

Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja

Matjaž Ambrož*

Avtor v prispevku obravnava teorije o namenu kaznovanja, pri čemer izhaja iz danes tako rekoč splošno sprejete predpostavke, da nobena izmed tradicionalnih teorij ne more sama zase prepričljivo utemeljiti vsebine in meja kazni. Neizogibne so torej »mešane teorije«, sporno pa ostaja vprašanje, kakšno naj bo znotraj njih razmerje različnih ciljev kaznovanja. Avtor zagovarja t. i. preventivne mešane teorije, ki skušajo povezati različne vidike specialne prevencije (usmerjene v resocializacijo) in generalne prevencije, odpovedujejo pa se slehernemu povračilu kot namenu kaznovanja. Odpoved povračilu kot namenu kaznovanja pa ne pomeni tudi odpovedi načelu krivde – to ima znotraj preventivnih mešanih teorij vlogo temelja in zgornje meje kazni. Avtor opozori tudi na nekatere senčne plati preventivnih mešanih teorij, kljub temu pa pride do sklepa, da so zaenkrat najboljša možnost glede na alternative, ki so na voljo.

Ključne besede: kazensko pravo, nameni kaznovanja, teorije, preventivne mešane teorije
UDK: 006.01: 344.14 + 343.8

1 Uvod

Spričo kritik, ki so jih bile deležne posamezne teorije o namenu kaznovanja, so danes avtorji, ki bi se zavzemali za eno samo, »čisto« teorijo, redki. Veliko več pristašev imajo t. i. mešane teorije¹ o namenu kaznovanja: te skušajo na ta ali oni način med seboj povezati »pozitivne pridobitve« posameznih kaznovalnih teorij. Pri tem je ključno vprašanje, kakšna naj bo »receptura« mešanja posameznih teorij. In pomislek: mar niso »mešane teorije« predestinirane, da ustvarijo nemogoče teoretične amalgame, polne notranjih protislovij?

Ključ do uspeha pri izpeljavi mešanih teorij je po mnenju nekaterih avtorjev v tem, da te ne smejo biti »aditivne« (da torej ne smejo preprosto nametati različnih ciljev kaznovanja v en koš),² temveč »dialektične«, tj., da morajo iz različnih namenov kaznovanja vzpostaviti sistem medsebojnega omejevanja in dopolnjevanja.³ Problem s tem seveda še ni rešen, saj kljub

* Matjaž Ambrož, doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti v Ljubljani, Poljanski nasip 2.

¹ Na nemškem govornem področju je govor o »združujočih teorijah« (*Vereinigungstheorien*). V prispevku kljub temu uporabljam poimenovanje »mešane teorije«, ki se je pri nas ustalilo.

² Kot primer teorije, ki ne uspe preseči »aditivnosti«, Novoselec (2007: 377) navaja določbo o namenu kaznovanja iz 50. člena hrvaškega KZ, v kateri so nameni kaznovanja zgolj naštet, ne da bi bili hkrati postavljeni v določen medsebojni odnos.

³ Roxin, 2006, str. 85. Smiselno enako Šelihova (1994, str. 540) opozarja, da so nameni kaznovanja po eni strani med seboj močno konfliktni, po drugi strani pa se dopolnjujejo.

načelni opredelitvi za takšen »omejevalno-dopolnjevalni« pristop ostajajo različni pogledi glede tega, kateri nameni kaznovanja si znotraj mešanih teorij zaslužijo osrednje mesto in kateri vanje morda sploh ne sodijo.

Raziskovanje navedenega problema je predmet tega prispevka: kratkemu očrtu posameznih tradicionalnih teorij o namenu kaznovanja (ta ne bo presegel ravni shematskega prikaza) sledi vprašanje o možnostih kombinatorike znotraj mešanih teorij. V prispevku so kot zaenkrat najsprejemljivejša možnost t. i. preventivne mešane teorije. Te pri utemeljevanju namena kaznovanja povezujejo različne vidike (resocializacijsko naravnane) specialne prevencije in generalne prevencije, odpovedujejo pa se slehernemu povračilu kot namenu kaznovanja (pri čemer pa seveda sledijo krivdnemu načelu, ki ima nalogo zagotoviti, da še tako velika preventivna potreba ne more upravičiti kaznovanja brez ali preko storilčeve krivde). Še preden se lotim izpeljave, pa dve kratki opombi, za kateri menim, da si zaslužita omembo v uvodu.

Najprej – to je treba takoj priznati – vprašanja kazni se lotevam nekje pri vrhu, to se pravi pri podrobnostih, povezanih z njenim namenom, ne da bi predhodno institucijo kazni podvrgel temeljitejšemu kritičnemu pretresu. Temu se ne odpovedujem zato, ker bi menil, da je svet kaznovanja »najboljši izmed možnih svetov« (Leibnitz). Nasprotno, cilje, ki jih zasleduje kaznovanje, je pogosto mogoče ravno tako dobro, če ne celo bolje, uresničevati tudi na druge načine.⁴ O tem navsezadnje priča razvoj mehanizmov odvracanja kazenskega pregona, razvoj alternativnih sankcij, zamisli o obnavljalni pravičnosti in druge nekaznovalno naravnane zamisli. Kljub navedenemu pa bo kazen (vsaj v primeru težjih kaznivih dejanj) zelo verjetno še dolgo ostala del družbene resničnosti.⁵ Zato se vendarle zdi upravičeno ukvarjati tudi z relativnimi nadrobnostmi, ki so povezane s kaznovanjem, in pri tem upati, da je tudi v teh – bolj ali manj konvencionalnih okvirih – mogoče prispevati k utrjevanju garantne funkcije kazenskega prava in humanosti izvrševanja prostostnih kazni.

In nadalje – z vsem spoštovanjem do abstraktnega in spekulativnega mišljenja – pred očmi je treba imeti, da so zamisli in prerekanja o namenih kaznovanja vselej povezana s

⁴ Prim. Bavcon, 1965, str. 321–322.

⁵ Ne tako redki (teoretični) poskusi odpraviti kazensko pravo in ga »nadomestiti z nečim boljšim« so prinesli številne tehtne kritike kazenskega prava (vsaj zaenkrat), ne pa tudi splošno uporabne nadomestne alternative. Glavna težava teh poskusov je, da morajo hočeš nočeš, vsaj v primeru hujših deliktov, na mesto, kjer je bila nekoč kazen, postaviti tako ali drugače imenovane »ukrepe«, ki se od kazni razlikujejo predvsem po »denotaciji« in manj po »substanci«. Pri zamenjavi kazni z »ukrepi« se vselej odpira tudi nevarnost prehoda z dežja pod kap (npr. z odpovedjo krivdnemu načelu).

teoretičnimi modeli, ki so pogosto utemeljeni bolj na domnevah in ugibanjih kot pa na »trdih dejstvih«.⁶

Tako o delovanju prevencije, zlasti generalne, vemo razmeroma malo,⁷ saj se pri dinamiki človeškega odločanja prepleta tolikšno število dejavnikov, da je enega izmed njih (recimo višino zagrožene kazni) skoraj nemogoče izolirati, zaradi česar tudi ni mogoče natančno meriti njegovega vpliva. Nekoliko karikirano, a vendarle ne tako daleč od resnice: kritik generalne prevencije bo rekel, da ta ne deluje, in kot dokaz navedel, da ljudje še kar naprej izvršujejo kazniva dejanja; njen zagovornik pa bo nasprotno menil, da kar dobro deluje – najlepši dokaz za to je, da velika večina ljudi ne izvršuje (resnejših) kaznivih dejanj. In oba bosta imela po svoje prav. Najbrž ni treba posebej poudarjati, da bi tudi absolutne teorije kaznovanja le stežka imenovali teorije v pravem pomenu besede: idealistične predpostavke, da je s povračilom mogoče »izničiti« zločin in na ta način zopet vzpostaviti porušeni pravni red, so za marsikoga le stežka dostopne racionalnemu uvidu.⁸ In končno, ne kaže pozabiti, da drobne teoretične nianse, o katerih se z velikim žarom prerekamo v razpravah o namenu kaznovanja, v zaporniškem vsakdanu, za zidovi in rešetkami, pogosto ne pridejo do pravega izraza.⁹ Vse naštetu ne pomeni, da so abstraktni modeli, ko gre za vprašanje namena kaznovanja, neuporabni; prav pa je, da imamo pri njihovi uporabi pred očmi njihove možnosti in omejitve.

2 Absolutni pogledi na kaznovanje

Naziv »absolutne teorije« se je ustalil za kaznovalne nauke, ki ne iščejo kakršnega koli družbeno koristnega namena kaznovanja, temveč smisel kazni vidijo edino v tem, da storilec kaznivega dejanja dobi zaslužen povračilo. Zanima jih kazen »kot taka«, ne pa njeni učinki v prihodnosti. Pri tem je pomembna naslednja distinkcija: pri absolutnih teorijah ne gre za

⁶ Glede na to zveni izraz kaznovalne *teorije* pravzaprav precej ambiciozno. V tej zvezi Seelmann (2005, str. 21) opozarja, da pravniki izraz »teorija« uporabljajo precej bolj velikodušno kot, denimo naravoslovci.

⁷ Strnjena pregleda novejših empiričnih raziskovanj generalne in specialne prevencije sta na voljo v Meier, 2006, str. 27–33.

⁸ Nekateri avtorji so tu ostrejši in menijo, da je teza o »izničenju« preteklega dogodka »ravno toliko patetična, kot je absurda« (Moberly, navedba v Primorac, 1978, str. 80). Besedo izničiti, zadržano (z uporabo navednic) uporablja tudi Primorac, sicer zagovornik absolutnih teorij kaznovanja, in opozarja, da je uporabljena v prenesenem pomenu: kaznivega dejanja kot historičnega dogodka seveda ni mogoče odpraviti, na simbolni ravni pa je vendarle mogoče spekulirati o tem, da je povzročeno nepravdo s kaznijo zanikano, pravni red pa afirmiran (navedeno delo, str. 83).

⁹ S Petrovčevimi besedami (1998, str. 38): zapor je še vedno kazen ne glede na to, ali na vratih piše zapor ali bolnišnica.

maščevanje storilcu (nem. *Rache*), temveč za povračilo (nem. *Vergeltung*). S tem terminološkim razlikovanjem se poudarja, da kazen ni nekontroliran in nesorazmeren izbruh agresije proti storilcu ali celo njegovim bližnjim (kar je značilnost maščevanja), temveč mora biti racionalno in natančno odmerjeno povračilo (princip taliona), ki je v službi pravičnosti.

Kot argument v prid absolutnih teorij se pogosto navaja, da je ideja o kazni kot pravičnem povračilu razmeroma trdno zasidrana v zavesti ljudi. Seveda pa ne gre »zgolj« za ljudsko teorijo o namenu kaznovanja. Ta ideja ima tudi svojo obširno filozofsko utemeljitev, ki jo je najbolj dodelala nemška idealistična filozofija.

Immanuel Kant¹⁰, ki je v kazenskem zakoniku videl »kategorični imperativ«, je odločno odklanjal, da bi se kazni pripisovalo kakršen koli namen, razen uresničevanja pravičnosti (ta ima v njegovi filozofiji posebno mesto: »če propade pravičnost, ni več vredno, da bi ljudje živeli na zemlji«). Kazen ni mogoče izreči, pravi Kant, da bi se z njo doseglo kakršno koli korist bodisi za storilca bodisi za družbo, temveč jo je vselej treba izreči izključno zato, ker je bil storjen zločin; kajti s človekom (v konkretnem primeru: obsojencem) ni nikoli dopustno ravnati kot z golim sredstvom za doseg ciljev nekoga drugega. Da bi plastično ilustriral nesprejemljivost utilitarizma, uporabi nenavadno prisposobo z otokom: če bi se narod, ki naseljuje določen otok, odločil, da se razide in razprši po celem svetu, bi bilo pred tem treba usmrtiti vse, ki čakajo na izvršitev smrtne kazni, da bi vsakega »doletelo tisto, kar si je zaslužil s svojimi dejanji« (tukaj pride do izraza Kantova naklonjenost talionu). Zelo znan je tudi Kantov primer na smrt obsojenega zločinca in kolegija zdravnikov, ki mu želi ponuditi naslednjo možnost: obsojenec naj se podvrže nevarnim eksperimentom, da bi zdravniki prišli do nekega novega, za družbo koristnega spoznanja; če bi imel srečo in preživel, smrtne kazni ne bi izvršili. Sodišče bi moralo zamisel medicinskega kolegija s prezirom zavrniti, kajti »pravičnost ni več pravičnost, če je naprodaj, ne glede na ceno«.

Po nekoliko drugačni poti pride do podobnih sklepov Georg Wilhelm Friedrich Hegel¹¹, ki zločin opiše kot negacijo obče volje, izražene v pravnem redu, povračilno kazen pa kot negacijo te negacije, s čemer je zločin izničen, pravni red pa znova vzpostavljen. Tudi on nasprotuje zamisli, da bi kazen služila kakršnemu koli drugemu namenu kot uresničevanju pravičnosti: če bi bila cilj kazni zastraševanje in poboljšanje storilca, bi to pomenilo storilca obravnavati kot psa, ki ga vzgajamo s tepežem. Storilca je, nasprotno, treba spoštovati kot

¹⁰ Vse navedbe so iz Kant, 1996, str. 104–110.

¹¹ Vse navedbe so iz Hegel, 1989, str. 173–183. Opozoriti je treba, da je Hegel svoj pogled na kaznovanje skozi življenjska obdobja spreminjal (strnjen pregled je na voljo v Primorac, 1978, str. 37–95). Tukaj predstavljen Heglov pogled na kaznovanje, ki danes velja za najbolj reprezentativnega.

razumno bitje, kazen pa šteti za njegovo pravico. Za razliko od Kanta pa Hegel ne prisega strogo na načelo taliona – to ne preseneča, saj je načelo, če bi se ga hoteli strogo držati, praktično neizvedljivo: zaporno kazen bi namreč lahko izrekli kvečjemu še za kazniva dejanja, kot sta ugrabitev in protipraven odvzem prostosti. Namesto taliona v strogem smislu se zadovolji s tem, da mora biti kazen vrednostno enakovredna zločinu.

Absolutne teorije kazni so v kazensko pravo prinesle nekatere nesporne pridobitve. V zgodovinski perspektivi je miselni preskok od nekontroliranega maščevanja k iskanju »zasluženega« povračila mogoče šteti za eno pomembnejših civilizacijskih pridobitev kazenskega prava.¹² Gledano z današnjimi očmi, pa so prepričljive plati absolutnih teorij zlasti naslednje. S tem ko kaznovanje vežejo na storilčevo krivdo, postavljajo kaznovanju mejo, s čimer onemogočajo prekomerno, eksemplarično kaznovanje (kar bi si bilo v popolnoma preventivno naravnem sistemu mogoče zamisliti). S tem ko zahtevajo sorazmernost med krivdo in kaznijo, nudijo tudi merilo za odmero kazni. To merilo je sicer razmeroma ohlapno: količine krivde ni mogoče meriti z matematično natančnostjo, zato tudi ni mogoče dati povsem natančnega odgovora, kolikšna je »zaslužena« kazen (kar pa ni specifični problem odmere kazni, temveč splošna usoda prava: veliko vrednotenja in sorazmerno malo opravljanja s trdnimi matematičnimi količinami). Vendarle pa se v tej zvezi poudarja, da krivda, četudi ni dostopna naravoslovnemu merjenju, ni zgolj »metafizična kategorija«, saj je možen racionalen diskurz o njenem obstoju in količini.¹³ Zakonske določbe o odmeri kazni tako lahko skupaj s spremljajočo teorijo in sodno prakso zagotovijo določeno stopnjo predvidljivosti glede vprašanja »zaslužene« kazni.¹⁴

Absolutne teorije kaznovanja seveda beležijo tudi številne kritike, zaradi katerih so v sodobni doktrini kazenskega prava (vsaj v svoji »čisti« obliki) praktično v celoti opuščene. Na načelni ravni jim je mogoče očitati najprej to, da niso skladne z današnjim pojmovanjem kazenskega prava kot (zadnjega) sredstva za varovanje pravnih dobrin. Odkrito se namreč odpovedujejo kakršnim koli družbeno koristnim namenom in ciljem, po drugi strani pa zahtevajo povračilo (kaznovanje) tudi v primerih, ko to za varstvo pravnih dobrin ne bi bilo potrebno. Zelo pomemben načelen ugovor proti absolutnim teorijam se nadalje nanaša na njihovo predpostavko, da je zlo (kaznivo dejanje) mogoče »izničiti« s povzročitvijo

¹² Šelih, 1992, str. 213; glej tudi Bavcon, Šelih in sodelavci, 2003, str. 76.

¹³ Trechsel, Noll, 1998, str. 22.

¹⁴ Prim. Roxin, 2006, str. 72.

dodatnega zla. Kot že zgoraj omenjeno, takšne predpostavke racionalno ni moč utemeljiti; lahko je stvar verovanja, toda tega država svojim državljanom ne sme vsiljevati.¹⁵

Proti absolutnim teorijam govorijo tudi praktični razlogi. Kazen »kot taka«, torej kazen, očiščena kakršnih koli vplivov na posameznika in skupnost, v resničnem življenju ne more obstajati.¹⁶ Kaznovanje, ki se ne zmeni za učinke, ki jih prinaša, pri čemer ga vodi edino ideja »vračanja zla«, je z vidika preprečevanja kriminalitete pogosto, če ne vselej, kontraproduktivna.¹⁷ Četudi je v optiki absolutnih teorij, ki jih učinki kaznovanja v prihodnosti načeloma ne zanimajo, ta ugotovitev nemara nebistvena, je razumna kriminalitetna politika ne more ignorirati. Prav tako je na trhljih nogah teza ene izmed različic absolutnih teorij, v skladu s katero naj bi povračilna kazen storilca pripravila k temu, da bo kaznivo dejanje mentalno predelal, se pokesal¹⁸ in si na ta način znova pridobil človeško in družbeno integriteto. S sklicevanjem na to, da bo storilec zavzel kritično stališče do svojega kaznivega dejanja in ga obžaloval (kar je sicer zaželeno), povračilne kazni ni mogoče upravičiti: gre namreč za avtonomen duševni akt, ki ga ni mogoče izsiliti,¹⁹ vzpodbuditi pa ga je lažje s socialno-psihološko pomočjo kot s hladno odmerjenim povračilom.²⁰

3 Relativni pogledi na kaznovanje

Za razliko od absolutnih teorij, ki jih učinki kaznovanja načeloma ne zanimajo, relativne teorije kazen utemeljujejo v odnosu do učinkov, ki naj jih ta doseže; bistveno bolj kot filozofske spekulacije jih zanima možnost vplivanja na ravnanje človeka v prihodnosti. Namen kazni vidijo v njenih potencialnih koristnih posledicah, tj. v preprečevanju kriminalitete, kajti »nihče razumen ne kaznuje zato, ker se je grešilo, temveč da se ne bi grešilo« (Platon) oziroma »namen kazni je lahko samo ta, da prepreči krivcu delati novo

¹⁵ Roxin, 2006, str. 73.

¹⁶ Pri nas je to z navezavo na teorijo komunikacije pokazal Petrovec, 1998, str. 131–146.

¹⁷ Prim. Roxin, 2006, str. 73.

¹⁸ Pojem kesanja je večumen, tukaj je uporabljen kot moralni in ne kot religiozni pojem. Natančnejšega izraza ne najdem; govoriti bi bilo mogoče tudi o obžalovanju, pri katerem pa gre vendarle za nekoliko ožji pojem. Prim. Novoselec, 1985, str. 255.

¹⁹ Tu si zasluži omembo znani Nietzschejev (1988, str. 267) citat – ne zato, ker bi mu pripisoval posebno empirično zaledje, temveč ker je posrečeno oblikovan: »Pristno grizenje vesti je prav med kaznjenci nekaj skrajno redkega; ječe, kaznilnice niso nedra, v katerih bi posebno rada rasla ta vrsta glodajočega črva.«

²⁰ Prim. Roxin, 2006, str. 73; v slovenski literaturi glej Petrovec, 1998: 37; avtor ponudi tudi obširnejši pregled kritik absolutnih teorij (str. 129–162).

škodo svojim sodržavljanom in da druge odvrča od podobnih dejanj« (Beccaria). Glede na način, na katerega skušajo kriminaliteto preprečevati, jih delimo na dve veliki skupini: teorije specialne preprečitve in teorije generalne preprečitve, obe skupini pa je mogoče nadalje členiti na podskupine.

3.1 Teorije specialne preprečitve

Teorije specialne preprečitve vidijo glavni namen kazni v vplivanju na storilca kaznivega dejanja, da ne bi ponavljal kaznivih dejanj. K temu cilju je mogoče po več poteh: z zastraševanjem, z onemogočanjem (inkapacitacijo) in končno, z usposobitvijo za življenje v družbi brez izvrševanja kaznivih dejanj (resocializacijo oz. reintegracijo). Zastraševanje in onemogočanje imata še vedno svoje zagovornike, zlasti v ZDA,²¹ vendar pa je danes v Evropi med specialnopreventivnimi teorijami močno v ospredju ideja resocializacije storilca kot najhumanejša izmed naštetih možnosti, zato ji bo tudi tukaj namenjene največ pozornosti (ko v nadaljevanju govorim o specialni preprečitvi, imam v mislih resocializacijo, če ne opozorim drugače).

Odlika zamisli o kazni kot sredstvu za resocializacijo storilca je glede na absolutne teorije kaznovanja predvsem v tem, da se ne ustavi pri abstraktnem, sterilnem opravičevanju kazni, temveč si kot cilj zadaja pomoč storilcu pri vključitvi v družbo, seveda če je ta ne odklanja. Zamisel o poboljšanju (danes bi temu rekli resocializacija oz. reintegracija) storilcev, ki so tega zmožni, je razdelal Franz von Listz v t. i. Marburškem programu, ponoven zalet pa je dobila po drugi svetovni vojni, zlasti pod okriljem gibanja za novo družbeno obrambo.²² Dolžnost države storilcu kaznivega dejanja nuditi pomoč pri vključevanju v družbo je ponekod pridobila ustavni rang.²³

Sedemdeseta leta minulega stoletja pa so prinesla določen zasuk: spričo ugotovitve, da tretmanski programi niso izpolnili pričakovanj (kriminološka in penološka literatura to »streznitev« običajno obravnava pod karikiranim geslom »nothing works«), so naklonjenost zopet začele pridobivati absolutne teorije kazni. Pri tem pa ne kaže spregledati, da ideja resocializacije in ideja o povračilnem kaznovanju tekmujeta pod precej neenakimi pogoji: medtem ko povračilna kazen svoj namen nosi že sama v sebi in je »uspešna« že s tem, ko je

²¹ Glej Šelih, 1992, zlasti str. 216–217.

²² Glej Bavcon, Šelih in sodelavci, 2003, str. 91–92 in 96–98.

²³ V Nemčiji jo je ustavno sodišče izpeljalo iz načela socialne države, prvič v sodbi 5. junija 1973 (t. i. Lebach-Urteil).

izvršena, mora resocializacijsko naravnana kazen svoj uspeh dokazovati z zunanjimi učinki (običajno z zmanjšanjem povratništva²⁴), zato je primerjava med »uspešnostjo« obeh pristopov precej neumestna. Izkazalo se je tudi, da je bilo – podobno kot je bil tretmanski optimizem pretiran – pretirano tudi razočaranje nad njim: »rezultati tretmanskih programov niso ustrezali (pre)velikim pričakovanjem in razočaranje, ki ga rodi takšno spoznanje, se pogosto z vso ihto sprosti v kritiki«²⁵. Tako novejša literatura govori o tem, da je »najnižja točka razočaranja« puščena zadaj in da je glede terapevtskih uspehov spet mogoče biti »previdno optimističen«.²⁶ Da tretmanski programi odpirajo možnosti za uspeh, dokazujejo tudi nekateri pretekli dosežki slovenske penologije.²⁷

Med načelnimi problemi, ki jih odpira ideja resocializacije, je treba na prvem mestu izpostaviti, da ta ne zagotavlja primerne merila kazni. Iz njene narave – vsaj načelno – izhaja, da bi morale biti kazni po trajanju nedoločene, saj ni mogoče napovedati, koliko časa bo potrebnega za storilčevo resocializacijo.²⁸ S tem je povezana tudi nevarnost izrekanja nesorazmerno dolgih kazni za bagatelne delikte v primeru, da je storilec izrazito ne socializirana osebnost. Velja seveda tudi obratno, da bi razmeroma težka kazniva dejanja lahko ostala nekaznovana, če bi se izkazalo, da je storilec (zdaj) lojalen državljan, ustrezno socializiran človek (kot šolski primer se običajno navaja nekdanje nacistične zločince, podobni problemi se odprejo pri storilcih, ki so kaznivo dejanje izvršili v konfliktni situaciji, ki se bo le stežka ponovila, pa tudi pri nekaterih storilcih kaznivih dejanj iz malomarnosti).

Nadalje resocializacija kot namen kaznovanja odpira vprašanje, od kod državi pravica vzgajati, »poboljševati« odrasle državljane. Za absolutiste ideja o tem, da bi s kaznijo nekoga »poboljšali«, nujno pripelje do kršitev človekovega dostojanstva. Temu in ostalim problemom resocializacije se bom podrobneje posvetil v nadaljevanju, že na tem mestu pa si kratko opombo zasluži argument absolutistov, da resocializacija, prav tako pa seveda vse druge utilitarne zamisli o kaznovanju, teptajo človekovo dostojanstvo. Pomislek, da utilitarne kaznovalne teorije posameznika uporabijo kot sredstvo za doseg cilja, drži. Vendar se zdi

²⁴ Ponovitev oziroma ne ponovitev kaznivega dejanja kot merilo uspešnosti resocializacije nista neproblematična. Težava je predvsem v tem, da pri raziskovanju vzročne zveze med izvršitvijo sankcije in (ne)ponovitvijo kaznivega dejanja, sankcije ni mogoče izolirati od drugih dejavnikov. Podrobneje o metodoloških problemih merjenja uspešnosti resocializacije Meier, 2005, str. 30–31.

²⁵ Šelih, 1992, str. 212.

²⁶ Glej Roxin, 2006, str. 77–78. Povsem primerljivo Meier, 2005, str. 32–33.

²⁷ Glej Petrovec, 1998, str. 208; glej tudi Vodopivec in ostali, 1974.

²⁸ Tukaj ne gre zgolj za vprašanje »dosledne izpeljave modela«: pod vplivom terapevtsko usmerjenega kazenskega prava so bile v ZDA in Skandinaviji nekje do sredine sedemdesetih let dopustne tudi kazni nedoločene trajanja.

stališče, da povračilna kazen, za razliko od utilitarne, človekovo dostojanstvo »neguje«, izrazito naivno. Da je obsojenec objekt državne prisile in s tem hočeš nočeš uporabljen kot sredstvo za doseg določenega cilja, je značilno za sleherno kaznovanje, pri tem povračilno kaznovanje ni prav nikakršna izjema. Edina razlika, kar se tega tiče, je v ciljih, ki jih zasledujejo relativne in absolutne teorije: prve stavijo na cilje družbene koristi, druge pa na cilje idealne narave (izravnava krivde s povračilom).

3.2 Teorije generalne prevencije

Druga velika skupina znotraj relativnih teorij o namenu kaznovanja so teorije generalne prevencije, ki namen kazni vidijo v vplivanju na vse ljudi (in ne zgolj na storilca, ki se ga kaznuje), da ti ne bi izvrševali kaznivih dejanj.²⁹ Zamisel je prvi obširneje teoretično obdelal nemški penalist Anselm von Feuerbach (1775–1833) skozi svojo tezo o »psihološki prisili«: spričo predstave o nevšečnostih, ki so povezane z zagroženo kaznijo, naj bi si potencialni storilci premislili in kaznivega dejanja ne bi izvršili, saj so nevšečnosti kazni večje od nezadovoljstva zaradi neizvršitve dejanja. Teza primarno gradi na zagroženih kaznih, kljub temu je Feuerbach poudarjal, da zagrožene kazni lahko učinkovito odvrtače le, če se tudi izrekajo in izvršujejo. Tako se danes delovanje generalne prevencije običajno označuje kot »trofazno«: uresničuje se skozi kazen, ki je zagrožena v zakonu, nadalje skozi izrek kazni na sodišču in v končni fazi tudi skozi njeno izvršitev.

Vse povedano danes imenujemo *negativni vidik* generalne prevencije, ki temelji v prvi vrsti na zastraševanju ljudi. Težava je v tem, da ljudje za zastraševanje nismo enako dostopni; kot kaže pravosodna stvarnost, grožnje s kaznijo nimajo moči, da bi od izvrševanja kaznivih dejanj odvrnila vse. Sicer o učinkovitosti zastraševanja vemo razmeroma malo, saj se ta izmika natančnemu merjenju. Vendarle pa se že vsaj od časa Beccarie³⁰ domneva, danes pa to potrjujejo tudi empirične raziskave, da ima bistveno večji vpliv od zagroženih kazni višina tveganja, da bo storilec prijet in obsojen. Novejša študija, ki jo je izvedel Henning Curti (1998), kaže, da višina zagrožene kazni ni povsem brez odvrtačalnega učinka, vendar pa ima

²⁹ Glede nekoliko različnega razumevanja generalne prevencije v Evropi in ZDA glej Šelih, 1992, str. 213.

³⁰ »Gotovost, četudi zmerne kazni, bo zmeraj naredila večji vtis kakor strah pred hujšo, združen z upanjem na nekaznovanost.« Beccaria, 2002, str. 96.

povišanje verjetnosti obsodbe skoraj štirikrat večji učinek kot odstotkovno enako visoko povišanje zagrožene kazni.³¹

Poleg zastraševalnega, negativnega vidika generalne prevencije se danes vse bolj poudarja njen *pozitivni vidik*. Ta se nanaša na utrjevanje pravne zavesti ljudi in njihovega zaupanja v pravni red. Natančneje gledano, naj bi pozitivni vidik generalne prevencije obsegal tri učinke, ki se med seboj prepletajo: (1.) socialnopedagoški učinek, pri katerem gre za to, da se ljudje skozi zagrožene in izrečene kazni učijo, katere temeljne družbene vrednote je treba spoštovati, (2.) učinek zaupanja, do katerega pride, ko ljudje vidijo, da pravni red deluje, da »država obvladuje kriminal« in (3.) učinek pomiritve in zadovoljitve, ki nastopi, ko ljudje vidijo, da je pravosodje rešilo konflikt in da je »pravo močnejše od neprava«.³²

Odlika generalne prevencije je v primerjavi z absolutnimi teorijami kazni v njeni naravnosti na družbeno koristne cilje (zmanjševanje kriminalitete), podobno kot pri teorijah specialne prevencije. Pred njimi ima celo določeno prednost, saj ni dovolj, da od izvršitve kaznivih dejanj odvrčamo samo tiste, ki so kazniva dejanja že izvršili (kot si za cilj zadaja specialna prevencija), zaželeno je seveda, da kaznivih dejanj ne bi izvrševali niti drugi. Nadaljnja prednost generalnopreventivnih teorij pred specialnopreventivnimi je v tem, da omogočajo utemeljiti kaznovanje storilcev, pri katerih ni posebno verjetno, da bi kazniva dejanja ponovili. Prednost generalnopreventivnih teorij pred specialnopreventivnimi je navsezadnje mogoče iskati tudi v tem, da sodnika ne silijo k pogosto nejasnim in z vidika pravne države vprašljivim napovedim o storilčevi nevarnosti in stopnji njegove »socializiranosti«³³ (je pa seveda res, da tudi ne ponudijo kakšnih drugih, ustrezno oprijemljivih meril kazni, o čemer bo govor še v nadaljevanju).

Šibke točke teorij generalne prevencije so precej podobne tistim, ki so že bile omenjene pri specialnopreventivnih teorijah. Tako tudi generalnopreventivne teorije ne morejo ponuditi natančnega merila za odmero kazni. V tej zvezi Roxin opozarja, da je (negativna) generalna prevencija ves čas izpostavljena nevarnosti, da postane ploden teren za državni teror, saj je dogma, v skladu s katero naj bi drakonske kazni preprečevale kriminaliteto, kljub svoji večkrat dokazani pomanjkljivosti, zelo trdoživa.³⁴ Prav tako je generalni prevenciji mogoče očitati, da človeka uporabi kot sredstvo za doseg cilja in s tem krši njegovo dostojanstvo. Ta

³¹ Navedba v Roxin, 2006, str. 80. Primerljivi sklepi sledijo iz pregleda empiričnih raziskav generalne prevencije, ki ga je napravil Maier, 2005, str. 27–30.

³² Roxin, 2006., str. 80–81; glej tudi Šelih, 1992, str. 208; Novoselec, 2007, str. 374.

³³ Roxin, 2006, str. 81.

³⁴ Roxin, 2006, str. 83.

očitek ima pri generalni prevenciji celo večjo težo kot pri specialni: pri resocializaciji (kot danes najaktualnejši izpeljavi specialne prevencije) je mogoče zagovarjati stališče, da naj bi bila tudi v interesu storilca, medtem ko je pri generalni prevenciji povsem jasno, da ta posameznika (obsojenca) zgolj obremenjuje in skuša na ta način služiti interesom skupnosti. V zvezi s tem je generalna prevencija izpostavljena tudi očitku praktične narave, da kaznovanje, ki se obrača zgolj na skupnost, ne pa na storilca, pri njem možnost povratka prej povečuje kot zmanjšuje.³⁵

Poleg naštetih pomislekov, ki se načeloma nanašajo na oba vidika generalne prevencije, je treba opozoriti še na specifičen očitek, ki se nanaša posebej na njen pozitivni vidik. Pozitivna generalna prevencija gradi na predpostavki, da kaznivo dejanje razburi javnost in med ljudmi vzbudi zahtevo, da je treba storilca kaznovati, zato naj bi bila naloga kazni med drugim tudi, da razburjeno javnost pomiri (zgoraj opisani »učinek pomiritve in zadovoljitve«). Na ta način se pozitivna generalna prevencija precej približa absolutnim teorijam kaznovanja, saj namen kazni razume podobno Heglovi »ponovni vzpostavitvi pravnega reda«. Edina razlika je v tem, da je pri Heglu ta cilj zastavljen na idejni ravni, medtem ko teorije pozitivne generalne prevencije izhajajo iz družbene potrebe po kaznovanju kot socialno-psihološkega dejstva.³⁶ Pri tem pa je sporno, ali je upravičeno namen kaznovanja v tako veliki meri podrežati kaznovalnim apetitom javnosti. Kot opozarja Seelmann, je kaznovanje, ki si za cilj postavlja zadovoljitev kaznovalnih potreb javnosti, izpostavljeno nevarnosti, da bo samo prispevalo h krepitvi teh potreb.³⁷

Po tako opravljenem pregledu, ki je skušal shematsko predstaviti odlike in slabosti posameznih kaznovalnih teorij, se lahko posvetim vprašanju mešanih teorij.

4 Mešane teorije

Nastanek mešanih teorij je posledica spoznanja, da nobena izmed tradicionalnih teorij o namenu kaznovanja ne more sama zase prepričljivo utemeljiti vsebine in meja kazni. Zаметki mešanih teorij segajo v začetek 20. stoletja; spočetka je v njih prevladovalo povračilo, specialna in generalna prevencija pa sta imeli le dopolnilno vlogo. Postopno so vse tri

³⁵ Prav tam.

³⁶ Novoselec, 2007, str. 375. Glej tudi Pawlik, 2007, str. 349.

³⁷ Seelmann, 2005, str. 23.

sestavine dobile načeloma enakopravno vlogo, glede na okoliščine posameznega primera³⁸ pa je še vedno v ospredje stopala zdaj ena, zdaj druga. Problem takšnega pristopa, ki namen kaznovanja opredeljuje kot »malo tega, malo onega«, je, da drugega ob drugega niza zelo različne poglede, ne da bi jih vzpostavil kakršen koli medsebojni odnos. Kako ta problem preseči oz. kakšno naj bo »pravo« razmerje znotraj mešanih teorij?

Tukaj zastopano stališče v bistvenih črtah ustreza t. i. *preventivnim mešanim teorijam*, ki se pri utemeljevanju namena kaznovanja odpovedujejo slehernemu povračilu (njihov trenutno najvidnejši predstavnik je najbrž C. Roxin³⁹). Te teorije gradijo na predpostavki, da morajo biti nameni kaznovanja usklajeni s splošnimi cilji kazenskega prava. Ker cilji kazenskega prava niso naravnani idealistično (npr. zagotovitev absolutne pravičnosti na svetu), temveč stvarno-utilitarno (varstvo pravnih dobrin), z idealističnimi (povračilnimi) teorijami ni mogoče utemeljevati namena kaznovanja – niti če bi jih želeli uporabiti zgolj kot enega izmed delčkov mozaika znotraj mešanih teorij. Bolj naravnost povedano: mešanih teorij ni mogoče prepričljivo zasnovati kot »malo povračila, malo prevencije«, saj teorije kaznovanja, če naj bodo usklajene z današnjo naravo kazenskega prava, ne morejo črpati iz metafizične zamisli o tem, da mora biti eden izmed namenov kaznovanja s povračilom »izravnati« storilčevo krivdo.

Ugotovitev, da je povračilo kot namen kaznovanja neuporabno, pa ne pomeni, da je z njim povezana zamisel o pravični oziroma »zasluženi« kazni brez vrednosti. Namen kazni je lahko le preventiven, vendar pa je treba preventivne apetite države brzdati: pri tem imajo lahko pojmi, kot sta »krivda« in »zaslužena kazen«, pomembno garantno funkcijo: kazen ne sme preseči storilčeve krivde, četudi bi bilo to v prid tretjemu, varnosti ali kakšnemu drugemu preventivnemu cilju. V nadaljevanju se podrobneje posvečam vprašanju, kako znotraj preventivnih mešanih teorij uskladiti in povezati specialno in generalno prevencijo (4.1), čemur sledi obravnava vloge krivde kot krotilca pretiranih kaznovalnih pobud, do katerih lahko pripelje popolnoma preventivno naravnano kazensko pravo (4.2).

³⁸ Ena vidnejših težav teorij o namenu kaznovanja je povezana z okoliščino, da niti dve kaznivi dejanji nista enaki, kot tudi dva storilca ne moreta biti povsem enaka. Zato si je univerzalno teorijo, ki bi enotno opredelila namen kaznovanja tako za primer povratnika, ki brez zadržkov ponavlja nasilna kazniva dejanja, kot za »naključnega« storilca prometnega delikta, le stežka zamisliti. Nekateri avtorji zato zagovarjajo različne kaznovalne teorije glede na vrsto kaznivega dejanja. Primer takšnega avtorja je Wolfgang Naucke, ki meni, da zahteva strahotnost (naklepnih) nasilnih kaznivih dejanj povračilno kazen, pri drugih kaznivih dejanjih, ki so sicer nezaželena, niso pa strahotna (npr. premoženjska kriminaliteta), pa mora biti kazen zgolj smotno sredstvo, ki naj prepreči kar največ takšnih kaznivih dejanj. Navedba v Trechsel, S., Noll, P., 1998, str. 18. V anketi, ki jo je izvedel Petrovec (1998, str. 191), je tri četrtine vprašanih penoloških delavcev menilo, da se namen zaporne kazni razlikuje glede na vrsto kaznivega dejanja.

³⁹ Strnjena predstavitev glavnih zamisli teh teorij je na voljo v Roxin, 2006, str. 85–96.

4.1 Odnos specialne in generalne preprečitve znotraj preventivnih mešanih teorij

Preventivne mešane teorije skušajo kriminaliteto preprečevati tako z vplivanjem na posameznika kot z vplivanjem na javnost, pri čemer skušajo oba pristopa povezati v kolikor toliko uravnotežen odnos. Pri tem izhajajo iz realistične ugotovitve, da je nemogoče, da bi bili specialna in generalna preprečitva enako zastopani v vseh fazah, povezanih s kaznovanjem (mišljene so naslednje faze: grožnja s kaznijo v zakonu, izrekanje kazni, izvrševanje kazni). V zakonu zagrožena kazen deluje predvsem generalnoprpreventivno, pri izrekanju kazni je treba upoštevati tako specialno kot generalno preprečitvo, pri izvrševanju kazni pa stopi povsem v ospredje specialna preprečitva (v smislu resocializacije).⁴⁰ Pri navedeni delitvi ne gre za izključnost, temveč pretežnost, tj. za opredelitev, kateri vidik preprečitve naj pridobi v posamezni fazi večjo težo.⁴¹

Opisano ravnotežje med specialno in generalno preprečitvo ne more veljati brez izjem. Če obsojenec med izvrševanjem kazni odklanja tretmaja, potem seveda ne more držati, da bo pri izvrševanju kazni v ospredju resocializacija. Takšnega obsojenca je sicer dopustno spodbujati k sodelovanju, nedopustno pa ga je k temu siliti.⁴² »Prisilna (re)socializacija« ne bi bila zgolj pravno nedopustna, temveč tudi brez možnosti za uspeh.⁴³ Jasno pa je, da se v primeru, ko obsojenca za tretmanske programe ni mogoče navdušiti, nobena država ne bo odpovedala izvršitvi kazni. V takšnem primeru pride v ospredje izvršitve kazni generalna preprečitva.

Na podoben način dobi pri izrekanju kazni generalna preprečitva prednost pred specialno preprečitvo v primeru storilcev, ki resocializacije ne potrebujejo (že omenjena skupina storilcev, pri katerih je verjetnost ponovitve kaznivega dejanja zanemarljiva). Tudi v teh primerih bo le redko kdo zagovarjal popolno odpoved kaznovanju; zagovorniki preventivnih teorij tukaj na pomoč pokličejo generalno preprečitvo: kazniva dejanja, ki ostanejo nekaznovana, lahko »spodbujajo k oponašanju«⁴⁴, zato se popolna odpoved kaznovanju ne kaže kot sprejemljiva možnost. V tej debati so imeli pomembno vlogo primeri »zgodno družbeno integriranih« nacističnih zločincev, ki so jih izsledili desetletja po vojni. Argument

⁴⁰ Roxin, 2006, str. 87–88.

⁴¹ V prid tezi, da ne more iti za izključujočo delitev, temveč bolj za selitev težišča, govori tudi stališče, ki ga razdela Petrovec (1998, str. 146–149), da gre pri izreku in izvršitvi kazni za nedeljiv sistem.

⁴² Pri tem je treba imeti pred očmi, da je meja med vzpodbudo in prisilo, še posebej v zaporskem okolju, lahko zelo krhka – glej Petrovec, 1998, str. 41, 44.

⁴³ Prim. Roxin, 2006, str. 86.

⁴⁴ Roxin, 2006, str. 81.

zagovornikov absolutnih teorij je bil, da lahko kaznovanje teh zločincev – v upravičenost katerega praktično nihče ne dvomi – upraviči le povračilo. Protiargument zagovornikov preventivnih mešanih teorij je, da kaznovanje teh zločinov upravičujejo razlogi generalne prevencije, saj bi opustitev pregona teh kaznivih dejanj »pretresla pravno zavest ljudi«: če teh umorov ne bi preganjali, bi se lahko skliceval vsak drugi storilec umora, pri katerem ni ponovitvene nevarnosti, da ga je treba obravnavati enako.⁴⁵

Poseben problem pri usklajevanju specialne in generalne prevencije so primeri, ko bi vsaka od njiju, zahtevala različno dolge kazni. Takšen konflikt specialne in generalne prevencije je mogoče ponazoriti na primeru mladega storilca razmeroma težkega kaznivega dejanja. V takšnem primeru lahko genralnpreventivni smotri terjajo sorazmerno dolgo zaporno kazen, medtem ko bi bila z vidika specialne prevencije ustrežnejša blažja kazen (dolga zaporna kazen bi ga prej desocializirala in vzpodbudila k nadaljnji kriminalni dejavnosti). V takšnem konfliktu specialne in generalne prevencije ima specialna prevencija sicer prednost (izbrati je torej treba blažjo kazen), pri čemer pa zagovorniki preventivnih mešanih teorij opozarjajo, da se generalni prevenciji v takšnem primeru vendarle ne sme povsem odpovedati: kazen ne sme biti tako nizka, da bi v očeh javnosti izpadla neresno in s tem šibila zaupanje v pravni red.⁴⁶ Pozivu, da mora kazen ostati v mejah, v katerih še deluje resno, načelno ni mogoče ugovarjati; v povezavi z njim pa se odpira določen praktični problem, saj je merilo »kazni, ki jo javnost še vzame resno«, po eni strani precej ohlapno, po drugi strani pa odpira staro skušnjava, kaznovalno politiko prilagoditi apetitom javnosti. Ta pogosto – sodeč zlasti po medijskih poročanjih⁴⁷ – izrečene kazni šteje »za smešno nizke«, četudi so izrečene znotraj zakonsko predpisanih meja, brez posebne omilitve.

Odnos specialne in generalne prevencije znotraj preventivnih mešanih teorij je z enim stavkom mogoče povzeti takole: kadar sta pri izrekanju kazni v konfliktu, si prednost zasluži (resocializacijsko naravnana) specialna prevencija; nasprotno pa v fazi, ko zakon grozi s kaznijo, po naravi stvari prevladuje generalna prevencija; ta je prav tako odločilna v tistih primerih izvrševanja kazni, ko resocializacija ni potrebna ali pa jo obsojenec zavrača, sicer je »dominus« faze izvršitve specialna prevencija, usmerjana v resocializacijo storilca. Tako

⁴⁵ Roxin, 2006, str. 88. Kot že omenjeno zgoraj, se tukaj zagovorniki (pozitivne) generalne prevencije, s tem, ko kaznovanje opravičujejo s pomiritvijo »pravne zavesti ljudi«, v določeni meri približajo absolutnemu pogledu na kaznovanje.

⁴⁶ Roxin, 2006, str. 87.

⁴⁷ Medijsko poročanje kot odraz javnega mnenja je treba seveda jemati z določenim zadržkom; v njem se prepletata vlogi indikatorja in generatorja javnega mnenja. Podrobneje o naravi medijskega poročanja o kaznivih dejanjih Petrovec, 2003.

specialna kot generalna prevencija pa sta omejeni s storilčevo krivdo, o čemer bo govor v naslednjem razdelku.

4.2 Vloga krivde v preventivnih mešanih teorijah

Pri razpravljanju o »krivdi kot merilu kazni« si najprej zasluži kratko pojasnilo, kaj je sploh mišljeno z izrazom »krivda« v navedeni frazi. Tukaj ne gre le za krivdo kot element kaznivega dejanja, temveč za bistveno širši pojem. Kadar govorimo o krivdi v kontekstu merila kazni (nem. *Strafzumessungsschuld*), imamo pred očmi vse *okoliščine dejanja in storilca, ki so pomembne za odmero kazni*.⁴⁸ V tem kontekstu pojem torej obsega tudi tisto, čemur pravimo »teža dejanja« (na to posebej opozarjam, ker bi utegnilo biti sporno glede na zakonsko dikcijo, da sodišče odmeri kazen »glede na težo storjenega dejanja in storilčevo krivdo« (41. člen KZ, 49. člen KZ-1)).

Ker preventivne teorije o namenu kaznovanja same v sebi nimajo omejitev kaznovanja, ki jih zahteva ustavno načelo pravne države (kazen bi bilo glede na potrebo po prevenciji teoretično mogoče stopnjevati v nedogled), potrebujejo omejitev od zunaj. To nalogo v današnjem kazenskem pravu opravlja pravna figura krivde (v prej opisanem širšem smislu), ki sodišču nalaga, da se mora pri odmeri kazni ne glede na interese tretnjaja, varnosti, zastraševanja, ali kakršne koli druge utilitarne cilje, na določeni točki ustaviti.⁴⁹

Krivde kot pripomočka v navedenem smislu ne kaže idealizirati: ker se izmika natančni kvantifikaciji, se zdijo pričakovanja, da bo z urarsko natančnostjo zarisala zgornjo mejo kazni, pretirana. Vendar pa ima – z ozirom na alternative – upravičeno status »najbolj liberalnega in socialnopsihološko najsprejemljivejšega sredstva za omejevanje kaznovanja«⁵⁰, kar si jih je kazensko pravo doslej izmislilo. Njena posebna odlika je v tem, da je opredeljena skupaj s storilčevimi notranjimi dejavniki in osebnimi zmožnostmi, s čimer lahko zajezi pretirano kaznovalno naravnost, ki bi jo sodišče utegnilo imeti zaradi teže posledice, ki je s kaznivim dajanjem nastala.

Omejevanje kaznovanja z načelom krivde si preventivne mešane teorije »izposojajo« pri absolutnih teorijah o namenu kaznovanja. To, da si izposojajo pripomoček za omejevanje

⁴⁸ Prim. Novoselec, 1985, str. 252, 259.

⁴⁹ Prim. Šelih, 1994, str. 538–539, 541, glej tudi Šelih, 1992, str. 208.

⁵⁰ Roxin, 2006, str. 92–93.

kaznovanja, pa ne pomeni, da hkrati prevzemajo tudi zamisel o kazni kot povračilu, kajti krivdno načelo lahko obstaja neodvisno od povračilne ideologije, zgolj v svoji omejevalni funkciji.⁵¹ Preventivne mešane teorije tudi načeloma ne zavračajo zamisli absolutistov o pravični oziroma »zasluženi« kazni, temveč jo do neke mere štejejo celo kot pogoj za uspešnost prevencije: če bi kazen presegala krivdo, bi jo obsojenec le stežka sprejel kot pravično, kar bi bila slaba vzpodbuda za njegovo reintegracijo v družbo; prav tako pravično kazen vidijo kot pogoj za (pozitivno) generalno prevencijo, saj nepravične kazni ne morejo utrjevati pravne zavesti ljudi in zaupanja v pravo, temveč lahko naletijo kvečjemu na odpor.⁵²

Določene pomembne razlike glede vloge »zaslužene« kazni v absolutnih in preventivnih mešanih teorijah kaznovanja vendarle obstajajo. Medtem ko absolutne teorije takšno »zaslužno« kazen štejejo kot samo sebi namen, je ta znotraj preventivnih mešanih teorij zgolj sredstvo za uresničevanje in omejevanje specialne in generalne prevencije. In kar je praktično še bolj pomembno, medtem ko absolutisti vselej zahtevajo sorazmerje med krivdo in kaznijo in ne dopuščajo nobenih odstopanj ne navzgor ne navzdol, v skladu s preventivnimi mešanimi teorijami ni nobene ovire, da bi bila kazen nižja od krivde, če to dopuščajo interesi prevencije (krivda kot zgornja, ne pa hkrati tudi spodnja meja kazni).

5 Sklep

O vprašanju namena kaznovanja se v filozofiji obširno razpravlja vsaj od antike dalje: doslej brez splošnega konsenza in tudi brez oprijemljivega upanja, da bi bil ta dosežen v bližnji prihodnosti. Gre za enega tistih filozofskih problemov, pri katerih se od avtorja, ki se ga loti, niti ne pričakuje, da ga bo »razrešil« – takšne ambicije seveda nima niti pričujoči prispevek. V njem so filozofske kontroverze namena kaznovanja predstavljene zgolj shematsko, kolikor je nujno potrebno, da je o namenu kaznovanja mogoče razpravljati kot o pravnem problemu in problemu kriminalitetne politike.

Ko obravnavam teorije o namenu kaznovanja kot pravni problem, izhajam iz stališča, da mora biti pravna utemeljitev kazni usklajena z ustavnimi okviri in družbeno vlogo današnjega kazenskega prava. Kazen svoje utemeljitve, kot že rečeno, ne more črpati iz metafizične ideje o povračilni izravnavi krivde, temveč iz primernosti in potrebnosti za varovanje pravnih dobrin (izključno preventivni namen kazni). Da pa ne bi postala zgolj preventivni ukrep, ki bi

⁵¹ Roxin, 2006, str. 92. To stališče ni enotno sprejeto; nekateri avtorji v krivdi in povračilu vidijo organsko zračenost in menijo, da cepljenje povračila in krivde slednjo vsebinsko votli. Za kritični pogled na pojmovanje krivde kot zgolj zgornje meje kazni glej Jescheck, H.-H., Weigend, T., 1996, str. 215.

⁵² Novoselec, 2007, str. 375.

ga sodišče izrekalo brez slehernih omejitev, mora biti vezana na krivdo storilca in omejena z njeno višino. To izpeljavo, znano pod imenom preventivne mešane teorije, v prispevku zagovarjam kot zaenkrat najsprejemljivejšo izmed možnosti.

Vendarle pa ni mogoče mimo nekaterih potencialnih pomanjkljivosti preventivnih mešanih teorij. Sicer prepričljiva ideja, da je krivda zgornja meja, pod katero se odpira manevrski prostor za odmero kazni na podlagi preventivnih smotrov, odpira vprašanje, ali je sploh mogoče racionalno ugotoviti, kateri je v posameznem primeru tisti obseg kazni, ki ga zahteva generalna prevencija.⁵³ Z drugimi besedami: mar ni glede na to, kako malo vemo o delovanju generalne prevencije, pretirano optimistično računati na to, da bomo v skladu s »potrebo po njej« zaporno kazen odmerili na mesec ali teden natančno?

Poleg tega generalna prevencija budi še nekatere druge pomisleke. Kot omenjeno že zgoraj, ta v preventivnih mešanih teorijah stopi v ospredje, kadar je treba korigirati kazen, ki bi bila, upoštevajoč zgolj potrebe specialne prevencije, prenizka, da bi jo javnost vzela resno. Čeprav gre tu za korekcijo, ki ostaja v manevrskem prostoru, omejenem s krivdo, se zdi vprašljivo, do katere mere naj sodna odmera kazni sledi mnenju javnosti o primerni kazni. Znano je, da javno mnenje do storilcev nekaterih kaznivih dejanj goji prav posebno averzijo – mora sodišče to upoštevati in izreči najvišjo kazen, ki jo še dopušča storilčeva krivda, pri drugih pa je lahko popustljivejše?

Navedeni pomisleki me ne omajajo v prepričanju, da so preventivne mešane teorije glede na alternative, ki so na voljo, najboljša možnost (oziroma najmanjše zlo). So pa ti pomisleki indic, da bo področje najbrž še dolgo ostalo nemirno. To je brez pridržka lahko koristno, če se bodo učinki polemik vsaj delno prenašali tudi v utrjevanje garantne funkcije kazenskega prava, humanizacijo izvrševanja kazenskih sankcij in racionalnejšo kriminalitetno politiko. Zlasti kar se slednje tiče, pa je mogoče biti le »zadržano« optimističen, če imamo, denimo pred očmi, da razprave o kaznovanju že stoletja kot enega izmed ključev do uspešnejše kriminalitetne politike poudarjajo večjo raziskanost kaznivih dejanj (in ne strožjega kaznovanja), kljub temu pa prenosi iz državnega zbora vedno znova prinašajo prizore odločnih in mestoma patetičnih pozivov k strožjemu kaznovanju (zdaj teh, zdaj onih) storilcev kaznivih dejanj.

Literatura:

⁵³ Jescheck, H.-H., Weigend, T., 1996, str. 215.

- Bavcon, L. (1965). Neki teoretski problemi krivične odgovornosti. **Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo** 1965 (3), str. 305–330.
- Bavcon, L., Šelih, A. in sodelavci (2003). **Kazensko pravo – splošni del**. Ljubljana, Uradni list.
- Beccaria, C. (2002). **O zločinih in kaznih**. Ljubljana, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
- Bojanić, I., Mrčela, M. (2006). Svrha kažnjavanja u koontekstu šeste novele Kaznenog zakona. V: **Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu** 2006/2, str. 431–449.
- Hegel, G.W.F. (1989). **Osnovne crte filozofije prava**. Sarajevo, Veselin Masleša – Svijetlost.
- Hegel, G.W.F. (1997). **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Berlin, Akademie Verlag.
- Jescheck, H.-H., Weigend, T. (1996). **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**. Berlin, Duncker & Humblot.
- Kanduč, Z. (1993). Nekateri vidiki krize kaznovalnega sistema. **Revija za kriminalistiko in kriminologijo** 1993 (4), str. 338–353.
- Kant, I. (1993). **Metafizika morala**. Sremski karlovci, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića.
- Kant, I. (1996). **The Metaphysics of Morals**. Cambridge, Cambridge University Press.
- Kant, I. (2007). **The Moral Law**. London, Routledge.
- Kant, I. (2003). **Kritika praktičnega uma**. Ljubljana, Analecta.
- Laubenthal, K. (2007). **Strafvollzug**. Berlin, Springer.
- Meier, B.-D. (2006). **Strafrechtliche Sanktionen**. Berlin, Springer.
- Merle, J.-C. (2007). **Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde**. Berlin, De Gruyter.
- Nietzsche, F. (1988). **H genealogiji morale**. Ljubljana, Slovenska matica.
- Novoselec, P. (1985). **Temeljni aktualni problemi krivnje u krivičnom pravu**. Zagreb, doktorska disertacija.
- Novoselec, P. (2007). **Opći dio kaznenog prava**. Zagreb, Sveučilište u Zagrebu.
- Pawlik, M. (2006). »Der Täter ist um der Gemeinschaft willen verpflichtet, die Strafe auf sich zu nehmen.« V: **Goldammer's Archiv für Strafrecht** 2006/5, str. 345–349.
- Petrovec, D. (1998). **Kazen brez zločina**. Ljubljana, Studia humanitatis.
- Petrovec, D. (2003). **Mediji in nasilje**. Ljubljana, Mirovni inštitut.
- Primorac, I. (1989). **Justifying Legal Punishment**. New Jersey, Humanities Press International.
- Roxin, C. (2006). **Strafrecht – Allgemeiner Teil I (Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre)**. München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Šelih, A. (1992). Možnosti in meje racionalne sodne odmere kazni – Ameriška izkušnja. **Zbornik znanstvenih razprav** 1992, str. 207–226.
- Šelih, A. (1994). Kaznene sankcije u radnom nacrtu Kaznenog zakonika Republike Slovenije. **Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu** 1994/5–6, str. 537–546.
- Šeparovič, Z. (2003). **Kazneno izvršno pravo i uvodu u penologiju**. Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu.

Trechsel, S., Noll, P. (1998). **Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I.** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag.

Vodopivec, K. (1990). Nekateri pasti sodobne kriminologije. **Zbornik znanstvenih razprav** 1990, str. 341–356.

Vodopivec, K. in sodelavci (1974). **Eksperiment u Logatcu : pokušaj uvođenja novih koncepcija u vaspitni zavod.** Beograd, Savez društava defektologa Jugoslavije.

Mixed crime prevention theories on the aim of punishment

Matjaž Ambrož, LL.D. Assistant Professor, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia

The author deals with theories of the aim of punishment, starting from the currently accepted presumption that any of the traditional theories cannot alone convincingly justify the content and limits of punishment. »Mixed theories« are therefore unavoidable, although the question of the proportions of different aims of punishment within these theories remains controversial. The author advocates so-called mixed crime prevention theories, which attempt to connect different aspects of special prevention (oriented to rehabilitation) and general prevention, but reject any form of retribution as a goal of punishment. Rejection of retribution as the aim of punishment does not mean rejection of the principle of guilt – because this has the role of foundation and the upper limit of punishment within mixed crime prevention theories. The author also draws attention to some dark sides of these theories, but concludes that they are for the time being the best possibility with regard to the available alternatives.

Key words: criminal law, aims of punishment, theories, mixed crime prevention theories

UDC: 006.01: 344.14 + 343.8