

»Trda obravnava« kot sestavni del kazni: problem obsojenčeve občutljivosti¹

Matjaž Ambrož²

Kaznovanje storilcev kaznivih dejanj poleg izražanja očitkov tradicionalno obsega tudi različne oblike prikrajšanj in neprijetnosti (trda obravnava). Trda obravnava kot sestavni del kazni odpira številna vprašanja. Katere funkcije opravlja? Gre nemara le za konvencionalen simbol, s katerim izražamo ogorčenje zaradi izvršenega kaznivega dejanja? Je njena uporaba nujna, ali pa bi jo bilo mogoče nadomestiti z »nečim boljšim«? Dokler trda obravnava ostaja sestavni del družbenega odzivanja na kriminaliteto, je zelo pomembno vprašanje, po katerih merilih jo razdeljujemo (vprašanje odmere kazni). Članek obravnava vprašanje, ali sorazmernost pri odmeri kazni zahteva tudi upoštevanje posameznikove individualne občutljivosti za prikrajšanja, ki jih kazni prinaša. Medtem ko je pri denarni kazni vprašanje bolj ali manj razrešeno, se pri zaporni kazni izkaže za izjemno sporno. Po pregledu in ovrednotenju različnih stališč se avtor zavzame za upoštevanje individualne občutljivosti, z nekaterimi omejitvami.

Ključne besede: kazni, kaznovalne teorije, ekspresivne kaznovalne teorije, trda obravnava, odmera kazni, krivda, olajševalne okoliščine, individualna občutljivost

UDK: 343.8

1 Uvod

Kazni, ki jih sodišča izrekajo storilcem kaznivih dejanj, prinašajo različne omejitve, sitnosti, trpljenje in druga prikrajšanja. Najbolj tipičen primer je zaporna kazen, kjer je literatura s področja penologije in sociologije zapora sprva govorila o »bolečinah zapora« (Sykes, 1958/2007).³ V novejši literaturi s področja teorij kaznovanja pa se je ustalil nekoliko splošnejši

izraz: »trda obravnava« (ang. *hard treatment*). Ta izraz jasneje izrazi, da bolečina in neprijetnosti niso le spremljevalni pojav (epifenomen) kazni (morda celo zgolj neželen stranski učinek), temveč so nekaj, kar država s kaznovanjem ciljno povzroča.

Besedna zveza trda obravnava budi različne asociacije. Takoj je treba pojasniti, da ni vezana le na avtoritarna zaporska okolja, v katerih vlada vojaška disciplina, bivalni pogoji pa so skrčeni na minimum. Tudi sodoben, »human« zapor, v katerem je poskrbljeno za številne dejavnosti, kjer je hrana dobra in raznolika, žimnice pa udobne, pomeni znaten poseg v avtonomijo posameznika. V tem pogledu torej besedna zveza ni vezana le na neprimerna ali zgodovinsko presežena zaporska okolja, temveč meri na omejitve, stiske in trpljenje, ki jih povzročajo omejitve svobode, avtonomije in (začasen ali trajnejši) odvzem življenjskih priložnosti nasploh.

Trdo obravnavo kot sestavni del kazni lahko sprejemamo s precejšnjo mero samoumevnosti (kazen, ki ne bi bolela, ne bi bila kazen). Po drugi strani pa lahko pri ljudeh, ki se s kaznovanjem poklicno ukvarjajo (lahko tudi zgolj na akademski ravni), budi specifično nelagodje, podobno kognitivni disonanci. V moralni ustroj večine ljudi je namreč vgrajen odpor do tega, da bi drugemu naklepno povzročili trpljenje. In vendar je treba živeti s tem, da pravosodni sistem ljudi dnevno pošilja v zapor in jim zavestno povzroča stisko in trpljenje.

Ta konflikt vsaj na abstraktni ravni rešujejo teorije kaznovanja. Te na različne načine utemeljujejo, da sta kazen in z njo trda obravnava pravični oziroma koristni – koristni vsaj

¹ Članek je nastal v okviru raziskovalnega programa »Družbeno nadzorstvo, kazenskoopravni sistem, nasilje in preprečevanje viktimizacij v kontekstu visoko tehnološke družbe«, P5-0221, ki ga financira Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (ARRS).

² Dr. Matjaž Ambrož, 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

³ Opozoriti velja na reevalvacijo bolečin zapora, ki jo je približno pol stoletja po Sykesu opravil Crewe (2011). Avtor ugotavlja, da je zaporska izkušnja v tem času postala manj brutalna, hkrati ostaja psihično uničujoča. Na seznam bolečin zapora avtor dodaja novo, ki jo poimenuje »ontološka negotovost«. Njena jedra vsebina sta stres in tesnoba, ki ju povzroča negotovost glede prihodnosti. Čeprav je trajanje zaporne kazni v veliki večini primerov časovno omejeno, so številne podrobnosti njenega poteka odvisne od diskrecijskih odločitev zaporske uprave. Prav tako je dejansko trajanje zaporne kazni v večini primerov vezano na diskrecijsko odločitev (različne oblike predčasnih odpustov), kar lahko obsojenca navdaja s stalnim strahom, da ne bi napravil kakšne neumne napake, ki bi slabo vplivala na odločanje. Na tem mestu dolgujem zahvalo anonimnemu recenzentu za poanto, da »ontološka negotovost« ni izključna lastnost zaporskih okolij, temveč bolj ali manj običajna človeška tegoba v postmoderni družbi.

za družbeno skupnost, če ne celo za sam objekt trde obravnave, torej kaznovanega. Ker vse, kar je koristno, ni nujno tudi etično sprejemljivo, si kaznovalne teorije zastavljajo tudi vprašanje legitimnosti kaznovanja in na različne načine dokazujejo, da kaznovana oseba, kljub oprijemljivim posegom v njene pravice, nima dovolj dobrih razlogov za pritoževanje (Ambrož, 2018).

Čeprav je torej na voljo obširna literatura, ki trdi obravnavi kot sestavnemu delu kazni daje teoretsko zaslobo, pa je ta danes znova na preizkušnji. Polemike o njej so vzniknile v okviru ekspresivnih teorij kaznovanja, ki kaznovanje opredeljujejo kot način komunikacije z različnimi naslovniki: storilcem, žrtvijo in družbeno skupnostjo (Ambrož, 2020).

Če drži, da je kaznovanje treba razumeti kot posebno obliko komunikacije, se zastavlja vprašanje, čemu bi moralo vsebovati tudi trdo obravnavo. Komunicirati je namreč mogoče tudi brez vihtenja palice, pravzaprav tak način komuniciranja na splošno ocenjujemo kot primernejši (pomislino na številne načine promocije nenasilne komunikacije od vrtca dalje). Günther (2014: 16) to oceno še zaostri in meni, da sta komunikacija in trda obravnava medsebojno izključujoči: protislovno se mu zdi poudarjati velik pomen komunikacije (ki je po naravi vključujoča), nato pa enega od komunikacijskih partnerjev izpostaviti trdi obravnavi (ki je po naravi izključujoča).

2 Izziv trde obravnave

Znotraj ekspresivnih teorij kaznovanja so se izoblikovali različni poskusi odgovoriti na ta izziv oziroma preseči opisano protislovje. Večina temelji na razčlenjevanju odnosa med dvema elementoma kaznovanja: izražanjem neodobravanja oziroma očitkov storilcu (ang. *censure*) in trdo obravnavo (ang. *hard treatment*). Po enem pogledu je trda obravnava sredstvo (medij), s katerim izrazimo očitek (Feinberg, 1995: 76); po drugem pogledu pa očitek najprej izrazimo verbalno (npr. v obliki krivdoreka), nato pa ga z neverbalnimi sredstvi (trda obravnava) še simbolno ojačamo (Hörnle, 2011: 41–43). Razlika med obema pogledoma je minimalna, v ozadju obeh je tale jedrna ideja: brez trde obravnave bi bilo kaznovanje le momljanje besed, ki jih nihče od naslovnikov (storilec, žrtev, družbeno skupnost) ne bi vzel prav zares.

Izhodišče je torej spoznanje o omejeni moči verbalnih izraznih sredstev. Z besedami ni mogoče izraziti vsega, trda obravnava pride na pomoč tam, kjer bi zgolj besedam spodletelo. Tudi sicer iz vsakdanjega življenja vemo, da so verbalni izrazi pogosto pospremljeni z različnimi neverbalnimi dodatki, ki naj moč besed okrepijo: obljuba s tiskom roke; prizna-

nje zaslug s svečano predajo odličja in – če ima odlikovani srečo – tudi s finančno nagrado; besedno opozorilo o škodljivih učinkih kajenja z naturalističnimi fotografijami bolezenskih simptomov; neka televizijska reklama nas nadalje prepričuje, da besedne zahvale izpadejo še posebno simpatično in iskreno, če so podkrepjene s predajo čokoladic globalne tvrdke. Ti neverbalni dodatki so večinoma socialne konvencije, za katere si lahko predstavljamo, da bi lahko bile tudi drugačne. Bi torej tudi trdo obravnavo lahko rekli, da je zgolj socialna konvencija, utečena družbena praksa, ki bi lahko bila drugačna?

Na konvencionalno naravo trde obravnave je prvi opozoril Feinberg (1995: 74–77) in v tej zvezi napravil več zanimivih primerjav. Trdo obravnavo vidi kot uveljavljen simbol, s katerim družbeno skupnost oziroma v njenem imenu sodišče izraža prizadetost, ogorčenje in neodobravanje izvršenega dejanja – prav tako, kot je šampanjec konvencionalno sredstvo proslavljanja in je črna bara konvencionalna barva žalovanja. Ta, na videz banalna primerjava odpira pomembno vprašanje. Kot vemo, je proslavljati mogoče tudi brez šampanjca in globoko žalovati brez črnih oblačil. Bi bilo potemtakem tudi izražanje neodobravanja, prizadetosti in ogorčenja zaradi izvršenega kaznivega dejanja mogoče brez trde obravnave?

Mnenja glede tega niso enotna. Na eni strani so tisti, ki poudarjajo poljubnost in spremenljivost socialnih konvencij (Günther, 2014: 17; Hanna, 2008: 137–139), pri čemer naj bi bila tudi trda obravnava zgolj zgodovinsko naključno dana (kontingenta) konvencija za izražanje očitkov, ki bi jo bilo mogoče preseči oziroma nadomestiti z manj drastičnimi sredstvi (npr. kazenski postopek⁴ in krivdorek, ki bi že sama zase izražala očitke, ti pa bi lahko bili še ojačani z dolžnostjo plačati sodne stroške in odškodnino žrtvi). V drugem taboru so avtorji, ki trdijo, da trda obravnava ni le ena od možnosti za izražanje očitkov, temveč je nujna. Tako denimo Hörnle (2019a: 218–219) opozarja, da v današnjih egalitarnih in sekularnih družbah ni mogoče pričakovati, da bi sodnice in sodniki imeli popolno avtoriteto, ki bi zagotavljala, da bodo njihove besede vzete zares. Znana so sicer prizadevanja po-

⁴ Nesporno je, da ima že sam kazenski postopek lahko precejšnjo ekspresivno moč, torej da skozi raznoliko simboliko izraža ogorčenje družbe zaradi izvedenega dejanja (zelo nazoren primer je denimo vklepanje obdolženek ob privedbi na glavno obravnavo, tudi kadar tega na zahtevajo varnostni razlogi). Vendar pa trditi, naj že sam kazenski postopek opravi vlogo izražanja očitkov, vsebuje očitno nedoslednost: dokler je kazenski postopek v teku, krivda posamezniku še ni dokazana, torej je za izražanje očitkov vsaj formalno še prezgodaj. Da bi to težavo obvozil, predlaga Hanna (2008: 137) tole rešitev: dokler je kazenski postopek še v teku, ta ne izraža očitkov konkretnemu obdolžencu, temveč »osebi, ki je izvršila kaznivo dejanje«. Obsodba, če do nje pride, pa je »formalna izenačitev« obdolženca in osebe, ki smo ji izražali očitke. Predlagana rešitev je primer retoričnega manevra, ki vsebinskih problemov ne reši.

udariti poseben komunikacijski status sodišča (toge, arhitektura razpravne dvorane), vendar pa še tako svečano vzdušje običajno ne bo dovolj, da bi zgolj z besedami ustrezno izrazili resnost očitkov – besedam je treba dodati eno izmed oblik neprijetne obravnave, da bi se s tem poudaril njihov pomen.

Avtorji, ki govorijo o nujnosti trde obravnave, v njej običajno prepoznajo dvojno korist: je sredstvo za »podkrepitev« izraženih očitkov (ang. *amplifying function*), hkrati pa je tudi sredstvo za njihovo »stopnjevanje« (ang. *grading function*) (von Hirsch, 2019: 88–89). Pri obeh gre za komunikacijske vidike kazni, dodatne funkcije trde obravnave pa lahko prepoznamo izven v anglosaškem svetu trenutno zelo modnega komunikacijskega (ekspresivnega) pojmovanja kazni.

Na prvem mestu velja omeniti preventivne vidike kazni. »Boleče sankcije« zelo verjetno vsaj v nekaterih primerih delujejo bolj odvrtačno od nebolečih. Z drugimi besedami: tveganje, da te ob odkritju in obsodbi čakajo le verbalni očitki in poravnava škode, je izrazito znosnejše, kot če te potencialno lahko doletijo tudi bolj prijemljivi posegi v osebne dobrine (odvzem prostosti). Zanimivo pa je, da se preventivni vidik med zagovorniki ekspresivnih teorij le redko omenja, če je že omenjen, se mu pripisuje zgolj drugotno oziroma »dopolnilno« funkcijo (von Hirsch, 2019: 90–92). Vtis je, kot da bi bilo priznanje, da je trda obravnava tudi v službi instrumentalnih ciljev (preprečevanje kriminalitete), rahlo neprijetno, dokler pa jo uporabljamo »le« v simbolne (ekspresivne) namene (podkrepitev in stopnjevanje očitkov), je z njo vse v redu.

Omembo si zasluži še en funkcionalni vidik, ki temelji na socialni psihologiji in skuša upoštevati reaktivna občutja (npr. jezo, zgroženost, ogorčenje), ki jih kaznivo dejanje pri ljudeh izzove (Strawson, 1974). Ideja je, da mora država reaktivna občutja vzeti resno. Da bi jih nevtalzirala in s tem preprečila spirale povračilnega nasilja mora sama storilcu zadati določeno količino trpljenja (Hörnle, 2019a: 218–219). Ob tem velja pripomniti, da so v filozofski literaturi na temo kaznovanja reaktivna občutja pogosto obravnavana razmeroma pavšalno kot splošno znano dejstvo, ki ga ni treba posebej preverjati ali tehtati. Tako so uporabna kot hiter in eleganten argument za nujnost trde obravnave: »Če nočete, da bi reaktivna občutja eskalirala in bi se ogorčeni ljudje zatekli v samopomoč, se morate sprijazniti s tem, da država poskrbi za nekaj trde obravnave.« Ob tem ostajata empirija reaktivnih občutij razmeroma slabo raziskana, še zlasti vprašanje, koliko trde obravnave je potrebne, da se ta občutja pomirijo.⁵

⁵ Novejši poskus na tem področju je nemška monografija *Strafen »im Namen des Volkes«?* (Kaznovanje »v imenu ljudstva«?) (Kaspar in Walter, 2019), ki si zastavlja vprašanje, v kolikšni meri morata pravni red in kriminalitetna politika upoštevati kaznovalne apetite javnosti. Med prispevki, ki skušajo te apetite empirično stehati,

3 Koliko trde obravnave pravzaprav? Je občutljivost kaznovanega pomembna?

Tudi nasploh velja, da je večina pisanja o trdi obravnavi abstraktna, namenjena utemeljevanju njene legitimnosti in neizogibne potrebnosti, nekoliko bolj ob robu pa je puščeno »profano« vprašanje količine. Na ravni tukaj-in-zdaj je trda obravnava storilcev kaznivih dejanj družbeno dejstvo. To se ne glede na občasna opozorila, da gre »zgolj« za utečeno družbeno prakso, ki bi lahko bila drugačna, v kratkem bržkone ne bo spremenilo – nekatere socialne konvencije so razmeroma trdožive. Zato je pomembno, da razmislek ni namenjen le načelnim vprašanjem (Ali sploh?), temveč tudi bolj pragmatičnim odtenkom (Koliko?).

Koliko stisk, omejitev in trpljenja je torej dopustno (sprejemljivo) povzročati storilcem kaznivih dejanj?

Na makro ravni gre za vprašanje občutljivosti neke družbene skupnosti v danem zgodovinskem trenutku. Splošni zgodovinski trend – z možnimi občasnimi regresijami – je postopno večanje občutljivosti, torej večanje averzije do povzročanja trpljenja in poniževanja obojencev (Whitman, 2005: 98). V tem pogledu bi lahko govorili o trendu postopnega »mehčanja trde obravnave«.⁶ Nekatero njene oblike, ki so bile pred petdeset ali sto leti običajne, se nam zdijo danes nezaslišane, in če bo šlo vse po sreči, bodo naši zanamci gojili podobna občutja do današnjih kaznovalnih praks.

Na mikro ravni gre za vprašanje, koliko trde obravnave nameniti konkretnemu storilcu kaznivega dejanja. Vprašanje je sestavni del širšega sklopa, ki ga označujemo s ključno besedo »odmera kazni«. Vprašanje, katere dejavnike je treba upoštevati pri odmeri kazni in kako jih obtežiti, je v marsičem sporno. Kot zelo ohlapen skupni imenovalc je mogoče navesti dve gesli: storilčevo krivdo (v najširšem pomenu besede, ki obsega tudi teža dejanja) in preventivne preudarke. Toda takoj ko od gesel preidemo k posameznostim, stvari postanejo odprte za razpravo. Ni denimo soglasja o tem, kaj vse natanko spada pod precej misteriozni pojem krivde. Je krivda strogo vezana na izvršeno dejanje, ali pa nanjo nemara vpliva tudi storilčevo obnašanje pred in po dejanju? Pred časom so pri novicah ene od nemških televizij poročali o naslednjem škandalu. Po končani glavni obravnavi za težko kaznivo de-

je zanimiv prispevek Paula Robinsona, ki za ZDA pokaže, da so pričakovanja javnosti glede pravične kazni – v nasprotju s pričakovanji – praviloma nižja od izrečenih kazni (Robinson, 2019).

⁶ Tega trenda ni nujno povezovati le s splošnim povečevanjem averzije do človeškega trpljenja, temveč so v ozadju lahko tudi bolj banalni funkcionalni razlogi – državna oblast za svoje delovanje ne potrebuje več tako drastičnih sredstev. Za to dopolnitev se zahvaljujem enemu od anonimnih recenzentov besedila.

nje se je obdolženec od svojcev pokojne žrtve poslovil s težko doumljivo obsceno gesto (tj. dvignjenim sredincem). Ali ta kršitev občutljivega tabuja, do katere je prišlo več kot leto po dejanju, zvišuje krivdo obdolženca in pomeni, da mu je treba nameniti več trde obravnave?

Prav tako sporno je, v kolikšni meri naj različni preventivni preudarki vplivajo na količino trde obravnave. Obstaja sicer načelno soglasje o tem, da še tako velika preventivna potreba ne more povišati kazni čez mejo storilčeve krivde (geslo: krivda kot zgornja meja kazni) (Ambrož, 2008: 245). Toda priznati je treba, da posebno jasna in trdna ta zgornja meja ni – in tudi ne more biti, glede na to, da ni soglasja o tem, katere dejavnike »krivda« natanko obsega (in tudi če bi soglasje obstajalo, bi bilo posamezne dejavnike težko tehtati). Zgornja meja oziroma »strop«, ki ga odmeri kazni postavlja krivda, je torej v najboljšem primeru nekaj zelo pavšalnega. Vendar pa so tudi pod to pavšalno zarisano mejo stvari sporne. Ali eksponentalna rast vlomov v vikende na Dolenjskem upravičuje več trde obravnave konkretnega dolenjskega vlomilca, v (morda jalovem) upanju, da bo to odvrnilo druge od podobnih ravnanj in na dolgi rok prispevalo k blažitvi lokalnega trenda?

Vse to so dobro znane dileme odmere kazni, ki jih na tem mestu omenjam poenostavljeno in mimogrede le zato, da bi ponazoril težavnost odločitve, koliko trde obravnave nameniti konkretnemu storilcu kaznivega dejanja. Pri tem pa velja poudariti, da je »razdeljevanje trde obravnave« v resnici še precej težavnejše. Omenjeno tehtanje krivde in preventivnih potreb je namreč le ena stran enačbe. Toda nič manj ni pomembna pogosto spregledana druga stran: kadar zadajamo bolečino, je pomembno, kako občutljiv je tisti, ki mu jo zadajamo. Kadar delimo udarce, ni nepomembno, ali je njihov prejemnik sumo borec ali rahitičen deček.

Znano je, da se subjektivne izkušnje (zaporne) kazni med seboj razlikujejo (Kolber, 2009). To ni presenetljivo – ljudje pač različno dobro prenašamo življenjske tegobe in neprijetnosti. Vsak zobozdravnik ve, da imamo posamezniki različne pragove bolečine in odzive nanjo: nekateri bi brez večjih težav prenesli drtje kočnika brez lokalne anestezije, drugim pa že ob pogledu na pomično zbirko vrtnikov postane slabo.

Analogno velja za učinke trde obravnave kot sestavnega dela kazni. Zaporna kazen, kot najbolj tipičen primer, je za robustnega človeka lahko sicer neprijetna, vendar znosna izkušnja, za bolj občutljivega pa je lahko nekaj nevzdržnega (Kolber, 2019: 571). Ali torej kaznovalna pravičnost zahteva, da je treba občutljivejšim posameznikom s trdo obravnavo prizanašati bolj kot robustnim, torej prvim izrekati krajše zaporne kazni kot drugim, ali pa jim nameniti vsaj nekoliko boljše pogoje prestajanja kazni?

Kadar gre za denarne kazni, posebnih dilem ni. Tam naj bi razlike v »občutljivosti na finančno izgubo« uravnal sistem, po katerem se višina denarne kazni uravnava po finančnih zmogljivostih posameznika (t. i. sistem dnevnih zneskov): s tem, ko premožnejše kaznujemo z višjimi absolutnimi zneski kot revne, bi vsaj v idealnem primeru dosegli, da bo kazen vse bolela približno enako. Utegnili bi pomisliti, da denarna in zaporna kazen v tem pogledu nista primerljivi. Medtem ko je subjektivna vrednost denarja pomembno odvisna od posameznikovega finančnega položaja, bi lahko rekli, da je tek časa (kot enote, v kateri se izreka zaporna kazen) za vse v načelu enak. Vendar pa bi ta pogled spregledal, da tisto, kar je pri zaporni kazni boleče, ni tek časa sam po sebi, temveč so to prikrajšanja in omejitve znotraj časovnega okvira. Sposobnosti za prenašanje teh pa brez dvoma med posamezniki zelo variirajo in so odvisne med drugim od posameznikove fizične in psihične konstitucije ter življenjskih izkušenj pred nastopom zaporne kazni.

4 Občutljivejšim prizanašati? Konceptualni premisleki

Ali vse povedano pomeni, da bi morala sodišča ob odmeri kazni jemati v račun tudi posameznikovo občutljivost? Če za hip pustimo ob strani vso učeno literaturo, ki skuša odgovoriti na to vprašanje, in pobrskamo po lastnih intuicijah, utegne biti odgovor precej ambivalenten. Izkušnje kažejo, da je veliko odvisno od posameznosti (okolščin za razpravo izbranega primera), zlasti od tega, kaj opredelimo kot vir posameznikove povečane občutljivosti. Pogovori s študenti pri izbirnem predmetu s področja izvrševanja kazenskih sankcij kažejo na precejšnjo prizanesljivost do obsojenčev, pri katerih je povečano občutljivost mogoče pripisati starosti ali bolezni, in bistveno manjšo prizanesljivost do tistih, pri katerih naj bi bila občutljivost le posledica bogataške mehkužnosti, privajenosti življenju v luksuzu itd. Seveda sta oboje le idealnotipični skrajnosti, abstrakciji, izbrani za spodbujanje razprave. V resničnem življenju je med njima mnogo svin in »mešanih primerov«, kjer bo odločitev težavnejša (npr. kje natanko potegniti mejo med »mehkužnostjo« in bolezensko preobčutljivostjo?). Prav tako dovolj vztrajna razprava pogosto razkrije pristranosti, ki lahko vplivajo na našo presojo, denimo zaveden ali nezaveden odpor do ljudi, ki jim je bilo v življenju (pre)dobro postlano.

Sicer pa pregled literature ponudi zapleten preplet empiričnih in vrednostnih pomislekov zoper idejo, da bi bilo treba količino trde obravnave, vsaj kar zadeva zaporno kazen, krojiti glede na individualno občutljivost posameznika.

Po eni strani gre za praktično obarvana stališča, da individualne občutljivosti ni mogoče upoštevati (ker jo je nemogoče

natančno izmeriti oziroma vnaprej predvideti prihodnjih odzivov posameznika na zaporno kazen), če pa bi jo na podlagi približnih ocen že upoštevali, bi nas to spravilo v celo vrsto težav. Po drugi strani pa gre za načelna stališča, da občutljivosti ni dopustno upoštevati. Slednja stališča običajno dobijo izraz v omiljeni različici, ki pravi, da posamezniku ne delamo krivice, če njegove individualne občutljivosti ne upoštevamo.

Kar zadeva praktične težave, ki bi jih povzročilo upoštevanje individualne občutljivosti, je najbolj izčrpen Walen (2021), ki jih razdeli na štiri sklope: 1) ureditev bi kar klicala po zlorabah na strani obdolžencev (hlinili bi povečano občutljivost); 2) ureditev bi v očeh ljudi lahko izpadla kot nepoštena, saj bi dajala vtis, da neupravičeno privilegira nekatere storilce kaznivih dejanj, to pa bi lahko povzročilo ljudski gnev; 3) predvidljivost višine kazni bi bila omajana; in 4) ureditev bi lahko povzročila tudi zlorabe na strani odločevalcev oziroma sodniško samovoljo.

Med načelnimi argumenti zoper upoštevanje individualne občutljivosti, pa velja izpostaviti zlasti dva sklopa. Prvi gradi na dejstvu, da so kazenske sankcije znane vnaprej, in če občutljivejši posameznik meni, da bi jih težko prenesel, naj pač toliko bolj pazi, da ne bo izvršil kaznivega dejanja. Drugi sklop načelnih argumentov pa poudarja razliko med ciljno zadanimi in kolateralnimi posledicami zaporne kazni (Markel in Flanders, 2010: 961). Dodatnega trpljenja občutljivejšim obsojencem sodišča ne zadajo »naklepno«, temveč je posledica spleta okoliščin, zato naj formalno gledano sploh ne bi bilo del kazni, ki jo izreka sodišče.

Ovrednotenje naštetih argumentov je najbolje začeti od spodaj navzgor. Stališče, da je dodatno trpljenje občutljivejših nepomembno, saj ni povzročeno »naklepno« (vsaj ne z »direktnim naklepom«), ni prepričljivo. S stališča kaznovanega se zdi razprava o drobnih niansah psihičnega odnosa, s katerim ga njegov kaznovalec kaznuje, precej nepomembna. Z drugimi besedami: za občutljivejše obsojence je pojasnilo, da je njihovo dodatno trpljenje povzročeno kvečjemu z »eventualnim naklepom«, slaba tolažba. Da so dejanski učinki nekega ukrepa bolj pomembni od »mentalne drž« organa, ki ukrep izreka, je navsezadnje razvidno iz ureditve pripora (Kolber, 2019: 580). Pripora sodišča ne odreja s kaznovalnimi namenom. In vendar je pripor za prizadetega po dejanski plati enako (ali še bolj) stresen in omejujoč kot zaporna kazen, zato danes nihče ne dvomi o smiselnosti in pravičnosti ureditve, po kateri se čas, prebit v priporu, všteva v zaporno kazen – ne glede bistveno različne namene, s katerimi se odreja pripor in izreka zaporna kazen.

Prav tako ni posebno prepričljiv argument, da so kazenske sankcije znane vnaprej in bi se jim torej vsakdo, tudi ob-

čutljivejši posamezniki, lahko izognil. Ta argument ima enako pomanjkljivost kot vsi poskusi utemeljiti legitimnost kaznovanja zgolj s sklicevanjem na to, da so kazni znane vnaprej in da bi se jim posameznik torej lahko izognil. Neka pretirano trda ali celo kruta obravnava ne postane etično sprejemljiva samo zato, ker je znana vnaprej in bi se ji razumen in discipliniran posameznik lahko izognil (Ambrož, 2018: 9).

Nekoliko večjo težo imajo stališča, ki opozarjajo na praktične prepreke in težave, povezane z upoštevanjem individualne občutljivosti. Pri tem niti ni tako pomembno, da bi taka ureditev spodbujala samoreprezentacijo obdolžencev kot izjemno občutljivih (vključno s hlinjenjem). Ljudje, ki jim grozi znaten in dolgotrajnejši poseg v avtonomijo v obliki zaporne kazni, imajo subjektivno gledano zelo dobre razloge za to, da skušajo kar v največji meri izkoristiti različne oblike prizanesljivosti, ki jih pravni red pozna. Naloga sodišča pa je – podobno kot v primerih zmanjšane prištevnosti, silobrana ali zmot – da presodi, v kolikšnem obsegu jim je to ali ono obliko prizanesljivosti upravičeno nameniti. Prav tako se ne zdi posebno skrb vzbujajoče opozorilo, da bi ureditev lahko vodila v zlorabe na strani odločevalcev – prav vsak institut, ki daje vsaj malo manevrskega prostora za odločanje, je mogoče zlorabiti, in vendar to ni *a priori* razlog, da bi se tem institutom odpovedali.

"Pač pa je resničen problem vprašanje, kako stopnjo posameznikove občutljivosti sploh dovolj natančno ovrednotiti. Odzivi na prikrajšanja, ki jih zaporsko okolje prinaša, se izrazijo šele med prestajanjem zaporne kazni in niso ves čas enaki. Tudi v zvezi z zaporno kaznijo literatura opozarja na pojav t. i. hedonične prilagoditve, ko se posamezniku po začetnem pretresu uspe prilagoditi spremenjenim okoliščinam, s čimer se povrne v zanj običajne meje življenjskega zadovoljstva – pri čemer sicer novejša kriminološka literatura izraža dvom v to, da bi bila v zaporskem okolju popolna hedonična prilagoditev možna (Wildeman, Turney in Schnittker, 2014).

Odzivanje na spremenjene življenjske okoliščine v zaporu, možnosti in meje prilagoditev spremenjenim okoliščinam in časovna dinamika teh prilagoditev so izrazito individualni pojavi, za katere je praktično nemogoče, da bi jih sodišče *ex ante*, torej v fazi odmere kazni, natančno prognoziral. Če bi njihovo upoštevanje vzeli zares, bi bilo treba pristati na vnaprej ne povsem določene kazni, tako bi bilo namreč mogoče v ozir jemati tudi posameznikove odzive v času, ko se zaporna kazen že izvršuje. Na praktični ravni si je takšno ureditev relativno nedoločenih kazni težko predstavljati, poleg tega pa z vidika predvidljivosti kot pomembne prvine pravne varnosti ne bi bila ustrezna.

Posebno pozornost si zasluži tudi pomislek, da bi bile lahko krajše kazni (ali boljši bivalni pogoji) za občutljivejše

obsojence v očeh javnosti videti kot neupravičeno privilegirane nekaterih izbrancev. Ocena, da gre za neupravičene privilegije, bi bila toliko bolj verjetna, če bi bili zaradi domnevno povečane občutljivosti prizanesljiveje obravnavani obdolženci, privajeni življenju v luksuzu. Ta problem je v penološki literaturi dobil posebno ime: problem Paris Hilton (Montag in Sobek, 2014).

Gospa Hilton je bila prvotno kaznovana za prometni delikt (predrzna vožnja pod vplivom alkohola) z opozorilno sankcijo, ker pa ni upoštevala izrečenih omejitev, ji je sodišče opozorilno sankcijo nadomestilo s petinštiridesetdnevnim zaporom. Za osebo, vajeno precej boljšega bivalnega standarda, je bila zaporska izkušnja še posebno naporna in travmatična (napadi klavstrofobije), tako je eden izmed njenih odvetnikov podal oceno, da je izrečena sankcija v konkretnem primeru nerazumno stroga (Cohen, 2007).

Povečana občutljivost Paris Hilton pri ljudeh večinoma ne budi empatičnih odzivov, vsaj ne tako intenzivnih, da bi v njenem primeru zagovarjali blažje kaznovanje. V zvezi s tem je treba opozoriti na izsledke empirične raziskave, ki sta jo izpeljala Montag in Sobek (2014). Ta pokaže, da ljudje iz celotnega spektra političnih prepričanj in različno visokih dohodkov enotno zavračajo možnost, da bi posameznikova privajenost udobnemu življenju vplivala na odmero zaporne kazni.

Pri navedenem gre sicer res »le« za izraz javnega mnenja. Kot vemo, sondaže javnega mnenja niso najboljši način za oblikovanje kaznivalne politike, vendar pa nekaterih temeljnih človeških intuicij glede pravičnosti kazenskopravnih sistemov ne sme povsem obiti, sicer tvega izgubo zaupanja.

S tem se znajdemo pred enim izmed večjih antagonizmov znotraj utemeljevanja kaznovanja. Če posameznikovo individualno občutljivost razglasimo za nepomembno (nevredno upoštevanja), privolimo v to, da bosta dva posameznika za enako dejanje dejansko kaznovana različno: občutljivejši bolj kot manj občutljivi. Takoj ko pa privolimo v upoštevanje občutljivosti, naletimo na eni strani na praktične težave merjenja (ovrednotenja) občutljivosti in na drugi strani na možne očitke o privilegiranju nekaterih obdolžencev. Je ta antagonizem mogoče preseči?

5 Razprava in sklep

Kljub postopni debrutalizaciji kazni trda obravnava storilcev kaznivih dejanj ostaja del družbene resničnosti. Vprašanje, ali bi človeštvo zmoglo brez nje, je del tradicionalnega repertoarja razprav o kaznovanju. Po enem gledanju je trda obravnava le konvencionalna oblika izražanja očitkov, ki

se ohranja po inerciji. Po drugem gledanju ne gre za poljubno konvencijo, temveč obstaja čvrsta vsebinska vez med izražanjem družbenega ogorčenja zaradi izvršenega kaznivega dejanja in trdo obravnavo storilca: vsaj v primeru najhujših kaznivih dejanj očitkov ne moremo dovolj prepričljivo izraziti in stopnjevati, ne da bi storilcu zadali zlo. Brez dvoma bi bilo prijetnejše živeti v svetu, v katerem državam svojih državljanov v nobenem primeru ne bi bilo treba »trdo obravnavati«. Toda priznati je treba, da avtorjem, ki se zavzemajo za popolno odpoved temu početju, ni uspelo ponuditi alternativ, ki bi za vse primere delovale dovolj prepričljivo.

Dokler trda obravnava storilcev kaznivih dejanj ostaja sestavni del pravosodnega delovanja, je treba čim bolj temeljito doreči merila njenega razdeljevanja. Tu me zanima en sam vidik tega razdeljevanja, ki doslej pri nas ni bil obširneje tematiziran: upoštevanje storilčeve dovzetnosti za bolečine, ki jih kaznovanje prinaša. Medtem ko je pri denarni kazni vprašanje kolikor toliko zadovoljivo rešeno (sistem dnevnih zneskov, pustimo težave njegovega delovanja v praksi ob strani), v zvezi z zaporno kaznijo budi ambivalentne odzive in mu je težko priti do kraja.

V razpravi o tem vprašanju ni mogoče mimo tega, kar sodišča trenutno že počnejo. Zakonska ureditev odmere kazni v Sloveniji (podobno pa je tudi v primerljivih sistemih) se do vprašanja izrecno ne opredeljuje, temveč sodišča ohlapno pooblašča, da med olajševalnimi okoliščinami upoštevajo tudi »storilčeve osebne razmere« (Kazenski zakonik [KZ-1], 2012, 49. člen). Kot eno izmed »osebnih razmer« komentatorska literatura (Nerat, 2021: 731) navaja tudi »zdravstveno stanje storilca« in primeroma navaja judikat, v katerem je sodišče kot olajševalno okoliščino upoštevalo dejstvo, da je storilec invalidsko upokojen. Sicer pa novejša empirična raziskovanja sodnega odločanja o sankcijah pokaže naslednje: znotraj izbranega vzorca so sodišča v enem odstotku zadev kot olajševalno okoliščino upoštevala visoko starost obdolženca, prav tako pa so v enem odstotku kot olajševalno okoliščino upoštevala obdolženčevo slabše zdravstveno stanje (Plesničar, 2022).

Upoštevanje bolezni ali starosti kot olajševalne okoliščine pri nas nikoli ni bilo problematizirano, kot tudi ni bilo izpostavljeno temeljitejšemu razmisleku, čemu pravzaprav bolnim in starim pri odmeri kazni prizanašati. V zvezi s tem sta v grobem možni dve razlagi. Lahko bi rekli, da starost in bolezen sami zase prinašata določeno količino tegob (preteklega in sedanjega trpljenja), za katere se zdi pravično, da jih sodišče pri odmeri kazni upošteva. Takšno gledanje bi bilo blizu vseobsežni ideji metafizične pravičnosti, po kateri bi si posameznik s to ali ono obliko trpljenja lahko ustvaril »dobroimetje«, ki bi ga bilo treba ob vsakokratni odmeri kazni jemati v obzir. Jasno je, da posvetna sodišča natančnega vpogleda v posame-

znikov vseobsežni »konto preteklega trpljenja« nimajo in zato tudi ne možnosti za udejanjanje tako ambiciozno zastavljene ideje pravičnosti.

Po drugi, manj ambiciozni razlagi je razlog za prizanašanje zgolj v tem, da bolni in stari konkretne omejitve zaporne kazni težje prenašajo. Pri tem je mogoče reči, da to prizanašanje ni le izraz »gentlemanske geste«, »usmiljenosti« ali »humanosti«, temveč ga je mogoče zagovarjati tudi povsem formalno, s sklicevanjem na pravno načelo sorazmernosti. Kazen je po naravi stvari prikrajšanje, kar pa je relativen koncept: enake omejitve prizadenejo bolne in stare bolj kot zdrave in mlade.

Do sem stvari niso posebno sporne, problem pa je v tem, da starost in bolezen nista edina razloga, zaradi katerih nekateri ljudje zaporske razmere prenašajo težje kot drugi. Kar zadeva druge razloge povečane občutljivosti, je prva težava v tem, da so praviloma manj oprijemljivi. Kot odločevalci se počutimo bolj varno, kadar lahko med razlogi za svojo odločitev navedemo uradno potrjeno medicinsko diagnozo (skupaj z latinskim poimenovanjem v oklepajih) ali vsaj neizpodbitno numerično vrednost, ki izraža posameznikovo kronološko starost. Druga težava pa je v tem, da lahko na doživljanje kazni pomembno vplivajo življenjske razmere, ki jih je bil posameznik vajen pred izvršitvijo zaporne kazni. Tu pa se začne spolzek teren, zaznamovan s strahom, da bi se v vprašanja odmere in izvršitve kazni vtihotapilo merilo družbeno-ekonomskega razreda (nem. *Klassenjustiz*).⁷

Kot drugje, lahko tudi pri tej problematiki pride do določene vrzeli med izgovorjenim in neizgovorjenim, deklaratornim in dejanskim. Na deklaratorni ravni je družbeno-ekonomski razred pri odmeri in izvršitvi kazni danes razglašen za tabu (Meier, 2006: 205; Pallin, 1982: 54). Ni pa izključeno, da tudi to merilo najde svoj izraz posredno, skozi druge, moralno manj obremenjene koncepte, kot je denimo »osebnostna urejenost«. Znano je denimo, da so obsojenci, ki prihajajo z vrhov gospodarskega življenja, razmeroma hitro premeščeni na pol odprte in odprte oddelke zavodov za prestajanje kazni zapora. Ključna besedna zveza, ki te premestitve utemeljuje, je že omenjena »osebnostna urejenost«. Ne da bi dvomili o njej, je mogoče domnevati, da poleg nje na hitrost premestitev vpliva še en dejavnik, ki ostaja neizgovorjen: ti obsojenci bi razmere na zaprtem oddelku prenašali bistveno težje kot njihovi praviloma bolj žilavi kolegi ulični roparji.

Toda o tem vidiku se le redko govori na glas, saj bi na glas izražena ideja, da si tisti, »vajeni boljšega, tudi v zaporu zaslu-

žijo boljše« izzvala ogorčenje. Že omenjena navedba odvetnika Paris Hilton, da njegova varovanka zapor prenaša težje od povprečne obsojenke, je najverjetneje točna. In vendar raziskave kažejo, da velika večina ljudi zaradi tega do nje ne bi bila bolj prizanesljiva (Montag in Sobek, 2014), kar pomeni, da se jim v takem primeru zdi sprejemljivo *de facto* strožje kaznovanje občutljivejših oseb. Tu pride do trka dveh intuicij glede pravičnosti kaznovanja: prve, ki pravi, da je subjektivno doživljanje kazni pomembno in ga je treba upoštevati; in druge, ki se temu upira, kadar bi to zahtevalo prizanesljivejšo obravnavo sicer privilegiranih obsojencev. Kot kaže, je druga intuicija močnejša.

Zakaj je temu tako? Med drugim je prevlado druge intuicije nemara mogoče pojasniti s človeškim pričakovanjem, da naj bodo v svetu, polnem kričočih neenakosti, ljudje podarjeno formalno enako obravnavani vsaj v nekaterih ekstremnih situacijah, kamor spada tudi kaznovanje z zaporno kaznijo. Ideja, da smo vsaj v nekaterih ekstremnih situacijah »vsi v istem zosu«, deluje nekoliko pomirjujoče, podobno, kot nekoliko tolažilno deluje hrastoveljska freska, na kateri v grotesknem sprevodu kralj in berač enako nemočno hodita v paru s koščeno spremljevalko.

Sicer pa pravkar opisani konflikt intuicij ni edini te vrste na področju odmere kazni in kaznovanja nasploh. Vzemimo denimo okoliščine, za katere ocenjujemo, da so v večji ali manjši meri determinirale obdolženčevo dejanje. Izkaže se, da na našo pripravljenost upoštevati neko okoliščino kot olajševalno ne vpliva le moč te okoliščine, temveč tudi naša simpatija ali antipatija do nje. Preprosteje povedano: posameznika lahko k izvršitvi premoženjskega kaznivega dejanja enako močno spodbudita tako pomanjkanje kot pohlep, in vendar bodo le redki v pohlepu pripravljene prepoznati olajševalno okoliščino. V zvezi s tem Moore (2016: 60) govori o tem, da je pri vrednotenju olajševalnih okoliščin manj pomemben njihov »kavzalni učinek«, večjo vlogo igrajo naše »ideološke usmeritve«. Analogno velja za našo pripravljenost upoštevati posameznikovo povečano občutljivost za trdo obravnavo. Izkaže se, da pri presoji tega vprašanja praviloma ne vrednotimo le stopnje povečane občutljivosti, temveč tudi, kako simpatični so nam razlogi zanjo. Čeprav ta pristop ni nujno racionalen, je bržkone v človeških intuicijah in predstavah o pravičnosti zasidran do te mere, da ga kazenskopравни sistem ne more obiti.

Kaj sklepno reči o problemu povečane individualne občutljivosti na prikrajšanja, ki jih prinaša kazen? Dokler bo trda obravnavo storilcev kaznivih dejanj sestavni del državnega odzivanja kriminaliteto, bo vprašanje relevantno – ne le kot stvar dobre volje ali usmiljenja, temveč tudi kot stvar sorazmernosti v suhem, pravnem pomenu besede. Zato je priporočljivo, da se o problemu odkrito govori: pri sodnem odločanju, v fazi izvršitve kazni, kot tudi v teoretičnem razglabljanju o kazno-

⁷ Zavračanje tega, da bi bila izbira, odmera in izvršitev sankcije prilagojena posameznikovemu družbeno-ekonomskemu statusu je zgodovinsko novejši pojav. Dober zgodovinski pregled prilagoditev sankcije obsojenčevemu statusu je na voljo v Whitman (2005).

vanju. Res je, da je individualna občutljivost izmuzljiva in je ne znamo natančno meriti, vendar to ni dovolj dober razlog, da bi jo ignorirali. Navsezadnje tudi posameznikove krivde ne znamo natančno stehitati, pa je zaradi tega ne izganjamo iz odmere kazni – zadovoljimo se z racionalno (z argumenti podprto) razpravo o njeni višini (Ambrož, 2008: 241).

Povečano individualno občutljivost je torej načeloma treba upoštevati, pri čemer je mogoče napraviti omejitve v primerih, kjer bi to omajalo zaupanje ljudi v pošteno delovanje pravosodja. V vsakem primeru pa je treba paziti na naslednje. Morebitna kaznovalna prizanesljivost do občutljivejših ima svojo nevarno hrbtno plat: lahko ponudi alibi za strožje kaznovanje na videz robustnejših ljudi, tistih, za katere se zdi, da prenesejo več. Na prvem mestu je zato zelo pomembno, da je kaznovalna politika sodišč nasploh zmerna, pogoji prestajanja zaporne kazni pa nasploh dobri. To sicer problema relativnih razlik v občutljivosti ne rešuje, preprečuje pa brutalizacijo kaznovanja domnevno manj občutljivih obsojencev.

Tudi v takšnih idealnih okvirih (zmerna kaznovalna politika, razmeroma dobri bivalni pogoji) pa bodo vselej obstajali posamezniki, za katere bodo kaznovalne tegobe še posebno obremenjujoče. Prizanašanje starejšim in bolnim danes ni sporno, ni pa videti dovolj dobrih razlogov, da bi se upoštevanje povečane občutljivosti omejilo na zaprt krog starosti in boleznih.⁸ Do širitve upoštevanja kaznovalne občutljivosti onkraj teh omejitev lahko pride po dveh poteh. Vselej obstaja možnost, da sodišča to napravijo po prostem preudarku, vendar pa v obrazložitvi kaznovalne občutljivosti izrecno ne omenijo, temveč jo ovijejo v mrežo drugih, domnevno manj spornih olajševalnih okoliščin. Druga možnost je, da jo v obrazložitvi izrecno naslovijo, s čimer dajo priložnost kritikom (obrambi, tožilstvu, instančnemu sodišču, komentatorjem v literaturi in medijih), da se do problema opredelijo. Druga možnost je za avtorja sodne odločbe bolj tvegana in naporna, a je z vidika načela, da je izbiro in odmero kazenske sankcije treba obrazložiti z »odprtimi kartami«⁹, edina sprejemljiva.

⁸ Primerjava z razbremenilnimi učinki neprištevnosti, ki je ni mogoče priznati komur koli, temveč le v primerih zaprtega kroga »bioloških pogojev« (duševna motnja, duševna manjrazvitost), ne bi bila na mestu. Medtem ko sklep, da je bil obdolženec *tempore criminis* neprišteven, nujno pomeni oprostilno sodbo, olajševalne okoliščine sodiščem ne vežejo rok do te mere – ostaja jim prosta presoja, kolikšno težo, če sploh, bodo posamezni olajševalni okoliščini namenila. Zato kazenski zakoniki kroga možnih olajševalnih okoliščin praviloma ne omejujejo.

⁹ Po dejanski praksi na odmero kazni vplivajo številni dejavniki, vendar pa le nekateri od njih dobijo svoj izraz v obrazložitvi. Po normativni praksi je to problem, saj ustavno načelo pravne države med drugim zahteva »transparentnost« utemeljitve višine kazni (Hörnle, 2019b: 283).

Literatura

1. Ambrož, M. (2008). Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 59(3), 239–248.
2. Ambrož, M. (2018). Legitimnost kazni v razmerju do storilca. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 69(1), 7–14.
3. Ambrož, M. (2020). Kaznovanje kot komunikacija z žrtvijo kaznivega dejanja. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 71(1), 21–30.
4. Cohen, S. (2007). *Paris Hilton going to jail for 45 days*. Pridobljeno na <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/05/04/AR2007050400489.html>
5. Crewe, B. (2011). Depth, weight, tightness: Revisiting the Pains of imprisonment. *Punishment & Society*, 13(5), 509–529.
6. Feinberg, J. (1995). The expressive function of punishment. V A. Duff in D. Garland (ur.), *A reader on punishment* (str. 73–91). Oxford: Oxford University Press.
7. Günther, K. (2014). *Criminal law, crime and punishment as communication*. Frankfurt am Main: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie.
8. Hanna, N. (2008). Say what? A critique of expressive retributivism. *Law and Philosophy*, 27(2), 123–150.
9. Hörnle, T. (2011). *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck.
10. Hörnle, T. (2019a). The role of victims' rights in punishment theory. V A. du Bois-Pedain in A. E. Bottoms (ur.), *Penal censure: Engagements within and beyond Desert Theory* (str. 207–226). Oxford: Hart Publishing.
11. Hörnle, T. (2019b). Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 166(4), 282–295.
12. Kaspar, J. in Walter, T. (2019). *Strafen »im Namen des Volkes«?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
13. Kazenski zakonik (KZ-1). (2012). *Uradni list RS*, (50/12).
14. Kolber, A. J. (2009). The subjective experience of punishment. *Columbia Law Review*, 109, 182–236.
15. Kolber, A. J. (2019). The subjectivist critique of proportionality. V L. Alexander in K. K. Ferzan (ur.), *The Palgrave handbook of applied ethics and the criminal law* (str. 571–595). Cham: Springer International Publishing.
16. Markel, D. in Flanders, C. (2010). Bentham on stilts: The bare relevance of subjectivity to retributive justice. *California Law Review*, 98(3), 907–988.
17. Meier, B.-D. (2006). *Strafrechtliche Sanktionen*. Berlin: Springer.
18. Montag, J. in Sobek, T. (2014). Should Paris Hilton receive a lighter prison sentence because she's rich? An experimental study. *Kentucky Law Journal*, 103, 95–125.
19. Moore, M. S. (2016). Stephen Morse on the fundamental psychological error. *Criminal Law and Philosophy*, 10(1), 45–89.
20. Nerat, B. (2021). Odmera kazni. V M. Sepec (ur.), *Kazenski zakonik s komentarjem: Splošni del* (str. 721–738). Ljubljana: GV Založba.
21. Pallin, F. (1982). *Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht: Mit einer tabellarischen auszugswweisen Kriminalstatistik 1976–1978*. Dunaj: Manz.
22. Plesničar, M. (2022). *Poenotenje odločanja o sankcijah v kazenskih postopkih*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
23. Robinson, P. (2019). Die empirisch ermittelte verdiente Strafe und die Strafrechtskodifikation im In- und Ausland. V J. Kaspar in T. Walter (ur.), *Strafen »im Namen des Volkes«?: Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung* (str. 39–48). Baden-Baden: Nomos.

24. Strawson, P. (1974). *Freedom and resentment and other essays*. London: Methuen & Co.
25. Sykes, G. M. (1958/2007). *The society of captives: A study of a maximum security prison* (Revised edition). New Jersey: Princeton University Press.
26. Von Hirsch, A. (2019). Censure and hard treatment in the general justification for punishment: A reconceptualisation of desert-oriented penal theory. V A. du Bois-Pedain in A. E. Bottoms (ur.), *Penal censure: Engagements within and beyond Desert Theory* (str. 87–92). Oxford: Hart Publishing.
27. Walen, A. (2021). Retributive justice. V E. N. Zalta (ur.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Pridobljeno na <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/justice-retributive/>
28. Whitman, J. Q. (2005). *Harsh justice: Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*. Oxford: Oxford University Press.
29. Wildeman, C., Turney, K. in Schnittker, J. (2014). The hedonic consequences of punishment revisited. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 104, 133–163.

“Hard Treatment” as an Integral Part of Criminal Punishment: The Problem of Offender’s Subjective Sensitivity

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

Criminal punishment typically entails censure and various forms of deprivation and inconvenience (hard treatment). The latter raises many questions. What functions does the hard treatment of offenders perform? Is it perhaps a mere conventional symbol of expressing society’s indignation because of a committed crime? Is its use necessary, or could it be replaced by “something better”? As long as hard treatment remains an integral part of the social response to crime, the question of the criteria of its distribution (sentencing criteria) is of crucial importance. The article deals with the question of whether proportionality in the assessment of punishment also requires taking into account the offenders’ individual sensitivities to deprivations of punishment. While this issue is more or less resolved in the case of monetary fines, it turns out to be very controversial in the case of prison sentences. After reviewing and evaluating various standpoints, the author argues that the courts should pay (limited) attention to individual sensitivities.

Keywords: punishment, theories of punishment, expressive theories of punishment, hard treatment, culpability, mitigating circumstances, individual sensitivity

UDC: 343.8