

*Др Марко Трајковић,
Асистент на Правном факултету у Нишу*

UDK: 343.24:17

ТЕОРИЈСКОПРАВНИ И ЕТИЧКИ ПРИСТУП КАЗНИ

***Апстракт:** Теоријскоправни и етички приступ казни јавља се као неопходност заштите људског достојанства на свим нивоима друштвеног и државног делања. Теоријскоправно и етичко промишљење казне од Канта, Хегела па све до Херберта Харта, показује жељу да се човек не схвати као средство, већ као сврха. На тај начин се остварује „царство сврхе“ и постиже јединство вредности.*

***Кључне речи:** казна, морал, вредност, правда.*

УВОД

Већ неколико деценија проблем казне је несумљиво један од оних који се налазе у средишту пажње правника и етичара.¹ То није случајно: за овакво интересовање за проблем казне постоје два добра разлога. Најпре, реч је о једном од оних правних и етичких проблема чији се непосредни и велики практичан значај уопште не мора посебно истицати.² Теоријскоправно разматрати проблем казне заправо значи настојати да се искаже и можда разреши дилема са којом се безбројне судије, поротници, осуђеници и жртве њихових преступа свакодневно на веома озбиљан начин суочавају.³ Други разлог је теоријски: проблем казне је изузетно погодан за суочавање и критичко испитивање два основна етичка становишта чија је супротност битно обележје целокупне модерне филозофије морала: деонтолошке етике и утилитаризма.⁴

Шта је казна и на који начин она представља етички проблем? У систематској и исцрпној анализи било би разуме се неопходно почети од питања да ли уопште имамо право да говоримо о казни, односно да ли уопште у свим контекстима у којима говоримо о казни – теолошком, моралном, правном, педагошком – постоји неко заједничко језгро, неки скуп одредаба који представља нужан и довољан разлог за примену те речи или можда божју казну, моралну осуду, казну у правном смислу, казну као васпитно средство повезује само оно што Витгенштајн назива „породичним склоностима“?⁵ Потребно је нагласити да су се у етици контроверзе готово искључиво водиле и још увек се воде око казне у правном смислу речи.⁶ У том смислу казна се може дефинисати као: поступак којим се намерно

¹ Детаљније о томе видети у: А. R. Duff, *Trails and Punishments*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986 и W. Moberly, *The Ethics of Punishment*, Faber and Faber, London, 1968.

² J. Hampton, *The Moral Education theory of Punishment*, Philosophy & Public Affairs, Princeton University Press, 1984, p. 208.

³ Детаљније о теоријском приступу кажњавању видети у: Др Слободанка Константиновић Вилић Др Миомира Костић, *Пенологија*, СВЕН, Ниш, 2006, стр. 51-68.

⁴ J. Hampton, *The Moral Education theory of Punishment*, p. 209.

⁵ Н. J. McCloskey, *The Complexity of the Concepts of Punishment*, *Philosophy* vol. XXXVII, 1962, p. 34.

⁶ T. Honderich, *Punishment; The Supposed Justification*, Penguin Books, 1976, p. 38.

наноси неко зло некоме ко је починио преступ, због тога што је починио преступ, при чему је, онај ко то зло наноси неки човек или група људи који су овлашћени да то чине.⁷

У чему се састоји етички проблем казне – за разлику од оних проблема везаних за казну којим се баве социологија, правне науке – лако је видети већ из ове дефиниције. Прва је одредба казне да је то наношење неког зла.⁸ Нанети некоме какво зло може да буде морално допуштено само уколико за то постоје одговарајући морални разлози. Нанети некоме зло без таквих разлога несумњиво је нешто морално недопустиво. Етички проблем је у следећем: могу ли се навести такви разлози који ће моћи да морално оправдају наношење зла кажњавањем – разлози због којих судија, кад наноси зло досуђујући казну, поступа морално исправно за разлику од оног ко наноси зло из користољубља или обести? И ако је могуће који су то разлози? Покушаји да се на ово питање одговори су многобројни и међусобно мање или више различити: али сви се могу сврстати у две групе. У првој групи су утилитаристичке теорије које оправдање казне виде у њеним добрим последицама – у томе што казна онемогућава преступника да свој преступ понови или доприноси томе да он више то не чини, било застрашивањем или преваспитавањем, као и у томе што она застрашујуће или васпитно утиче на друге, потенцијалне преступнике, отклањајући или бар смањујући њихову склоност да крше закон. Све ове теорије о оправдању казне окренуте су ка будућности.⁹ У другој групи су ретрибутивне теорије: насупротив утилитаристичким, оне су окренуте прошлости. Њихов основни принцип је да морално право кажњавања проистиче једино из самог прекршаја.¹⁰ Најпознатији и најутицајнији међу класичним представницима ретрибутивне теорије су Имануел Кант и Хегел, као и Херберт Харт који својом теоријом наткриљује јаз између различитих теорија.

⁷ T. S. Champlin, *Punishment without Offence*, American Philosophical Quarterly, vol. XIII, 1976, p. 78.

⁸ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 210.

⁹ Детаљније видети у: J. Bentham, *Principles of Moral and Legislation*, C. Johnson, *Philosophy of Law*, p. 554-563, J. S. Mill, *Speech Before the House of Commons*, Hansard Parliamentary Debates, Cornelius Buck, 1868, London, C. Johnson, *Philosophy of Law*, p. 564-569 i T. Hoobbes, *Leviathan*, Clarendon Press, London, p. 158-169.

¹⁰ Детаљније видети у: I. Kant, *Metaphysik der Sitten*.

1. Кантова теорија казне

У свом најпотпунијем облику ретрибутивна теорија казне садржи следећих пет основних теза: морално право да неког казнимо проистиче једино из тога што је он починио преступ; из преступа проистиче не само право да преступника казнимо већ и морална дужност да то учинимо; казна треба да буде по тежини сразмерна преступу (*lex talionis*); казна утемељена и одмерена према предходно наведеним принципима представља нешто на шта преступник има морално право; казна је негација, укидање преступа.¹¹

Кант је своју теорију казне најисцрпније и најсистематичније изложио у „Метафизици морала“. Поред тога, разматрања о проблему казне могу се наћи у белешкама и предавањима из преткритичког периода, посебно у предавањима из етике која је држао у периоду између 1775. и 1781. године.¹² У „Метафизици морала“ изложио је основе свог система практичне (тачније морално-практичне) филозофије, односно дао утемељење и систем умних, априорних начела етике и филозофије права. Како су за њега етика и филозофија права нормативне дисциплине ова начела могу бити само нормативна, односни закони.¹³ Метафизика морала, према томе, представља систем умних, априорно важећих моралних и правних закона.

За свако законодавство, било да оно прописује само одређени начин поступања или одређени начин поступања из одређених мотива, било да проистиче из самог ума, или је израз нечије воље, потребно је двоје: прво, сам закон који каже да на одређени начин треба поступати или – Кантовом терминологијом – „који радњу која треба да се догоди представља објективно као нужну“; друго, неки мотив да се на неки начин који закон налаже заиста и поступи – „покретач који одредбени разлог хтења да се то учини субјективно повезује са представом закона“.¹⁴ Морални и правни закон не разликују се по

¹¹ J. D. Mabbott, *Punishment*, у: Н. В. Acton, *The Philosophy of Punishment*, Macmillan, London, 1969, p. 30.

¹² Белешке и предавања из преткритичког периода и предавања из етике која је Кант држао у периоду између 1775. и 1781. године објављена су тек 1924. године.

¹³ Н. Ј. Paton, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1971, p. 59.

¹⁴ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 44.

садржају – и морал и право, на пример, захтевају да не убијамо, не крадемо – већ по томе на какве се мотиве њихово извршавање ослања. Морал захтева не само да поступамо на одређени начин већ и да на тај начин поступамо баш зато што нам сам морални закон то прописује из поштовања према њему, а не из ма ког другог мотива.¹⁵ Они наши поступци који су у складу са оним што морални закон налаже али нису мотивисани њиме, него – рецимо – симпатијом или алтруизмом, односно „патолошки“, немају моралне вредности, нису морални већ само легални. Насупрот томе, закони у правном смислу захтевају да поступамо на одређени начин и ништа више; право је задовољено ако извршимо свој део уговора и не улази у то да ли нас покреће увиђање да нам је дужност да тако поступимо или страх да не изгубимо поверење које уживамо ако то не учинимо. Кад се морал и право не би на овај начин разликовали онда би, на пример, извршење онога на шта смо се обавезали каквим уговором имало исти вредносни и морални статус као и акт милосрђа; а то је, мисли Кант, апсолутно неприхватљива последица.¹⁶

Наравно, свако законодавство нам налаже да поступамо на начин на који по правилу или бар веома често нисмо непосредно склони да поступамо. Морално законодавство нашим непосредним склоностима супротставља увиђање обавезности онога што од нас захтева.¹⁷ Право нема ту могућност; према томе, оно се мора ослањати на спољашњи утицај на наше склоности. Какав утицај? „Лако је увидети“ каже Кант „да се овај од идеје дужности различити мотив мора узети из патолошких одредбених разлога хтења, из склоности и аверзије, и то из овог другог, јер то треба да буде законодавство које принуђује, а не нешто примамљиво и привлачно“. Правно законодавство се ослања на спољашњу принуду. Нема сумње да се право темељи на принуди; али да ли је правна принуда легитимна? Према чувеној Кантовој дефиницији право је „целокупност услова под којим се хтење једног може ускладити са хтењем другог према неком универзалном закону слободе“.¹⁸ По овој дефиницији сагласан с

¹⁵ H. J. Paton, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, p. 61.

¹⁶ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice, The Metaphysical Elements of Justice*, Macmillan Publishing Company, 1985, p. 544.

¹⁷ T. Honderich, *Punishment; The Supposed Justification*, p. 41.

¹⁸ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 68.

правом биће сваки поступак који је у складу са слободом свих према неком универзалном закону. Зато универзални закон права – који он сматра постулатом практичног ума – гласи: поступај (у смислу спољашњег поступања, дакле апстрахујући мотиве) тако да твоје слободно хтење може да постоји са слободом сваког другог према неком универзалном закону. Казна је један облик правне принуде зато се ова аргументација односи и на њу. Домет те аргументације је, очигледно, ограничен: она пружа само оправдање казне у оквиру правног система, дакле правно, а не етичко оправдање. Ипак она је и етички релевантна: она показује да уколико већ имамо неко етичко оправдање правног система онда то оправдање важи и за правну принуду па и за казну као један од њених облика.¹⁹ У контексту филозофије права каква је Кантова за коју законске обавезе поред правне имају и моралну санкцију етичка релеванција овог аргумента је осигурана.

Кант кривично право дефинише као право владара у односу на поданика да га због тога што је починио злочин казни наношењем неког бола. Наравно, ту није реч о природној казни (*poena naturalis*), „којом порок сам себе кажњава и коју законодавац уопште не узима у обзир“ већ о казни у правном смислу о судској казни (*poena forensis*).²⁰ Таква казна никада се не може изрећи само као средство да се унапреди неко друго добро било за самог злочинца или за грађанско друштво, већ се увек мора изрећи само зато што је он починио злочин.²¹ Јер са човеком се никад не може поступати као са пуким средством за постизање циљева неког другог и он се не може мешати са предметима стварног права; од тога га штити његов урођени персоналитет, иако, наравно, он може да буде осуђен да изгуби свој грађански персоналитет.²² Пре него што се уопште може помишљати на то да се из његове казне извуче било каква корист за њега самог или за његове суграђане мора се утврдити да је он кажњив. Кривични закон је категорички императив и „тешко ономе ко се провлачи стазама еудомонизма“ да би пронашао нешто што ће предношћу коју обећава разрешити злочинца казне или бар једног њеног дела пре-

¹⁹ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 545.

²⁰ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 84.

²¹ H. J. Paton, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, p. 65.

²² I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 549.

ма фарисејском геслу: „Боље да један човек умре за народ, него ли да народ сав пропадне“.²³ Јер ако нестане правде више не вреди да „људи живе на земљи“.²⁴ Шта дакле да се мисли о предлогу да се једном на смрт осуђеном злочинцу ако се он сложио да се подвргне опасним експериментима помоћу којих би лекари дошли до неког новог, за заједницу корисног сазнања и ако би имао среће да добро прође поштеди живот? Суд би медицински колегијум који би то предложио са презрењем одбио јер правда није више правда ако се продаје без обзира каква је цена.²⁵ Из чињенице што је неко починио преступ, по Кантовом мишљењу, непосредно проистиче морално право да га казне; зло које је у казни садржано нема никакве потребе даље оправдати позивањем на разне добре последице које ће казна имати.²⁶ Починени преступ је сасвим довољно оправдање. Ако је преступ учињен праведно је да онај ко га је починио буде кажњен. И не само то: из починеног престапа проистиче и морална дужност да се преступник казни. Не само да нам правда допушта да преступника казимо – она од нас такође захтева да то учинимо. При том из урођеног персоналитета сваког човека проистиче његово право да буде кажњен само уколико је починио преступ и само зато што га је починио – дакле, да никада не буде кажњен зато што би се његовим кажњавањем постигли извесни циљеви и тако буде сведен на пуко средство, на ствар.²⁷

У прилог тврдњи да је ретрибутивна казна морално оправдана код њега, поред аргументације коју смо већ изнели и која је само индиректно етичка, налазимо још два аргумента – један у „Метафизици морала“ други у „Предавањима из етике“. Казнити неког зато да би се постигле неке добре последице и по мери ових последица, значи казнити га произвољно што је директно супротно ономе што у кажњавању захтева правда. „Злочинац се не може жалити да му се чини неправда само онда кад сам учини да се његово злодело врати на његову главу и кад му се, премда не дословно, али ипак у складу

²³ *Нови завјет и псалми, Јеванђеље по Јовану*, превео Вук Стефановић Караџић, Београд, 1974, стр. XI 50.

²⁴ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 550.

²⁵ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 158-159.

²⁶ H. J. Paton, *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*, p. 69.

²⁷ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 551.

са духом кривичног закона догоди оно што је он скривио другима“.²⁸ То није пука филозофска тврдња већ дубоко и чврсто уверење такозване обичне, нефилозофске моралне свести, уверење које битно карактерише начин на који ова свест доживљава и оцењује казну кад је она ретрибутивна. Никад се није чуло, сматра Кант, да би се неко ко је због убиства осуђен на смрт жалио да му се тиме дешава превише и према томе наноси неправда; свако би му се у лице насмејао кад би то изјавио.²⁹ Овде се, додуше, говори само о смртној казни али се аргумент може проширити на казну уопште: „обична“ морална свест на казну гледа баш онако како је она схваћена и образложена у ретрибутивној теорији. Ово ретрибутивно поимање казне је у „обичној“ моралној свести тако дубоко и чврсто укореењено, истиче Кант у једном другом контексту, да је њиме прожето и уверење „обичног“ човека о вечној, божанској правди, и на њему је заснована идеја загробног живота у којем ће се ова правда извршити ако до тога није дошло у овоземаљском животу. Ако нам се ретрибутивно схватање не чини убедљивим треба да узмемо у обзир да је казна само једна страна оног истог односа чија је друга страна награда – да је казна тако рећи наличје награде, њен негативни корелат.³⁰ А за награду ваљда нема сумње да је не добијамо зато да бисмо убудуће поступали на пожељан начин већ на основу тога што смо тако већ поступили. Наравно, у награђивању је често присутна и намера да се онај кога награђујемо подстакне да се на одређени начин понаша и убудуће или да се други подстакну да се тако понашају; али овај момент је од другостепеног значаја јер се ту претпоставља да је већ учињено нешто што завређује да се награди. Кад не би било тако људи би били награђивани и кад нису учинили апсолутно ништа што би се могло навести као заслуга за то да буду награђени, зато да би се подстакли да после тога нешто учине. Да се то никад не дешава, види се из тога што би било бесмислено некоме рећи: „Награђујем те иако знам да ниси учинио ништа за шта би те могао наградити“.³¹

²⁸ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 196.

²⁹ I. Kant, *Penal Law and the Universal Principle of Justice*, p. 553.

³⁰ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 215.

³¹ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 162.

2. Хегелова теорија казне

Најраније Хегелове рефлексije о казни налазимо у тексту који је Херман Нохл, први издавач његових раних теолошких списа, насловио „Дух хришћанства и његова судбина“. Одмах на почетку својих разматрања о казни – разматрања која су већ у томе спису прилично подробна – Хегел као основно начело сваког промишљања казне поставља начело одмазде. За њега је одмазда свети принцип сваке праведности, на којем мора почивати сваки државни поредак.³² У контексту оваквог приступа проблему моралне основе казне кључни појам ће бити појам заслуге.³³ Самим тим што је починио преступ преступник је заслужио да буде кажњен, ова је заслуга већ садржана у акту преступа, и то не на основу неког накнадног, спољашњег, можда чак арбитрерног повезивања, већ нужним начином. Према томе кад је почињен преступ нема никакве потребе трагати за овим или оним добрим последицама које би кажњавање тог преступа могло имати да би се позивањем на те последице казни прибавило морално посвећење. Сам чин преступа је нужан и довољан морални основ казне: она је заслужена зато праведна и морално оправдана. То је смисао његових речи да се казна налази непосредно у прекршеном закону.³⁴ Али каква је заправо природа те нужне везе? Одговор на ово питање налази у схватању преступничковог чина као нечег општег. Преступничков чин поприма карактер нечег општег тиме што је закон који је тим чином прекршен и на основу којег се тај чин идентификује као преступ нешто опште.³⁵ Не само што је преступник „проиграо“ право које је својим преступом погазио код другог већ је његов чин противречан закону који је прекршио и тај се закон може одржати само ако се ова противречност укине, ако се изузетак од закона који је преступник хтео да чини за себе поништи и поново успостави општост закона. Зато је почињени преступ не само извор мо-

³² G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, *Hegels theologische Jugendschriften*, hrsg. V. H. Nohl, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1907, S. 271.

³³ I. Benn, *An Approach to the Problems of Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 1958, p. 145.

³⁴ G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 278.

³⁵ J. E. McTaggart, *Hegel's Theory of Punishment*, University of New York Press, New York, 1972, p. 482-499.

ралног права да се изрекне и изврши казна већ такође намеће дужност да се то учини.³⁶ Овде се мора нагласити да ово схватање казне није позитивна теорија којом филозоф жели да одговори на питање о моралној основи казне већ има другачији смисао. У „Духу хришћанства“ Хегелу је циљ да изгради властите филозофско, етичко и религиозно становиште чије је основно обележје радикални антиномијанизам; зато он свој подухват започиње критиком и одбацивањем целе једне традиције укорењене у библијском поимању правде и закона.³⁷ Ова критика која се унеколико наставља на критику оног позитивног у религијском, извршену у претходним теолошким списима, иде у неколико праваца: њен је предмет, на религијско-теолошкој страни, старозаветно схватање закона и све што је на том схватању утемељено и њиме прожето – јеврејство као религија и култура, Павлово учење о искупљењу, легализам лутеранске догматике.³⁸ На филозофској пак страни видимо дуализам између моралног закона и човекових склоности, хтења који чини основну претпоставку Кантове етике. Кључни појмови Хегеловог становишта формулисаног у овој конфронтацији јесу појмови „живота“, „љубави“ и „измирења“ а основна теза – превазилажење супротности између склоности и закона, онога што јесте и онога што треба да буде, ирационалног и рационалног, субјективног и објективног, индивидуалног и универзалног, кад је реч о човеку, односно супротности трансценденције и иманенције, кад је реч о односу Бога и човека, измирењем ових супротности унутар готово пантеистички схваћеног живота путем љубави.³⁹ У таквом контексту казна – интерпретирана као ретрибуција – приказана је као један од основних елемената легалистичког поимање религије, човековог односа према Богу, моралности, права, човековог односа према другом човеку и према самом себи; њена природа открива природу тог легализма, њена ограничења сведоче о битним ограничењима легалистичког становишта.

³⁶ W. B. Wines, *On Hegel's Idea of the Nature and Sanction of Law*, Clarendon Press, London, 1984.

³⁷ G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 277, 280-281, 288.

³⁸ Детаљније о томе видети у: B. Blanshard, *Retribution Revisited*, Oxford University Press, Oxford, 1968, p. 112.

³⁹ D. E. Cooper, *Hegel's Theory of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1971, p. 18.

А њено најзначајније ограничење је то што не омогућава измирење поменутих супротности, што преступника не може да поправи; напротив и казна и правда коју она извршава, закон који се њоме поново успоставља за преступника остају нешто спољашње, страно, непријатељско.⁴⁰ Мотив „измирења“ остаће трајно присутан у Хегеловом филозофирању све до коначног уобличења његовог система; али током даљег филозофског развитка он ће путеве измирења видети на сасвим другачији начин него и у „Духу хришћанства“.⁴¹ Концепција казне која се овде јавља као нешто што произлази из туђег становишта и сведочи о неопходности превазилажења тог становишта о немогућности измирења унутар тог становишта. Касније ће – у допуњеном и развијеном виду али без битних измена у ономе већ изреченом – добити статус његовог позитивног учења о казни у оквиру којег се она интерпретира баш као један вид измирења.

Насупрот сваком утилитаристичком поимању казне као нечег чија је бит и легитимитет у последицама Хегел истиче да је у казни једино одмазда оно умно.⁴² Казна схваћена као ретрибуција представља поновно успостављање слободе.⁴³ Њоме је, додуше, почињени преступ савладан али то не значи да је она инструмент принуде. Напротив, кажњени преступник је остао слободан или, боље, учињен слободним као што је онај ко кажњава поступио умно и слободно. Казна долази из слободе и чак као савлађујућа остаје у слободи. Одмазда је нешто што се у односу на вољу онога на коме се извршава јавља као принуда. Принуда је, наравно, супротност слободе.⁴⁴ Али ако је слобода супстанција права и његово одређење, ако систем права није ништа друго до царство остварене слободе – како је онда могуће да принуда буде у складу с правом, праведна и легитимна? Насупрот освети која веома често није праведна, а и кад је праведна она је таква само по садржају, као одмазда, али не и по форми, пошто је субјективни чин – казна је праведна и по садржини и по фор-

⁴⁰ S. W. Dyde, *Hegel's Conception of Crime and Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 1956, p. 48.

⁴¹ D. E. Cooper, *Hegel's Theory of Punishment*, p. 22.

⁴² G. W. F. Hegel, *Philosophy of Right*, Clarendon Press, Oxford, 1952, p. 66-74.

⁴³ T. Honderich, *Punishment*, Penguin Books, Harmondsworth, 1976, p. 58.

⁴⁴ D. E. Cooper, *Hegel's Theory of Punishment*, p. 38.

ми.⁴⁵ Она је одмазда извршена преко неке опште воље и у њено име, па се тако у њој остварује правда ослобођена субјективног интереса и форме. Она против злочина прибавља важење општем утврђеном правилу и извршава се према општим нормама преко својих органа јавне власти, преко судова и судија који су као личности нешто акцидентално. Судија који изриче и одмерава казну мора бити хладан, без срца и мора имати само интерес да се изврши закон. Казна је, дакле, одмазда ослобођена од оба ограничења која су освету чинила проблематичном; у њој се правда може остварити на прави начин и у правој мери. Зато тамо где постоји институција казне освете више није ни потребна нити пак дозвољена.⁴⁶

Хегел своју тезу о оправданости казне као одмазде заснива на три аргумента и позива се на: природу преступа и прекршени закон, однос казне према опшој вољи и однос казне и емпијске воље преступника.⁴⁷ Настојећи да рашчлани његову аргументацију Флешхем је разликовао објективно и субјективно оправдање казне у тој теорији и то тако што је прву и другу аргументацију означио као објективно а трећу као субјективно оправдање. У прилог оваквој подели могло би се рећи да се општа воља у контрасту спрам емпијске воље појединаца која је по дефиницији субјективна заиста јавља као нешто наиндивидуално, опште, објективно.⁴⁸ Према Хегелу, битне одредбе преступа су негативност, противречност, привидност, ништавост. Преступ није оно право, позитивно, за којим би казна дошла као негација већ нешто негативно, односно гажење нечијег права, кршење неког закона, и у том смислу негација тог права и тог закона.⁴⁹ Али као негација права и закона он је једино могућ у контексту права и закона. Право и закон су логичке претпоставке преступа па тамо где не би било никаквих права и никаквог закона не би могло бити ни преступа. Тиме што негира оно што представља његову неопходну претпоставку преступ је иманентно противречан. Из истог разлога преступ је привид јер он појам привида дефинише као

⁴⁵ G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 289.

⁴⁶ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 225.

⁴⁷ Детаљније о томе видети у: G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 291-293.

⁴⁸ D. E. Cooper, *Hegel's Theory of Punishment*, p. 39.

⁴⁹ G. W. F. Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Scicksal*, S. 296.

оно негативно којем припада битак, али у нечему другом, у његовој негацији; он је несамосталност, која је ништавна. Субјективно оправдање казне било би њено оправдање позивањем на вољу самог преступника. Казна је по дефиницији нешто непожељно, зло, некаква принуда, ограничавање, лишавање.⁵⁰ Како јој се онда може дати субјективно оправдања? Субјективно оправдање казне састоји се најпре у томе што казна проистиче из опште воље која је и воља самог преступника.⁵¹ Закони нису ништа друго до објективизација опште воље. Општа воље је у односу на појединца његова властита, истинска воља, односно воља која изражава оно више и боље у њему по којој он партиципира у свету моралности и права и којом достиже истинску, апсолутну слободу. Због тога се мора тврдити да преступ погађа не само оног чије је право погажено као и закон који стоји иза тог права и општу вољу која је у закону објективизирана а тиме посредно и све остале, него он исто тако погађа и општу вољу у самом преступнику, општу вољу као вољу самог преступника; може се, дакле, тврдити да преступ погађа и самог преступника. А када за преступом уследи казна за њу се из истих разлога може рећи да проистиче не само из опште воље свих и њене објективизације у закону већ исто тако проистиче из опште воље као воље самог преступника – она изражава властиту вољу преступника.

3. „Компромисна“ теорија казне Херберга Харта

Проблем казне произлази из чињенице, премда се на њу не може свести, да пракса кажњавања укључује свесно nanoшење патње или боли. Нема сумње како је тачно да су све врсте казни које су прописане и примењују се у савременим друштвима далеко хуманије у поређењу с врстама казни које су постојале у прошлости. Зато се често тврди како казна више не представља nanoшење патње него само одузимање неког добра.⁵² Без обзира да ли казну схватамо као nanoшење патње или као одузимање неког добра, пракса кажњавања по-

⁵⁰ W. H. Walsh, *Hegelian Ethics*, Macmillan, London, 1969, p. 19.

⁵¹ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 229.

⁵² Детаљније о томе видети у: W. Moberly, *The Ethics of Punishment*, Faber&Faber, London, 1968, p. 33.

ставља пред нас задатак да одговоримо на питање о њеној моралној оправданости.⁵³ Расправа о моралној оправданости праксе кажњавања води се разлозима којима се та пракса може морално оправдати: разлозима због којих судија, који доноси пресуду одређује казну, и тамничар, који је извршава – поступа морално исправно.⁵⁴

Различити оправдани приговори које су присталице теорије застрашивања или преваспитавања упућивали присталицама теорије ретрибуције и обратно имали су последицу да се у новије време јављају барем када је реч о стању ствари у англо-америчкој филозофији различите „компромисне“ теорије. Једна од таквих је и Хартова теорија о казни.⁵⁵ Институција кажњавања је сложена и пружа различита међусобно повезана обележја која захтевају одвојено објашњење; или, ако се оспорава моралност институције, одвојено оправдање. У складу с тим генералним ставом, Харт у расправама о моралности казне „Моралност кривичног права“ и „Казна и одговорност“, разликује дефиницију, општи принцип оправдања и дистрибуцију казне.⁵⁶ Дефиниција казне треба да одговори на питање на који начин разумемо и употребљавамо израз казна за одређену постојећу праксу у заједници. Општи принцип оправдања садржи циљ или вредност путем које оправдавамо увођење, одржавање или укидање дефинисане друштвене праксе кажњавања. Дистрибуција казне укључује оправдање кажњавања неке особе, те оправдања строгости казне.⁵⁷

При дефинисању појма казне Харт разликује „примарни случај кажњавања“ и „секундарни случај“.⁵⁸ „Примарни случај кажњавања“ укључује пет елемената, а казна је неугода, предвиђена за кршење правних правила, намењена стварном или будућем прекршитељу

⁵³ W. Moberly, *The Ethics of Punishment*, Faber&Faber, London, 1968 p. 231.

⁵⁴ Детаљније о томе видети у: E. Ulman-Margalit, *The Emergence of Norms*, Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 3-4.

⁵⁵ О Хартовој „компромисној теорији казне“ видети такође у: Др Слободанка Константиновић Вилић Др Миомира Костић, *Пенологија*, стр. 61.

⁵⁶ H. L. A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1965 i H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

⁵⁷ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. 4.

⁵⁸ H. L. A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, p. 12.

за његов прекршај, коју спроводе људска бића, различита од прекршитеља, наметнута је те спроводи ауторитет конструисан правним системом. Поред „примарних случајева кажњавања“ постоје „секундарни случајеви кажњавања“, јер на казну наилазимо и у: породици, школи и осталим срединама у којима постоје нека правила и где се кажњавају они који их крше, правним поретцима у којима постоји систем децентрализованих санкција које спроводе особе које нису органи тог правног поретка, случајевима када се нека особа кажњава за дела неке друге особе које прва особа није одобрила, контролисала. Основна сврха навођења тих „секундарних случајева кажњавања“ јесте да се преухитри оно што он назива „прекидом“ у правима о казни.⁵⁹ Утилитаристи тврде како се пракса кажњавања може оправдати њеном друштвеном користи те да претња казном и њено спровођење одвраћа припаднике заједнице од вршења деликта.⁶⁰ Дакле, премда кажњавање укључује наношење зла особама које се кажњавају, институција казне се оправдава тиме што се њоме постиже веће добро, мањи је број деликата него што би то био да институција казне не постоји, него што је то зло које се њоме наноси прекршитељу. Такво расуђивање води ка добро познатом питању ретрибутивиста: „Зашто се тада не би кажњавали и невини?“, ако морална оправданост казне произлази из њених добрих последица, тада, ако су околности такве да би кажњавање невине особе имало боље последице него њено ослобађање, те ако би те добре последице његовог кажњавања биле у већој мери добре но што би лоше последице таквог чина биле лоше, произлази – из утилитаристичке теорије – да је морално да невина особа буде кажњена. Таква импликација утилитаристичке теорије је неприхватљива јер је свако кажњавање невиног човека морално недопустиво. Да би избегли наведену импликацију властите теорије и отклонили приговор ретрибутивиста неки утилитаристи су тврдили како реч „казна“ увек значи наношење зла прекршитељу, те да се наношење зла некоме ко није прекршитељ не може описати као кажњавање невиних.⁶¹ Овакво објашњење није

⁵⁹ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 5.

⁶⁰ H. L. A. Hart, *Beccaria and Bentham*, *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, *Accademia delle Scienze di Torino*, *Memorials Academy Series 4a no. 9*, Roma, 1969, p. 26.

⁶¹ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 6.

прихватљиво. Харт оправдано наглашава да у расправама о казни треба разликовати нека питања. Свака расправа о казни мора поћи од увида да казна као постојећа друштвена институција функционише на темељу компромиса између различитих и делимично конфликтних принципа. Ти принципи се јављају као резултат пропитивања различитих питања о казни и отклањају могућност да се морални проблем казне реши давањем одговора на једно једино питање. Реч је о следећим питањима: којим се принципом може оправдати институција казне? Које особе се смеју кажњавати? Које врсте казне се могу толерисати.⁶²

Морални императив, који представља ограничење примене институције казне, гласи: Смеју се кажњавати само оне особе које су имале прилику да изаберу хоће ли или неће прекршити право и које су се определиле да исто прекрше. Тај морални императив представља оно што Харт назива „дистрибуцијом“ казне.⁶³ Дистрибуција казне, према Харту, обележава границе унутар којих имамо морално право да кажњавамо људска бића, без обзира на дугорочне или краткорочне циљеве који се имају остварити путем институције казне. Институција казне се има применити само на особе које свесно чинећи деликт преузимају на себе ризик да дођу под удар санкција кривичног права. Такве особе су само креатори властите зле судбине, зато је неоправдан приговор да су оне само средство за остварење туђих циљева.

Поставке да само особе које су починиле одређени преступ треба кажњавати и да тежина казне треба да одговара тежини преступа произлазе из самог појма праведности. Разлика између Хартове концепције дистрибуције казне и ретрибутивистичких концепција је у томе што из његове концепције не следи да је морално оправдано кажњавати свесно кршење одређених моралних правила.⁶⁴ Наглашава да постоји значајна разлика између тврдње да је морално допустиво казнити само хотимичне радње и да је морално допустиво казнити само хотимично чињење онога што је морално лоше. Његова концепција прихвата само ову прву, а не и другу од наведених тврд-

⁶² H.L.A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, p. 31-32.

⁶³ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 8-9.

⁶⁴ J. Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, p. 233.

њи. Све оно што није у складу са позитивним или критичким моралом није, и не треба да буде санкционисано кривичним правом. Са становишта општег интереса заједнице, право оправдано забрањује многе радње које ни један морални кодекс не осуђује.⁶⁵ Принципи праведности у дистрибуцији казне захтева намеру као услов одговорности за све или већину правних деликата, али не захтева да они буду морални преступи.⁶⁶ Ограђујући се од чистог ретрибутивизма с обзиром на морално право кажњавања, Харт се ограђује и од чистог ретрибутивизма с обзиром на строгост кажњавања коју треба оправдати у односу на појединачне преступе.⁶⁷ Ни једна казна није оправдана ако је последица веће зло од онога што га је проузроковао сам деликт, или би га проузроковао кад не би био забрањен. Полазећи од тог утилитаристичког становишта ваља утврдити степен пропорционалности између тежине преступа и строгости саме казне. Не прихвата традиционалне ретрибутивистичке идеје о изравњавању у моралном смислу између казне и преступа, које, у крајњу руку, имплицирају примену принципа „око за око, зуб за зуб“. Поред генералног принципа оправдања строгости казне постоји и принцип правичности да се с једнаким случајевима поступа једнако, а с неједнаким неједнако. Ако је у одређеним случајевима оправдано да суд изрекне изузетно оштру казну у намери да тиме спречи нове злочине прекршиоцу на којег се примењује таква казна наноси се неправда. То што су такви поступци суда оправдани с утилитаристичког становишта, не значи да се тиме не чини неправда над преступником.⁶⁸ То значи да је у одређеним случајевима, као што је баш наведени, цена да се почини неправда она цена коју треба платити уколико се жели да сачува друштвени мир.⁶⁹

⁶⁵ Детаљније о томе видети у: *United States Supreme Court, Gregg v. Georgia*, C. Johnson, *Philosophy of Law*, p. 608-622 i *United States Supreme Court, Payne v. Tennessee*, C. Johnson, *Philosophy of Law*, p. 623-633.

⁶⁶ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 40.

⁶⁷ J. Hampton, *The Moral Education theory of Punishment*, p. 240.

⁶⁸ J. Rawls, *Rules and Punishment*, p. 575.

⁶⁹ H. L. A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, p. 39.

Закључак

Да би се оправдала казна мора се показати да понашање које се кажњава штети појединцима или њиховој слободи или угрожава колективни интерес који припадници заједнице имају у одржавању властите организације или заштите. Будући да је казна сама по себи зло, њено постојање као друштвене институције може се оправдати само уколико се може доказати да она резултира неким већим добром од зла које је конституира, те да је добро могуће упоређивати са злом о којем је реч. Зло које садржи казна, требало би да представља противтежу зла у заједници које се постиже застрашивањем.

Marko Trajkovic, LL.D.
Teaching Assistant

**THEORETICAL, LEGAL AND ETHICAL APPROACH
TO THE PUNISHMENT**

Summary

For the decades the issue of punishment has certainly been at the center of attention of the lawyers and ethicists. Due to the fact that punishment is in itself evil, its very existence, as the social institution, can be justified only if proved that it could result in some goodness as opposed to the evil that constitutes it, therefore if goodness and evil could be compared. Evil incorporated in punishment should act as a counterbalance to the evil in the community, thus achieve intimidation. Theoretical, legal and ethical approach to the punishment emerges out of necessity for protection of human dignity on all the levels of social and state functioning.

Kant's, Hegel's and all the way to the Herbert Hart's theoretical, legal and ethical approach to the concept of punishment show the wish for man not to be taken for the means but for the ends. Thereby, "the realm of the ends" is realized and the unified values are reached.

Keywords: punishment, morality, value, justice

