prvem delu bom napravil očrt vidnejših teorij o legitimnosti kazni v razmerju do storilca. Izkazalo se bo, da so si številne med njimi v svojih jedrnih idejnih nastavkih nadvse podobne, čeprav jih avtorji ponujajo v različnih pojmovnih preoblikah. V drugem delu sledi polemika z njimi, prikaz razlike med njihovo spekulativno naravo in socialno resničnostjo ter zagovor teze, da imajo teorije legitimnosti kaznovanja, poleg deklarirane funkcije, še zastrto dejansko funkcijo.

## 2 Teoretične utemeljitve

### 2.1 Privolitev storilca v kaznovanje; kazen kot storilčeva »pravica«

Pregleda teorij o legitimnosti kazni v razmerju do storilca skoraj ni mogoče začeti brez kratke omembe Heglove (2013: 100) izjave, da je kazen storilčeva pravica. Ta trditev je v penološki literaturi pridobila status legende (Seelmann, 2014: 111). Gre za znameniti stoti paragraf Heglovega *Orisa filozofije pravice*, v katerem avtor med drugim trdi, da je v storilčevem dejanju »kot dejanju umnega bitja vsebovano, da je to dejanje nekaj občega, da je z njim postavljen neki zakon, ki ga je v njem za sebe pripoznal, in zato ga smemo subsumirati pod ta zakon kot pod njegovo pravico«.

Kako razumeti to pompozno in hkrati precej zapleteno trditev? Najbolje si je pomagati s primerom: kdor denimo nekemu vzame življenje, s tem izoblikuje in pripozna »zakon«, da se življenje lahko vzame. Če ta njegov »zakon« posplošimo, to zoper storilca legitimira smrtno kazen, ali s Heglovimi (2013) besedami – smemo ga subsumirati pod zakon, ki ga je napisal sam.

Ta utemeljitev legitimnosti kazni danes niti med teoretiki kaznovanja, ki veljajo za heglovce, ne šteje za sprejemljivo. Iz

domneve, da so ljudje umna bitja, ne sledi, da so vsa njihova ravnanja umna (razumna), še manj pa, da je iz teh dejanj treba izpeljevati kakršne koli »splošne zakone«. Sploh pa ni videti dobrega razloga za to, da bi se država morala ravnati po »zakonih«, ki jih piše storilec (obširnejša polemika s Heglovim (2013) konceptom »subsumpcije pod lasten zakon« je na voljo v Koriath (2004: 62–63) in v delu Seelmann (2011: 79–80)).

Vendarle pa je ideja o tem, da je kazen – če že ni storilčeva »pravica« – vsaj nekaj, s čimer storilec »soglaša«, trdoživa. Pojavlja se v različnih izraznih preoblikah in izpeljavah, pri čemer je treba opozoriti na teorije družbene pogodbe – te niso le stvar 18. stoletja in obče mesto v učbenikih kriminologije in pravoznanstva, temveč imajo svoj odmev še danes, tudi na področju utemeljevanja legitimnosti kazni.

### 2.2 Teorije družbene pogodbe

Bistvo teorij družbene pogodbe je poskus državi nasploh in njenemu represivnemu aparatu posebej podeliti »videz konsenzualnosti in racionalnosti« (Kanduč, 2007: 48). Na področju upravičevanja kazni imajo več izpeljav (Seelmann, 1991: 441), ki jih je v splošnem mogoče razdeliti na: a) manj sofisticirane izpeljave, ki trdijo, da storilec z izvršitvijo kaznivega dejanja privoli v to, da bo kaznovan; b) bolj sofisticirane izpeljave, ki storilčevu dejansko privolitev nadomestijo z normativnim konstruktom: storilec v kazen sicer ne privoli, bi pa racionalno gledano moral privoliti.

Med sodobnimi poskusi, da bi legitimnost kazni upravičili z metaforiko družbene pogodbe, je treba opozoriti na Schmidtchenov (2003) poskus povezave sodobne teorije iger s teorijami družbene pogodbe. Po več straneh dokazovanja, polnega matrik in simbolov, ki se uporabljajo v formalni logiki, pride avtor do naslednjega sklepa (Schmidtchen, 2003: 274): »Štejemo lahko, da je potencialni storilec v hipotetični družbeni pogodbi racionalno privolil v lastno kaznovanje. In kdor se s tem, da je kaznovan, strinja, ta s kaznovanjem ni instrumentaliziran na način, ki bi prizadel njegovo človeško dostojanstvo.«

Pozorno oko je najbrž opazilo preskok med prvo in drugo povedjo v navedku. Medtem ko prva govori še o hipotetični družbeni pogodbi, potencialnem storilcu in tem, kaj lahko štejemo oziroma domnevamo (nem. *unterstellen*), druga kratko malo govori o storilcu, ki je privolil v kaznovanje (domnevnost in hipotetičnost sta izpuhteli).

Na gornjo izpeljavo lahko gledamo kot na vajo v spekulativnem mišljenju, vendar nič več kot to, saj ima s socialno resničnostjo le malo skupnega. Soglasje, ki je jedro avtorjevega argumenta, v resničnosti ni bilo nikoli dano, temveč je

<sup>2</sup> Zanimivo je, da znamenite in razvpite fraze o kazni kot *negaciji negacije*, ki se tradicionalno navaja v povezavi s Heglovimi kaznovalnimi teorijami, v Heglovem *Orisu filozofije pravice* ni mogoče najti. Da je prešla v splošno izročilo, je zaslužen njegov učenec Eduard Gans, ki je poskrbel za kompandij *Zusätze aus Hegels Vorlesungen* (Klug, 1968/1998: 574).

bilo storilcu pripisano na podlagi razglabljanj o tem, kaj bi perfektni *homo oeconomicus* (to skrivnostno bitje, ki ga v resničnosti le redko srečamo) pri nekem hipotetičnem sklepanju pogodbe štel za najboljšo rešitev. Kako prepričljivo izpade pojasnilo človeku iz mesa in krvi, ki ga doleti resna kazen: »Tvoj abstraktni dvojniki, vešč kalkuliranja, je, oziroma, boljše rečeno, bi, na to vnaprej pristal.« Zato ne preseneča, da so Schmidtchenove ideje v literaturi naletele na zadržanost in skepsa (Hörnle, 2011: 49; Pawlik, 2004: 25; Roxin, 2014: 34).

### 2.3 Krivda kot legitimacija kazni

Danes nemara najpogostejši način upravičevanja kazni je sklicevanje na storilčevo krivdo. Nepogrešljivo mesto v učbenikih kazenskega prava je bilo od nekdanj stavka o krivdi, ki da je legitimacija kazni. Toda kaj to pravzaprav pomeni?

Zgoščeno geslo o krivdi, ki naj bi upravičevala kazen, se včasih jemlje kot tako samoumevno, da se niti ne razčlenjuje. Če pa bi se te naloge lotili, bi bil premislek približno takšen: storilec, ki ve, da počne nekaj prepovedanega, in ve, kaj ga čaka, ne more trditi, da se mu godi krivica, če je naposled odkrit, obsojen in kaznovan.

Zoper opisano logiko obstajata dva pomisleka, prvi je splošno znan, drugega pa je k razpravam o legitimnosti kazni v novejšem času prispevala Tatjana Hörnle (2011: 52).

Krivda, kot je opisana v prejšnjih odstavkih (storilec se svobodno odloči, da bo nekaj napravil, čeprav ve, da tega ne bi smel), temelji na konceptu možnosti drugačnega ravnanja, ki ga je v obliki jedrnate formule izreklo Nemško zvezno sodišče v znameniti sodbi iz leta 1952 (Bundesgerichtshof, 1952: sodba GSSt 2/51), že od takrat pa se pojavljajo dvomi o predpostavki, po kateri vsak »normalen« človek v vsaki situaciji svobodno izbira svoje ravnanje; ti dvomi so se v zadnjem času okrepili zaradi razvoja kognitivnih znanosti (tj. raziskav človeških možganov in procesov človeškega odločanja). Razprava o svobodi izbire še ni končana (niti ni verjetno, da kmalu bo), ni pa mogoče prezreti, da je skeptikom uspelo zasejati razumne dvome o ideji o »možnosti drugačnega ravnanja«, s tem pa tudi dvome o geslu o krivdi kot legitimaciji kazni.

Drugi pomislek zoper logiko, da je storilec vedel, kaj ga čaka, in bi se temu lahko izognil, zato naj pač nosi posledice, je tale: samo dejstvo, da nekdo ve (oziroma bi lahko vedel), kaj ga čaka, in bi se temu lahko izognil, ne zadošča za utemeljitev legitimnosti tega, kar ga čaka. Drugače povedano: če je neka obravnava človeka nelegitima, ostane takšna tudi, če je bil ta ustrezno posvarjen in bi se ji lahko izognil (Hörnle, 2011: 52). Avtorica to abstraktno trditev ponazori z naslednjim primerom: če se nekdo zaveda možnosti, da bodo na policijskem

zaslišanju poskušali od njega na silo pridobiti izjavo, ostaja takšno izsiljevanje izjave nelegitimno, četudi se je prizadeti sam odločil, da se preda policiji. Primer je mogoče prenesti na področje kaznovanja: pomislimo na iz zgodovine znane okrutne oblike kaznovanja, ki danes na splošno veljajo za nesprejemljive in v nas zbudajo ogorčenje in odpor. Te se nam ne zdijo nič bolj sprejemljive, tudi če se opomnimo, da so bile kazni znane vnaprej in da bi se jim storilci lahko izognili tako, da bi izbrali konformno ravnanje. V tem smislu »svobodna« odločitev za tveganje, da boš kaznovan, če boš kot storilec kaznivega dejanja odkrit in obsojen, za legitimacijo kazni ne zadošča.

### 2.4 Teorije kompenzacije: kaznovanje kot odvzem nepošteno pridobljene prednosti

Teorije kompenzacije temeljijo na ideji, da se s kaznijo uravnotežijo koristi, ki si jih je storilec pridobil s kaznivim dejanjem. Ilustrativna so stališča, ki jih v povezavi s tem razvije Neumann (2007: 449). Avtor začne kazuistično: »Kdor poseže v tuje premoženje z zlorabo položaja, goljufijo, ropom ali tatvino, poveča svoje možnosti za obogatitev v primerjavi s tistimi, ki se omejijo na uporabo pravno sprejemljivih sredstev.« Nato svoje stališče posploši: »Kdor se ne omeji le na uporabo pravno sprejemljivih sredstev, poveča možnosti za uveljavitev svojih interesov. Kot zahtevo pravičnosti lahko štejemo, da se takšno protipravno povečanje možnosti za uveljavitev lastnih interesov uravnoteži z nasprotnimi ukrepi [v obliki kazni].« (Neumann, 2007: 449)

Neumannova (2007) stališča zahtevajo nekaj razjasnitev. Če drži, da je bistvo kaznovanja v kompenzaciji nepošteno pridobljenih prednosti, potem je treba opozoriti, da to funkcijo opravljajo že drugi pravni instituti (odvzem protipravne premoženjske koristi, oškodovančev premoženjskopравни zahtevek, civilna odškodnina). To težavo prepozna tudi avtor sam; odpravi jo z opozorilom, da so naštetih instituti uporabni samo, ko premoženjska korist oziroma škoda dejansko nastane, kazensko pravo pa se mora odzivati tudi na položaje, ko si storilec protipravno povečuje možnosti, in ne šele na povzročeno škodo (Neumann, 2007: 449).

Ob tem se zastavlja vprašanje, ali ne bi namesto kazni zadoščalo, da se storilčevo dejanje obsodi in se mu naloži povračilo premoženjske in nepremoženjske škode, ki jo je povzročil. Je res nujno, poleg navedenega, storilcu zadati še bolečino v obliki kazni? Glede tega se poleg preventivnih argumentov (kdor tvega le, da bo moral povrniti škodo, ne tvega veliko) pojavljajo tudi ekspresivni argumenti: pri hudih kaznivih dejanjih naj le plačilo denarnega zneska ne bi moglo simbolično okrepiti izrečenega očitka (Hörnle, 2011: 43; Pawlik, 2004: 53).

Pomembna težava teorije kompenzacije je, da je njena univerzalna uporabnost vprašljiva. Ne preseneča, da jo

Neumann (2007) začne pojasnjevati s primeri premoženjskih deliktov: v zvezi z njimi si je najlažje predstavljati idejo o tem, da storilec s kaznivim dejanjem »poveča možnosti za uveljavitev svojih interesov«. Toda pri številnih drugih kaznivih dejanjih si je težje predstavljati, kako naj bi si storilec te možnosti povečeval; morda najzgovornejši nasprotni primer so kazniva dejanja iz malomarnosti, ki prizadenejo tudi storilca. Pri teh kaznivih dejanjih gre – bolj kot za povečanje možnosti – za storilčevo »dvojno smolo«: nehoteno povzročena škoda ga še kazenskopravno obremeni (Walther, 2005: 687). Seveda bi bilo mogoče z malo besedne iznajdljivosti in preskokom v abstrakciji dokazovati, da prav vsa kazniva dejanja pomenijo protipravno povečevanje storilčevih možnosti za zadovoljitev lastnih interesov, vendar bi taki poskusi komaj delovali življenjsko in prepričljivo.

Opozoriti moramo, da Neumannova stališča o »uravnoteženju koristi« niso nič novega ali izvirnega. Idejno se namreč ujemajo s stališči ameriških retributivistov iz šestdesetih in sedemdesetih let 20. stoletja, kot so Morris (1968), Murphy (1971) in Finnis (1972). Morris (1968: 478, 1976: 34) pravi takole: »Oseba, ki krši pravila, s tem pridobi nekaj, česar drugi nimajo [...], to nepošteno prednost pa je pridobila tako, da se ni podredila samoomejitvam, ki jih drugi upoštevajo. Ustreznega ravnovesja ni, dokler ta prednost ni nekako izničena. Povedano drugače, kršilec drugim nekaj dolguje, ima nekaj, kar mu ne pripada. Pravičnost – to je kaznovanje kršilca – ponovno vzpostavi ravnovesje koristi in bremen, s tem ko posamezniku vzame tisto, kar dolguje, to se pravi, izravna dolg.«

Morrisova (1976) retorika »nepoštenih prednosti« in »izravnavne dolga« je precej ohlapna, nejasna mešanica civilistike in metafizike, zato je treba opozoriti na nekaj izostritev na tem področju, ki sta jih prispevala Murphy (1971) in Finnis (1972).

Murphy (1971: 167) svetuje, da je treba biti pri uporabi izraza »dolg« previden, saj je ta z aluzijami na civilna razmerja zavajajoč.<sup>3</sup> Avtor (Murphy, 1971: 166) nekoliko izpopolni koncept »nepoštenih prednosti«, ki naj bi jih storilec pridobil s kaznivim dejanjem. Da bi bilo mogoče uživati koristi, ki jih zagotavlja pravni red, mora biti vsak državljan pripravljen na pomembno žrtev: spoštovati pravni red tudi takrat, kadar mu ni do tega. Da bi sistem ostal pravičen, je treba zagotoviti, da tisti, ki prekršijo pravila, zaradi tega ne bodo deležni nepoštenih prednosti. Temu je namenjeno kaznovanje, s katerim poskušamo te nepoštenih prednosti izničiti.

<sup>3</sup> Mimogrede: nesrečna metafora dolga je nadvse trdovratna. Pogosto jo denimo srečamo v črni kroniki pogošnega tiska, kot so *Slovenske novice*, kjer je ena vidnejših retoričnih bravur namesto o kazni govoriti o storilčevem dolgu do družbe.

Toda za kakšne »nepoštenih prednosti« pravzaprav gre? So te nekaj otipljivega ali so idealne narave? Temu vprašanju se je posvetil Finnis (1972: 132), ki je zavzel stališče, da teh prednosti ne smemo razumeti kot oprijemljivih koristi (teh kaznivo dejanje pogosto niti ne prinaša), temveč gre za idejni koncept: storilec si je pridobil nepošteno prednost, ker si je dopustil večjo svobodo izbire, ker si je dovolil tisto, česar si lojalni državljani ne dovolijo, čeprav bi si morda želeli.

Pri razmišljanjih Morrisa (1968, 1976), Murphyja (1971) in Finnisa (1972) gre za nekaj, kar bi lahko imenovali teoretični model. V tem modelu so uporabljeni koncepti, kot so svoboda izbire, nepoštena prednost in odvzem nepoštenih prednosti. Očitno je, da je teoretični model utemeljen na dveh tihih predpostavkah: a) posamezniki imajo popolno svobodo izbire ter b) koristi in bremena so sicer (izvzemši anomalije, ki jih povzročijo kazniva dejanja) v družbi pravično razdeljeni. Obe predpostavki sta vprašljivi: na težave prve sem že opozoril ob obravnavi ideje o krivdi kot legitimaciji kazni, težavam druge pa se bom posvetil v razpravi, ki sledi. Pred tem pa je treba opozoriti še na dva poskusa utemeljitve legitimnosti kazni iz novejših nemške literature.

## 2.5 Teorija dolžne lojalnosti in teorija poštenosti

Vplive teorij družbene pogodbe in teorij kompenzacije je mogoče čutiti tudi v novejših nemških teorijah o legitimnosti kazni. Med njimi moramo najprej izpostaviti teorijo dolžne lojalnosti, ki jo v novejšem času razvija Pawlik (2004: 90–91). Avtor pojasnjuje, da mora storilec kaznovanje sprejeti na podlagi lojalnosti, ki jo dolguje državi. Dolžnost lojalnosti je namreč cena, ki jo moramo državljani plačati za pogoje življenja v svobodi in miru, ki si jih država prizadeva ustvarjati. Kdor prekrši dolžnost lojalnosti, mu država s kaznijo odvzame kos svobode, s čimer potrdi »intrinzično povezanost« svobode in lojalnosti: za uživanje svobode je namreč nujna lojalnost.

Pawlikovo (2004) besedišče in slog sta zelo privzdignjena; s prevodom poskušam njegovo izrazje spraviti v okvirje, ki jih tukajšnji bralec še prenese. V razpravo o legitimnosti kaznovanja je avtor vnesel nov pojem: dolžnost lojalnosti (nem. *Loyalitätspflicht*). Ključno vprašanje je, ali mu je z uvedbo tega novega pojma uspelo preseči težave, ki so jih teorije o legitimnosti kaznovanja imele doslej.

Vtis je, da ne. Dolžna lojalnost je le nov intelektualni meander, ki nas po drugi, nekoliko daljši poti pripelje do tega, kar so o legitimnosti kazni trdile že teorije družbene pogodbe. Jedro teh spoznanj Kanduč (2007: 48) povzame takole: »Kršilec pa je tudi nemoralen, kolikor po eni strani uživa plovce žrtvovanja lojalnih sodržavljanov (ki kljubujejo skušnjavi, da bi se protipravno dokopali do ugodja), predvsem varnost,



*red in mir, po drugi strani pa sam noče pristati na podobno samožrtvovanje. Zato mora biti sam, žrtvovan kot predmet kazenske sankcije.*« Podobnost s Pawlikovo (2004) teorijo dolžne lojalnosti je precej očitna, a vendarle z eno razliko: ko Kanduč povzema bistvo teorij družbene pogodbe, je v slogu pisanja čutiti kritičnost in distanco, medtem ko Pawlik (2004) besedno zvezo »dolžna lojalnost« izreka svečano in smrtno resno.

Tudi sicer v literaturi obstajajo pomisleki, ali je uvedba koncepta dolžne lojalnosti res potrebna. Tako Roxin (2014: 36) ocenjuje, da dolžnost lojalnosti ni nič drugega kot dolžnost vzdržati se ravnanj, škodljivih za družbeno skupnost. Ta dolžnost po avtorjevem mnenju izhaja neposredno iz kazenskopravnih prepovedi, zato s preskokom na metaraven, ko namesto o prepovedi nekaterih ravnanj govorimo o dolžnosti biti lojalen, naj ne bi pridobili ničesar.

Med novejšimi poskusi upravičiti preventivno naravnano kaznovanje tudi v razmerju do storilca manj vnesene besede uporablja Tatjana Hörnle (2011: 54–55), za katero ključna beseda ni lojalnost, temveč poštenost (angl. *fairness*): da bi kazen lahko šteli za legitimno, je treba storilcu dokazati, da ga s kaznovanjem ne obravnavamo nepošteno. Avtorica uvodoma opozori na dve znani argumentativni poti, po katerih bi to lahko dokazovali: a) kazenska določba, ki jo je storilec prekršil, je bila sprejeta v demokratičnem postopku, v katerem bi lahko sodeloval tudi sam; b) storilec tudi v kazenskem postopku ostane nosilec pravic. Do obeh argumentov je zadržana, in to upravičeno: procesna jamstva sama po sebi ne zagotavljajo legitimnosti izrečene sankcije, storilčeva možnost demokratične participacije pri oblikovanju kazenskopravnih določb pa je prej ko ne hipotetična.

Po avtoričinem mnenju (Hörnle, 2011: 54, 59) je ključno pokazati, da je vsakdo, tudi storilec sam, ne le hipotetično, temveč *dejansko* na boljšem, ker so se v preteklosti številni ljudje držali kazenskopravnih prepovedi. Ljudje moramo tako iz razlogov poštenosti sprejeti, da bomo za zavarovanje teh kazenskopravnih prepovedi tudi sami lahko klicani na odgovornost. Ker storilec zaradi konformnosti drugih pridobi, ne more biti nepošteno, če je zaradi svojih kršitev kaznovan.

Opisani razmisleki o poštenosti so na videz zelo podobni že predstavljenim idejam o kaznovanju kot »odvzemu nepošteno pridobljene prednosti« (Finnis, 1972; Morris, 1968, 1976; Murphy, 1971), pa tudi ideji o dolžnosti lojalnosti kot nujni predpostavki uživanja svobode in miru (Pawlik, 2004). Vendar pa Tatjana Hörnle (2011: 55) opozarja na pomembno razliko med svojimi pogledi in pogledi naštetih avtorjev. Ti želijo s sklicevanjem na nepošteno pridobljene prednosti oziroma na prekršeno dolžnost lojalnosti utemeljiti celovito kaznovalno teorijo, medtem ko so avtoričine ambicije s kon-

ceptom poštenosti manjše: z njim želi utemeljiti le legitimnost kazni v razmerju do storilca, sicer pa kazni pripisuje druge (preventivne in ekspresivne) funkcije. Z drugimi besedami: poštenost je za avtorico le eden od nujnih sestavnih delov znotraj »kompleksne kaznovalne teorije« (Hörnle, 2011: 55).

### 3 Razprava

#### 3.1 Spekulacija in socialna resničnost

Začnimo s tem, kar je nesporno: prijetno je živeti v družbi, v kateri se ljudje držijo dogovorov in pravil in v kateri je čim manj prevarantov in nasilnežev. Tudi najradikalnejši anarhist bo moral, ko bo sam prvič resneje viktimiziran, priznati, da mu je bil dogodek v nadlego in da si ne želi, da bi se ponovil. Kot je znano, pogoje za tako družbo ustvarjamo na različne načine, tudi z državno kaznijo. Ta ima torej svojo nesporno družbeno funkcijo, hkrati pa je lahko resno breme za storilca. To nas postavlja pred nalogo pokazati, da kazen ni le »splošno koristna«, temveč da jo je mogoče upravičiti tudi v razmerju do kaznovanega. Nekateri avtorji v to nalogo vlagajo znatne napore, drugi vprašanje prezrejo ali z njim opravijo na hitro. Ker smo doslej pozornost namenjali zlasti prvim, je prav, da nekaj povemo tudi o drugih. Omembe vredne se mi zdijo denimo naslednje bežne opazke, ki jih zasledimo v literaturi:

— Kaznovanje je trpka nujnost v skupnosti nepopolnih bitij, kakršna so nenazadnje ljudje (Schultz, 1966: 114).

— Ker se tudi pluralistična družba ne more odpovedati prisilnemu uveljavljanju svojega pravnega reda, je treba uporabo storilca kot sredstva za doseg »ciljev drugih«, hočeš nočeš priznati kot legitimno (Frister, 2009: 23–24).

— Kadar ni učinkovita nobena izmed oblik socialne terapije, družbena skupnost pridobi pravico v sili (nem. *Notrecht*), da kaznuje (Klug, 1998: 576).

Tisto, kar bi nas pri teh trditvah lahko zmotilo, je njihova apodiktičnost oziroma prepričanje njihovih avtorjev, da problem rešijo že s tem, ko navržejo nekaj močnih besed, ki naj pokažejo, da »drugače pač ne gre« oziroma da »je hočeš nočeš tako«. Imajo pa tovrstne kratke »utemeljitve« tudi dobro plat: so manj pretenciozne od zapletenih dokaznih postopkov, ki naj pokažejo, da je z institucijo kaznovanja vse v redu in da se tudi kaznovani ne sme pritoževati, saj je vendar nekoč podpisal družbeno pogodbo (oziroma bi jo kot racionalno bitje gotovo podpisal), saj je s tem, da bo kaznovan, vendar (dejansko ali hipotetično) soglašal, saj je vedel ali bi lahko vedel, kaj ga čaka, saj državi dolguje lojalnost, saj je kaznovanje navsezadnje njegova pravica itd.

Pri teh obširnih »filozofskih« izpeljavah je moteče, da ostajajo na spekulativni ravni, ne da bi jih zanimala socialna resničnost. Ostati na spekulativni ravni med drugim pomeni ne preverjati, ali in koliko so predpostavke, iz katerih izhajamo, v resničnem življenju uresničljive in sprejemljive. In ktere so tiste lepote napake resničnega življenja, ki postavljajo pod vprašaj abstraktne utemeljitve legitimnosti kaznovanja?

Pri abstraktnih utemeljitvah legitimnosti kazni najprej bode v oči idealizirana podoba družbe, v kateri vsi uživamo koristi, pri čemer nas lahko zmotijo le nelojalni posamezniki, ki se ne držijo pravil. Morda ta izhodiščna predpostavka opisuje razmere v kakšnem golf klubu, v katerem gentlemani uživajo v prijetni partiji, nato pa eden od njih skrivaj primarne žogico bližje luknji in si tako pridobi nepošteno prednost. Nemara v opisanih okoliščinah zdrži parabola o posamezniku, ki si je znotraj skupnosti enakih nelojalno vzel več svobode, kot bi si jo smel. Toda znano je, da golf klubi niso okolja, ki bi zvesto odsevala siceršnje razmere v družbi. Zunaj tovrstnih okolij so koristi in bremena med ljudi izrazito neenakomerno porazdeljeni, zato je podoba o življenju v družbi, ki vsem članom zagotavlja koristi in lahko zato od vsakogar brez slabe vesti in zadrege zahteva lojalnost, predvsem teoretični ideal, ki ima le malo opraviti z resničnostjo. Gre za star penološki problem »pravičnosti kazni v nepravični družbi« (Tonry, 2014: 141), ki ga navsezadnje pripoznava tudi pozitivno pravo na področju izbire in odmere kazenske sankcije, s tem ko daje sodniku možnost, da se socialna deprivilegirana storilca upošteva kot olajševalna okoliščina. Jasno pa je, da gre pri tovrstni olajševalni okoliščini za kozmetični korektiv, ki ne rešuje ne težave družbene neenakosti ne legitimnosti kazni.

Nadalje je z vidika socialne resničnosti vprašljiv racionalni posameznik, ki kot ključna figura nastopa v teorijah o legitimnosti kaznovanja. Kot je znano, ni vprašljivo le, koliko se ljudje za kršitve pravil *racionalno* odločamo (Korobkin in Ulen, 2000), temveč tudi, koliko se zanje sploh *odločamo* v pravem pomenu besede. V idejni model storilca, ki se v vsakem trenutku svobodno odloča, ali bo sledil apelu norme ali skušnjavi, so kognitivne znanosti zasejale dvome, ki do danes niso bili ovrženi. Pač pa so se oblikovale različne oblike t. i. kompatibilizmov, torej idejnih obramb individualne odgovornosti in kaznovanja, katerih cilj je pokazati, da sta individualna odgovornost in kazen združljivi tudi z modelom storilca, ki ni imel izbire (zares izvrsten pregled različnih izpeljav kompatibilizma predstavi Moore (2016)). Vsi ti poskusi, med katerimi so eni bolj virtuozni, drugi manj, kažejo na veliko potrebo po tem, da rehabilitiramo oziroma ohranimo kazen in individualno odgovornost, saj opravljata pomembno družbeno funkcijo in si življenja brez njiju niti ne znamo predstavljati. Hkrati pa pokažejo tudi naslednje: tisto, kar iz kazni dela obstojno, dolgoživno družbeno institucijo, je zlasti

družbena potreba, ne pa globoka legitimnost, ki bi bila trdno zakoreninjena v storilčevi napačni izbiri, njegovem slabem značaju, nelojalnosti, soglasju ali čem podobnem.

V tem smislu je razumljivo, da se nekateri avtorji odpovedo iskanju prapočela legitimnosti kazni in o njej preprosto govorijo kot o trpki nujnosti, družbeni pravici v sili in tem, da je storilca hočeš nočeš treba uporabiti kot sredstvo za doseg ciljev drugih. Po drugi strani pa je obširne in ne tako redko izumetničene dokazne postopke, ki naj na abstraktni ravni pokažejo, da storilec s kaznijo ni instrumentaliziran, da nima razumne podlage za pritoževanje, da je kazen pravzaprav v obojestransko korist itd., mogoče razumeti tudi kot izraz slabe vesti teoretikov kazni.<sup>4</sup> Kdor je povezan z institucijo, ki ljudem zadaja bolečino, pa čeprav »le kot teoretik«, ima dve možnosti: lahko jo kritizira (in mora ponuditi sprejemljive alternative, kar je težko), lahko pa si prizadeva za apologijo, s katero pred seboj in svetom pokaže, da sodeluje pri legitimnem početju.

### 3.2 Sklep

Čeprav teorije o legitimnosti kaznovanja nosijo različna imena in so izoblikovane z različnimi retoričnimi poudarki, so si v svojem bistvu podobne. Pri vseh gre za to, da življenje v pogojih relativne svobode in miru zahteva neko žrtev, neke samoomejitve v obliki spoštovanja pravil igre. Kdor te pogoje po eni strani uživa, po drugi strani pa se ni pripravljen držati pravil, nima upravičene podlage za pritoževanje, če je kaznovan. To idejo številni avtorji razvijajo, kot da bi se je pravkar domislili, v resnici pa ima dolgo brado. Najdemo jo že v znamenitem dialogu *Kriton*, v katerem Sokrat v državni ječi v Atenah, tik pred jutranjim svitom, ko je čas usmrtnice že blizu, svojemu sogovorniku pojasnjuje, zakaj je treba »brez godrnjanja sprejeti kazen« (Platon, 2003: 111). Posameznik uživa številne koristi življenja v družbi, hkrati pa ima možnost, da se, če mu politična organizacija države in zakoni niso všeč, »z vsem svojim imetjem izseli, ako ni zadovoljen«. Kdor pa ostane, s tem potrdi obveznost, da bo ravnal po zakonih in da bo v primeru kršitve pretrpel kazen (Platon, 2003: 111–112).

Ta jedrna ideja se danes, kot rečeno, pojavlja v številnih različicah in pojmovnih preoblikah. Ob opisanih omejitvah med teorijami legitimnosti kazni najprepričljivejše deluje različica, ki jo razvija Tatjana Hörnle in ki jo konvencional-

<sup>4</sup> V tej zvezi velja opozoriti na obravnavo fenomena »slabe vesti kazenskih pravnikov« pri Alessandru Baratti (1980: 140). Avtorju se zdi slaba vest »dobro znamenje, ki obeta vsaj možnost sprememb v prihodnosti«. Hkrati ocenjuje, da je slaba vest »minimum, ki lahko zahtevamo od kazenskega pravnika danes, glede na stanje stvari pa najbrž tudi maksimum, ki ga danes lahko dosežemo«.

no imenujemo »teorija poštenosti«. Prednosti te teorije pred sorodnimi izpeljavami so: a) ne uporablja privzdignjenega jezika, ki bi hodil po robu metafizike, temveč je v izbiri izrazja stvarna in prizemljena; b) odpoveduje se megalomanski ideji, da bi iz koncepta poštenosti izpeljala vseobsežno kaznovalno teorijo, temveč poudarja, da rešuje le del upravičevanja kazni; c) poskuša se izogniti shematičnosti, ki je značilna za sorodne teoretične poskuse, s tem ko poudarja *dejanske* prednosti, ki smo jih deležni, ker se večina ljudi večino časa drži kazensko-pravnih prepovedi.

Toda treba je biti natančen. Kaj teorija poštenosti in podobne teorije legitimnosti kazni pravzaprav dokazujejo oziroma upravičujejo? Samo tole: ker zaradi upoštevanja pravil načeloma vsi pridobimo, ni nepošteno, če kršitve pravil sankcioniramo. Upravičujejo torej legitimnost sankcioniranja kršitev, ne pa tudi konkretne vsebine sankcij v vsakokratnem zgodovinskem trenutku in prostoru. Potrebna je torej previdnost: ugotovitev *Kaznovanje/sankcioniranje kršitev je tudi v razmerju do storilca legitimno*. ne pomeni tudi *Zgodovinsko dane oblike kaznovanja so sprejemljive*. Pritrtilni odgovor na vprašanje *Ali je državna kazen legitimna?* ne implicira odgovora na vprašanje *Kako in koliko kaznovati?*. Ali še drugače: to, da denimo sankcioniranje posegov v tujo lastnino štejemo za legitimno, samo po sebi ne zagotavlja legitimnosti telesne ali zaporne kazni za tatvino.

Poudarjanje te razlike se mi zdi pomembno zato, ker sicer zlahka nastane vtis, da s tem ko rečemo, da je kaznovanje legitimno, podelimo legitimnost tudi vsakokrat danemu pravnemu redu in s tem *statusu quo*. Zagovor *statusa quo* pa je zadnje, česar bi si želeli. Pri tem se zdi kot nalašč sklic na – resda precej ohlapno – »načelo humanosti«, ki ga srečamo v pravnih deklaracijah in učbenikih kazenskega prava. Bistvo tega načela je, če ga le razumem pravilno, da je treba nenehno preizpraševati kaznovalne naprave, torej mehanizme, s katerimi država posamezniku ciljno povzroča bolečino, stisko in trpljenje, in si prizadevati za zmanjševanje njihove brutalnosti.

Toda s kakšnimi tehtnicami odmeriti trpljenje, ki ga država še legitimno zadaja? Posebno eksaktnih merilnih naprav ni na voljo – gre predvsem za vprašanje družbeno-zgodovinsko pogojene občutljivosti. Znano je, da se ta postopno povečuje oziroma da se nam številne zgodovinsko znane oblike kaznovanja danes zdijo barbarske, tako kot se bo nemara zaporna kazen, kakršno poznamo danes, zdela barbarska našim zamcem. Nekaj pa se skozi zgodovinska obdobja ne spreminja: trpljenje se nam zdi sprejemljivejše in ga lažje prenašamo, kadar gre za trpljenje drugega – po možnosti storilca kaznivega dejanja oziroma nekoga, za kogar se zdi, da mu lahko nekaj očitamo (La Rochefoucauld v aforistični obliki pravi takole: »Običajno nam uspe zbrati dovolj moči, da prenesemo trpljenje,

*ki ne doleti nas.*« (v Hawkins, 1983: 471)). Da lahko pravosodni sistem nemoteno deluje, je treba premagati specifično kognitivno disonanco: čeprav je izogibanje trpljenju na naši vrednostni lestvici postavljeno visoko, je treba ljudi pošiljati v zapor, v razmere, ki so pogosto, jedrnato rečeno, slabe. To disonanco je najlažje premagati z ustvarjanjem psihološke razdalje med nami in tistimi, ki jih sistem zapira (Hulsman in Bernat de Celis, 2010: 49). Splošneje izraženo: za ohranjanje relativno mirne vesti pri kaznovanju je potrebnih nekaj psiholoških narkotikov in slepil. Po pregledu teorij, ki naj utemeljijo legitimnost kaznovanja vis-à-vis storilcu, je moj vtis, da je ena pomembnejših dejanskih funkcij teh teorij tudi vloga tovrstnega narkotika za teoretike kaznovanja.

Na koncu je treba odgovoriti tudi tistim, ki bodo dejali, da je vsakršno razpravljanje o legitimnosti kaznovanja brezplodno: kazen je pač vedno bila in vedno bo, morda se bodo v odvisnosti od občutljivosti vsakokratne družbe spreminjali le njeno poimenovanje in vsebinski odtenki. Se strinjam. K temu pa dodajam, da »občutljivost neke družbe« ni nekaj drugega, na kar se ne bi dalo vplivati. Morda je nanjo mogoče vplivati tudi z razpravami, ki preizprašujejo legitimnost kazni.

## Literatura

1. Baratta, A. (1980). Strafrechtsdogmatik und Kriminologie. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92(1), 107–142.
2. Finnis, J. (1972). The restoration of retribution. *Analysis*, 32(4), 131–135.
3. Frister, H. (2009). *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. München: Beck.
4. GSt 2/51, Bundesgerichtshof (1952).
5. Hawkins, G. (1983). Penal theories and practices: A review of Walker's punishment, danger and stigma: The morality of criminal justice and Christie's limits to pain. *American Bar Foundation Research Journal*, 8(2), 465–480.
6. Hegel, G. W. F. (2013). *Oris filozofije pravice*. Ljubljana: Krtina.
7. Hörnl, T. (2011). *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck.
8. Hulsman, L. in Bernat de Celis, J. (2010). *Izgubljene kazne: krivični sistem pod znakom pitanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta.
9. Kanduč, Z. (2007). *Kriminologija: (stran)poti vede o (stran)poteh*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
10. Klug, U. (1968/1998). Abschied von Kant und Hegel. V T. Vormbaum (ur.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit* (str. 571–576). Baden-Baden: Nomos.
11. Koriath, H. (2004). Zum Streit um die positive Generalprävention – Eine Skizze. V H. Radtke (ur.), *Muss Strafe sein?* (str. 49–70). Baden-Baden: Nomos.
12. Korobkin, R. B. in Ulen, T. S. (2000). Removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, 88(4), 1051–1144.
13. Meško, G., Eman, K. in Flander, B. (ur.) (2016). *Oblast, legitimnost in družbeno nadzorstvo*. Ljubljana: Univerza v Mariboru, Fakulteta za varnostne vede.
14. Mihelj Plesničar, M. in Roberts, J. V. (2016). Odločanje o sankcijah, legitimnost in javno mnenje. V G. Meško, K. Eman in B. Flander

- (ur.), *Oblast, legitimnost in družbeno nadzorstvo* (str. 213–241). Ljubljana: Univerza v Mariboru, Fakulteta za varnostne vede.
15. Moore, M. S. (2016). Stephen Morse on the fundamental psycho-legal error. *Criminal Law and Philosophy*, 10(1), 45–89.
16. Morris, H. (1968). Persons and punishment. *The Monist*, 52(4), 475–501.
17. Morris, H. (1976). *On guilt and innocence*. Berkeley: University of California Press.
18. Murphy, J. G. (1971). Three mistakes about retributivism. *Analysis*, 31(5), 166–169.
19. Neumann, U. (2007). Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe. V M. Pawlik in R. Zaczek (ur.), *Festschrift für Günther Jakobs* (str. 435–450). Köln, Berlin, München: Heymann.
20. Pawlik, M. (2004). *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*. Berlin: Duncker & Humblot.
21. Platon (2003). *Poslednji dnevi Sokrata: Apologija – Kriton – Faidon*. Ljubljana: Slovenska matica.
22. Roxin, C. (2014). Prevention, censure and responsibility: The recent debate on the purposes of punishment. V A. P. Simester (ur.), *Liberal criminal theory* (str. 23–42). Oxford: Hart.
23. Schultz, H. (1966). Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962. *Juristenzeitung*, 21(1), 113–123.
24. Seelman, K. (2014). Does punishment honour the offender? V A. P. Simester (ur.), *Liberal criminal theory* (str. 111–122). Oxford: Hart.
25. Seelmann, K. (1991). Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens in 18. Jahrhundert. V M. Stolleis (ur.), *Die Bedeutung der Wörter* (str. 441–459). München: Beck.
26. Seelmann, K. (2011). Hegels Strafretheorien. V A. von Hirsch (ur.), *Strafe – Warum?* (str. 79–85). Baden-Baden: Nomos.
27. Schmidtschen, D. (2003). Prävention und Menschenwürde: Kants Instrumentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe. V D. Dolling (ur.), *Ius humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht – Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag* (str. 265–274). Berlin: Duncker & Humblot.
28. Tonry, M. (2014). Can deserts be just in an unjust world? V A. P. Simester (ur.), *Liberal criminal theory* (str. 141–165). Oxford: Hart.
29. Walther, S. (2005). Anmerkung, *Juristenzeitung*, 60(13), 686–688.

## Legitimacy of Punishment in Relation to the Offender

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

Theories on the purposes of punishment deal with only one part of the justification of legal punishment – the one that addresses functions of legal punishment in a given society. The further question is how to justify legal punishment in relation to the person who has to suffer the punishment. Is the harsh treatment of the offender an acceptable (legitimate) means of achieving social benefits such as crime prevention, and if so, why so? The author elaborates on theories of justification of punishment vis-à-vis the offender and shows that these theories share common underpinnings, despite the different names they hold. The author's hypothesis is that the vast majority of these theories are marked by a substantial gap between their speculative nature and social reality, and that they also serve other purposes besides the declared ones.

**Keywords:** legitimacy of punishment, social contract, loyalty, fairness, human dignity, purposes of punishment, culpability

UDC: 343.8