

Rok Svetlič
**MEDKULTURNO
KAZENSKO
PRAVO -
PROJEKT 21.
STOLETJA?**

STR. 119-134

UNIVERZA NA PRIMORSKEM
FAKULTETA ZA HUMANISTIČNE ŠTUDIJE
TITOV TRG 5
6000 KOPER

POVZETEK

V TEM SESTAVKU SE POSVEČAMO VEČNEMU FILOZOFSKEMU VPRAŠANJU ali je možno najti pravila delovanja, ki so veljavna za vse ljudi po svetu. Da je to staro vprašanje znova aktualno, je v veliki meri posledica fenomen globalizacije. V Evropi smo bili pred kratkim pričča nekaj odmevnim trkov običajev različnih kultur, ki so dobili svoj epilog na sodišču. Diskusije, ki jih so jih spremljale so izpostavile problem legitimnosti kaznovanja pripadnika ene kulture po kodeksu druge. Mi bomo skušali nadaljevati to diskusijo z vprašanjem, ali je možno vzpostaviti pravila, ki bi jih lahko legitimno aplicirali na pripadnike vseh kultur. Za drugimi besedami, ali obstaja medkulturno kazensko pravo.

Iskanje medkulturnega kazenskega prava smo se lotili skozi tri strategije: najprej smo pogledali, ali bi lahko naš, zahodni, sistem veljal kot kompatibilen z vsemi svetovnimi kulturami in tako deloval kot univerzalen. Druga strategija je iskala, ali je mogoče na novo napisati sistem pravil, ki se bodo naslanjala na vsem skupne temelje, s čimer bi bil tak sistem univerzalno legitimen. Tretja strategija pa je ubrala manj ambiciozno pot. Pregleda, ali je nemara že tukaj in zdaj neko, četudi površinsko, sovpadanje deliktov vseh kultur. Pokaže se, da obstaja taka interferenca, ki nudi vsaj neko stopnjo legitimnosti kaznovanja pripadnikov vseh kultur za isti delikt.

Ključne besede: filozofija prava, morala, medkulturnost, kazensko pravo, kaznovanje

ABSTRACT

INTERCULTURAL CRIMINAL LAW - A PROJECT OF THE 21ST CENTURY? In this article, the eternal philosophical question will be carried out, about the possibility to find the rules of action valid for the people, irrespectively of the culture they belong to. To a high degree it is the consequence of globalization that makes this old question newly actual. In Europe recently have occurred some clashes between customs of different cultures that get their epilogue in the court. In the accompanying discussions the problem was pointed out about the base on which it would be legitimate to punish the member of one culture on the codex of the other. In this essay it will be tried to continue this discussions with the question, whether being possible to find the rules that would be legitimately applicable to the members of all different cultures. With other words, does an intercultural criminal law exist?

A search for an intercultural criminal law will be lead through the three different strategies. Firstly, it will be discussed on whether our (western) system can be considered as compatible with all cultures and, as such, to function as universal. The second strategy will examine if it is possible to construct a totally new system of rules, whereby thus become universally legitimate. The third strategy will take less ambitious way and will check if (here and now) perhaps some coincidence of delicts (although superficial) does subsist within different cultures. It will turn out that in fact such interferences do exist, which assure at least some degree of legitimacy for the punishment for the same delict, irrespective of the culture someone belongs to.

Key words: philosophy of law, morality, interculturality, criminal law, punishment

Zrenje in presojanje bivajočega skozi vseobsežni aspekt je bilo vselej določilo odličnosti mišljenja: "Vzemi v skrb celoto!"¹ (*meleta ta pan*). Tudi na področju delovanske filozofije je najvišji filozofski patos vselej govoril v jeziku univerzalnega. Univerzalna etika je sicer pogosto v holistični fascinaciji naredila korak preveč in postala totalitarna, toda ne glede na stranpoti je univerzalni pogled vselej znova in znova obujal interes filozofov. Ta zanos se na ravni praktične filozofije artikulira v neumrljivem vprašanju: ali obstajajo zakoni, ki veljajo za vse ljudi?

Pot do tega odgovora je vodila preko ontologije: uspeh je bil odvisen od tega, v kakšni meri je filozof uspel dokazati vsem skupno instanco (počelo/um/duh itd.), ter iz nje izpeljati univerzalne delovanske zakonitosti. Med prvimi, ki so z vso resnostjo izpostavljali (etično) kozmopolitanstvo se omenja stoike, v novem veku pa gotovo izstopa Kant. Ta je svoj zasnutek praktične filozofije univerzaliziral do te mere, da ne velja le za vse ljudi, pač pa celo za vsa umna bitja. Poleg tega se ne ustavi le pri snovanju abstraktnega temelja morale, pač pa v *Metafiziki nravi* izpelje tudi podrobne pravne institute iz vsem skupnega univerzalnega praktičnega uma.

Gotovo je filozofska draž največja pri mišljenju temelja morale, ki z "oddaljevanjem" proti konkretnim izpeljavam kopni. Pa vendar, paradokсно, ko je členjenje konkretnih izpeljav morale najbolj oddaljeno od svojega izhodišča, znova vznikne problem prioritetnega filozofskega interesa: gre za točko, kjer se neko pravilo uporabi, tj. aplicira na konkretni primer. Če je temelj morale deležen interesa že zaradi mišljenjske "estetike", pa filozofa šele konkretna raba pravil sooči z specifiko horizonta delovanja kot takega: zastavi mu vprašanje,

¹Rek je Periandrov (625-585 p.n.š.). Citirano po: D. Komel: *Razprtost prebivanja*, NR, 1996.

ali filozofsko "podpiše" kaznovanje konkretnega človeka v imenu neke norme. Na tem mestu se začne obratna pot, pot vzpenjanja nazaj k temeljnemu principu: začenja se praktično-hermenevtično kroženje, ki je način izčiščevanja pomenskosti neke norme. In le na teh poteh lahko dobimo odgovor.

Tak "vdor konkretnega" se je zgodil pred kratkim, ko je na filozofska vrata potrkal problem iz mesa in kosti: problem, ki ga je navrgla globalizacija, oz. mešanje ljudi z različnimi kulturami s celega sveta - bolj raznoliko in bolj intenzivno, kot kdaj koli prej. Srečevanje ljudi pripelje do konfliktov, med katerimi so za filozofijo najbolj zanimivi tisti konflikti, ki so za enega udeleženca (iskreno) delikt, za drugega pa (iskreno) nesporen običaj. Postavi se problem legitimacije preganjanja dejanja, ki je za nekoga nesporna pravica.² Filozofi so pred vprašanjem:

"Ali obstaja kazensko pravo, ki je enako veljavno za črne in bele, za Žide, kristjane, muslimane, budiste, za borzne mešetarje in za kmeta na riževem polju, za graničarja na meji DDR, vključno s nadrejenim, za srbske vojake in afganistanske mudžahide?"³

Izbor primerov v devetdesetih letih spisane knjige lepo izpostavi srečanje akademske filozofije s perečostjo vsakodnevnih primerov. Razmere zahtevajo, da se problem univerzalnosti znova premisli, pri čemer je treba izpostaviti, da je taka naloga težka zaradi dveh razlogov. Poleg prvega, pritiska globalizacije, ki smo ga že omenili, je tu če postmoderna: doba, ki je zrasla v boju zoper Eno. Nikoli ni bilo lažje kot danes očitati vsaki univerzalni rešitvi na ravni praktične filozofije totalitarizem, etnocentrizem, kulturni fašizem itd. Zato se je treba premisleka lotiti na specifičnih tleh. Videli bomo, da je zaradi tega *interkulturno kazensko pravo* danes projekt, ki je prisoten le v okrnjeni obliki. Projekt, ki se mora ta hip zadovoljiti le z interferencami med različnimi kazenskimi sistemi. Nauk, ki bo pregledno načrtoval 1) vsebino norm in enoznačno pokazal na 2) temelj zavezujočnosti teh norm, še ni osnovan.

Preden naredimo konkretne korake pri iskanju *interkulturnega kazenskega*

²Naj navedemo nekaj primerov, ki so povzeti po O. Höffe: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999. Ti zadevajo pred vsem kulturne trke, ki so pridobili pozornost v Nemčiji. Nek Senegalec, živeč v Nemčiji, je pripeljal mladoletno, prav tako Senegalko v Nemčijo, da mu bo vzdrževala gospodinjstvo. V tem času je imel z njo spolne odnose in primer je nekako prišel pred sodišče zaradi kršitve spolne nedotakljivosti mladoletne osebe. Za problem legitimacije prava je postal zanimiv, ko je "oškodovanka" na sodišču prostodušno pojasnjevala, da je "pri njih" običajno, da ima osebe, ki drugo vzame v hišo, tudi take "pravice".

Sicer je znana vrsta podobnih kulturnih trkov: v Evropi živeči in poročeni Arabec odputuje domov in se tam še enkrat poroči, ter nato vrne v Evropo; izvrševanje telesnih kazni z udarci z palico, proti čemur je srdito protestirale ZDA, ko je šlo za njenega državljanja; izvrševanje smrtne kazni zoper državljane držav, kjer je prepovedana. Itd

³O. Höffe: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999, str. 7

prava, si oglejmo večplastnost tega termina. Pri vprašanjih, ki zadevajo etiko navadno sili v ospredje sama vsebina prepovedi ali zapovedi. Tudi v primeru *interkulturenega kazenskega prava* se navadno najprej vprašamo, ali obstaja opis deliktov, ki bo interkultureno sprejet? Poleg opisa delikta pa obsega kazensko pravo še dve zelo pomembni sestavini, brez katerih ga težko celostno presodimo. Za razliko od problema etike osebnih vrlin, je kazensko pravo obvezno in sankcionirano. To pomeni, da kazensko pravo neizogibno vključuje tudi pravila 1) **ugotavljanja krivde**, kot tudi 2) pravila **sankcioniranja**. Četudi je opis deliktov v dveh sistemih na prvi pogled zelo podoben, lahko ti dve sestavini opozorita na ogromen razkorak.

Zato mora naše temeljno vprašanje, ali obstaja *interkultureno kazensko pravo* obsegati (poleg skupnih opisov deliktov) še dve vprašanji: *ali obstajajo interkultureno veljavna pravila in načela za postopke ugotavljanja krivde*. Na primer: "poslušati je treba še drugo stran" (*audiatur et altera pars*), "nihče ne sme biti sodnik v svoji zadevi" (*nemo sit iudex in causa sui*), "v dvomu v prid obtoženca" (*in dubio pro reo*), "ni prestopka brez zakona" (*nula poena sine lege*) - če naštejemo nekaj "naših", zahodnih. Drugo integrativno vprašanje pa se glasi: *ali obstajajo interkultureno veljavna pravila in načela, ki določajo vrste kazni?* Seveda so tu velike razlike, omenimo le telesne kazni in smrtno kazen. Zanimivo je, da ob zavračanju telesne kazni kot "barbarske", nekatere zahodne države podpirajo in izvajajo smrtno kazen.

Seveda problem kazenskega prava vsebuje še vrsto drugih problemov, denimo prvega med prvimi: kako utemeljiti pravico do kaznovanja na sploh? Nadalje, ali lahko države kaznujejo ne le državljane, pač pa tudi druge države itd. Mi se na tem mestu omejujemo na osnovno triado: opis delikta, ugotavljanje krivde, kaznovanje.

::TRI STRATEGIJE

V iskanju interkultureno veljavnega kazenskega prava bomo pregledali tri različne pristope. V prvem bomo vzeli nek, že obstoječ kazenski sistem in preverili, v kašni meri je kompatibilen z drugimi kulturnimi izročili. Če bi ugotovili široko kompatibilnost, bi s tem ta regionalni sistem lahko začel nastopati kot interkultureno veljaven. Kot drugo strategijo bomo pogledali možnost osnovanja popolnoma novega, še ne obstoječega sistema, ki bo utemeljen na izhodiščih, ki jih priznavajo vse svetovne kulture. Tretja strategija pa bo skromnejša in se bo zadovoljila le z iskanjem interferenc med različnimi sistemi - ob zavedanju, da gre zgolj za zunanje sovpadanje in ne za čvrst in homogen nauk.

Naslanjali se bomo na delo O. Höffeja z naslovom *Gibt se ein interkultureles*

Strafrecht? Kljub vsebinskemu sklicevanju na primere iz tega dela, naj velja pričujoči sestavek v prvi vrsti za njegovo kritiko. Napovedana delitev na tri strategije je po našem mnenju glavni instrument, ki v tem delu manjka, saj kot pomešane in nerazločene obravnava tri različne ravni. Höffejev namen je univerzalizirati zahodni model (pravne) kulture (mi to obravnavamo v prvi strategiji), kar naj bi bilo podprto z veliko podobnostjo opisov deliktov pri različnih sistemih (tretja strategija), pri čemer naj bi se ponovila ideja rimskega *ius gentium*-a, nad-regionalnega prava, ki velja za vse (druga strategija). To je po našem mnenju neupravičeno združevanje, v katerega avtor zapade v veliki meri zaradi neločevanja principa in fundamenta morale, na katerega opozori A. Schopenhauer.

::1. Zahodno ali moderno?

Prvo strategijo bomo začeli z zdravorazumskim korakom: pregledali bomo kompatibilnost sistema, ki najbolj poznamo z ostalimi sistemi. Gre za ti. zahodno pravno kulturo, za svet, v katerem vsak dan živimo in delujemo. Poglejmo torej, ali je naša oblika ureditve zgolj (nevtralno) **moderna**, kar je razširjeno stališče na Zahodu; ali pa je regionalno pogojena, tj. **zahodna**, kot radi izpostavljajo kritiki iz arabskih držav in kitajske. To vprašanje bomo raziskovali na treh instrumentih, pri čemer sledimo O. Höffeju, ki kot temeljne značilnosti zahoda izpostavi 1) znanost, medicino in tehniko, 3) racionalno gospodarstvo in 3) liberalno demokracijo.

Höffe pri prvi značilnosti presenetljivo površno ugotavlja podobnost, oz. celo skladnost z vsemi ostalimi kulturami:

“V primeru prvega faktorja, tj. kompleksa 'naravoslovje - medicina - tehnika' odgovor ni težak. Na regionalno kulturo ni vezana niti a) temeljna naloga vsake znanosti, logon didonai, tj. izpostavitve preverljivih temeljev; niti b) izboljševanje preverljivosti s pomočjo eksperimentalnega preizkusa, niti c) tako utilitarna kot tudi humana intenca navedene triade, torej skrb za zdravje ljudi in poenostavljanje njihovih življenj”⁴

To “notranjo” nad-regionalnost podkrepi z empirično ugotovitvijo, da je znanost dejansko razširjena v vsej, do zahoda še tako skeptičnih kulturah.

V citatu navedeni kriteriji so presplošni, da bi pokazali specifične neke kulture. Humana intenca je dejansko prisotna v vseh kulturah, če ne kot univerzalna

⁴Prav tam, str. 44.

kategorija pa vsaj znotraj zaključene socialne skupine. Toda te intenca ne more prepoznati **specifike zahodne** znanosti. Ta je zgrajena na matematični fiziki, ki jo omogočijo velike premene v mišljenju - pred vsem odprava klasične Aristotelovske aitiologije in redukcija vzrokov zgolj na *causa efficiens*. Znanost je način, na katerega se bivajoče kaže in ne (zgolj) instrument za takšen ali drugačen utilitarizem. Tudi značilnost *logon didonai* je presplošna, da bi zaznala specifiko nekega koncepta mišljenja, saj je iskanje vzrokov temeljna značilnost vsakega razumevanja. Ko Höffe vzame kot zadostni kriterij *logon didonai*, izenači primitivno pojasnjevanje strele z jezo bogov in vrhunski biološki laboratorij. Skratka, merila, ki jih Höffe uporablja za iskanje podobnosti med zahodno kulturo in drugimi na področju znanosti so presplošna in pokažejo le banalno kompatibilnost.

Druga značilnost zahoda, ki ji je treba preverit njeno regionalnost oz. univerzalnost, je racionalna ekonomija. Pogoj za razmah sodobne ekonomije je prav tako radikalna premena v mišljenju: gospodarjenje ni več v službi učinkovite oskrbe (nujnih) potreb, pač pa postane samo svoj namen. Grki to imenujejo **pleonexia**, ki označuje "*hoteti-imetri-vedo-več-in-več*",⁵ ne glede na "dejanske" potrebe:

"Ob začetku racionalnega gospodarstva novega veka, v teku 17. in 18. stol., se zgodi radikalna sprememba mentalitete. Strasti, ki veljajo za nelegitimne, oz. per se nelegitimni grehi postanejo nevtralni motivatorji: tj. interesi. Zavržena "zavist" postane občudovana "gospodarska kompetenca", grajana "grabežljivost" postane "cenjen občutek za posel."⁶

Bogatenje izpade izpod obsodbe dekaloga in postane vrlina tostranstva. Höffe za ugotovitev morebitne kompatibilnosti tega mišljenja ne išče podobnosti z vzorci iz drugih kultur, ki prav tako ne bi bile pod vplivom krščanskega (ali kakšnega drugega) obsojanja *pleonexia*-e. Zadostuje mu negativna strategija in stopenjski argument: ugotovi, da ima na pojav racionalne ekonomije krščanstvo malo vpliva, da je veliko faktorjev, ki so mnogo bolj vplivni, npr. "*predkrščansko grško-rimsko mišljenje, razvoj kulture mest, oddaljena trgovina in odkritja...*"⁷ Iz tega zaključi, da racionalna ekonomija "samozavesti drugih kultur" ne načenja **toliko**, kot če bi imelo krščanstvo izključni vpliv na razvoj ekonomije.

⁵Prav tam, str. 46.

⁶Prav tam, str. 47.

⁷Prav tam, str. 47.

Sodobna ekonomija je morda res nevtralniji pojav, kot npr. zahodna morala ter nauk o človekovih pravicah. Toda sklicevanje na razpršeno poreklo ne more prekriti dejstva, da je ta hip eden glavnih garantov za dominantno vlogo zahoda v svetovnem merilu. "Dekriminalizacija" *pleonexija*-e, potrošništva, je za mnoge tradicionalne kulture nezdržljiva z njihovim izročilom. To neizogibno, ne glede na zgodovinsko poreklo, daje racionalni ekonomiji regionalni pečat.

Naslednja značilnost zahoda, katere regionalnost oz. univerzalnost je treba preveriti, je liberalna demokracija. Dejstvo je, da se izmed treh značilnosti zahoda (tehnika, ekonomija, demokracija) ne širijo vse enako učinkovito. Najhitreje se širi moderna znanost, ki so jo pripravljene prevzeti tudi najbolj tradicionalistične države (aktualni primer: Iran in jedrska tehnologija). Več držav prevzame poleg moderne znanosti še racionalno gospodarstvo (npr. Kitajska in druge gospodarsko vzpenjajoče se države). Liberalna demokracija in spoštovanje človekovih pravic pa je tista značilnost zahoda, ki se širi najpočasneje, saj ji sledijo le redke ne-zahodne države.

Ideja sodobne demokracije je, kljub nekaterim pomislekom,⁸ posledica premen v mišljenju, ki jih spočne kartezijanski obrat. Ko je enkrat porok spoznavanja in biti mišljenja (tj. človek), so položena tudi tla za izpeljavo teh posledic na socialnem področju. Hobbes prvi razvije teorijo deskripcije in legitimacije oblasti, utemeljene na svobodni in racionalni odločitvi ljudi. Ikona ameriške demokratične kulture, A. Lincoln, le še povzame: demokracija je oblast ljudi/ljudstva, preko ljudi/ljudstva, za ljudi/ljudstvo (*of, by, for - the people*). V prvi vrsti gre za 1) absolutno sekularizacijo socialnega horizonta, na katerem se mora zgoditi tudi 2) samo-prepoznanje posameznika kot hkrati nosilca in naslovnika oblasti. To daje obeležje celotnemu konceptu demokracije, ki jo je težko prenašati zgolj kot formalno strukturo institucij v okolja, kjer niso vzpostavljeni isti horizonti razumevanja oblasti.

To poglavje smo odprli v iskanju zavezujočih pravil, ki bi imela interkulturalno legitimnost. Začeli smo s pojavom, ki nam je najbližje - z zahodno (pravno) kulturo. Že v osnovi je bila taka naloga tvegana, saj je sam začetek teh premislekov obremenjen z empiričnim dejstvom, da obstajajo težave pri srečevanju naše pravne kulture s tujimi. Zaradi zavezujočih zgodovinskih pogojev mišljenja je demokracija s človekovimi pravicami pojav, ki je regionalen. Vzeti ta model kot univerzalen praktično-filozofski vzorec, bi pomenilo, da bodisi ni težav s kompatibilnostjo z drugimi kulturami; bodisi, da ima ta

⁸Kljub averziji do "zahodnosti" demokracije se zastavlja nekaj pomislekov, glede dejanske "zahodnosti" demokracije kot take. Kot prvo velja opozoriti, da je Evropa kraj, ki se ni razvijal le v znamenju demokracije: v enaki meri je "evropski" tudi totalitarizem. Poleg tega najdemo na drugi strani tudi nastavke demokratičnega urejanja sobivanja v drugih kulturah. Sodobne etnološke raziskave opozarjajo na take tvorbe v zgodovini Afrike.

vzorec presežni kulturno-hierarhični položaj. Prvo sugerira Höffe in je najmanj vprašljivo. Drugo pa je v nevarni bližini kulturnega rasizma.

::2. *Ius gentium*

Druga strategija pri iskanju interkulturno zavezujočega prava ne stavi več na **preverjanje** kompatibilnosti nekega, že izgotovljenega koncepta, pač pa si zada **izgradnjo** popolnoma novega koncepta. Če bi ob univerzalizaciji nekega regionalnega zasnutka vselej ostajal podton, da gre za tiho hierarhijo kultur, pa bi uspešno osnovanje popolnoma novega koncepta zagotovo uživalo večjo legitimnost in ugled pri vseh svetovnih kulturah. Zamisel ni nova, zato si najprej oglejmo znamenit pojav *ius gentium-a*, ki je prvi tak sistem pravil, ki je ponudil nad-regionalni okvir (poslovnega) komuniciranja različnih kultur. Seveda tudi sam problem uporabe enotnih pravil za ljudi iz različnih okolij ni nov, čeprav si ga zaradi globalizacije radi lastimo. Odnos do tujca z drugačnimi običaji in navadami, ki zaide v tujo deželo je od nekdanj odpiral vprašanja, po kakšnih pravilih se naj ga obravnava. Odgovori so se zelo razlikovali: od skrajne sovražnosti, pa do doslednega spoštovanja prava iz njegove dežele.

Najslabši izmed vseh pristopov tujca obravnava kot **barbara**:

*“V starem Orientu niso bili tujci le izločeni, pač pa tudi izobčeni. Sebe so ljudje ocenjevali kot “civilizirane in kulturne”, druge, gorske prebivalce in nomade, pa so prezirali.”*⁹

Kulturni centrizem je vodil v kulturno hierarhizacijo, ta pa do uresničevanja izločevalne politike. Za drugačnost običajev tujcev, ki “...pravzaprav niso ljudje, saj prej spominjajo na opico, ali zaradi nerazumljivega jezika, na psa”,¹⁰se ni nihče menil. Še več, tujec je bi povsem brezpraven, katerega celo umor pogosto ni bil kazniv.

Jasno je, da tak koncept pri iskanju medkulturno legitimiranih pravil ne prispeva ničesar. Razen morda svarila: ne omenjamo ga le zaradi njegove skrajnosti, pač pa tudi zaradi mnogih renesans, ki jih je doživljal v 20. stol. Rasne teorije in kulturni fašizem sta zakonita dediča te stare predstave o tujcu.

Naslednji koncept, danes tudi najbolj razširjen, tujcu brez nadaljnega priznava subjektiviteto pravic in uveljavlja načelo **enake obravnave**: zanj veljajo ista pravila in dolžnosti, kot za domicilne prebivalce. To načelo vsebuje tudi *Stara zaveza*:

⁹O. Höffe: *Gibt se ein interkulturelles Strafrecht?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999, str. 20.

¹⁰Prav tam, str. 20.

“Tujec, ki biva med vami, vam naj bo kakor domačin, kakor eden izmed vas!”¹¹

Tujca se ne obravnava ne boljše, ne slabše kot domačina. Čeprav izgleda, da je v tem primeru tujcu zagotovljena največja možna zaščita, so možni pomisleki tudi zoper ta koncept:

“Lahko se humana obravnava izkaže za nehumano. Tujec, ki je podvržen domačim zakonom, namreč izgubi pravico slediti svojim lastnim običajem. Ker je verjetno, da so mu prišli v meso in kri, se izpostavlja celo nevarnosti, da bo kaznovan.”¹²

Vprašanje, ali gre tak pomislek predaleč, oz. ali lahko od tujca pričakujemo najmanj, da se bo prilagodil običajem dežele, ki jo je sam izbral, presega našo diskusijo. Dejstvo pa je, da so v preteklosti poznali tudi načelo **prava porekla**, ki zahteva, da se človeku sodi izključno po njegovem domačem pravu. V kolikor so razlike med običaji nepremostljive in če je poleg tega mešanje ljudi z različnimi navadami zelo intenzivno, je oblast iz pragmatičnih razlogov prisiljena sprejeti to načelo. V nasprotnem primeru bi tvegala nestabilnost, saj je poseganje v življenje s kazenskimi sankcijami tako občutljiva zadeva, da bi uporaba tujih kodeksov neizogibno izzvala masovni revolt pri delu populacije.

Omeniti pa velja, da smo v Evropi priča sledem uporaba tudi tega načela - ne iz pragmatičnih razlogov, pač pa iz pravičnostnih pomislekov. Sicer pri nas velja načelo teritorialne pristojnosti, tako da za tujce brez izjem velja naše pravo. Toda na ravni uporabe prava so se večkrat odprle diskusije o pravičnosti: tako v primeru v opombi št. 2 omenjenih zapletov na nemških sodiščih, kot tudi pri nas poznamo polemike, ali je pravično uporabiti prepoved zoper npr. Roma, katerega običaji to prepoved občutijo kot heteronomno.

Za nas najbolj zanimiv koncept pravil, ki so namenjena komuniciranju s tujci je sistem pravil, ki je bil razvit v rimskem pravu in se imenuje *ius gentium*. Velikosti imperija in intenzivnosti trgovanja sta Rimljane spodbudila k ukrepu, ki bi poenostavil trgovanje med ljudmi iz različnih okolij. Poudariti velja, da je osnivanje univerzalnega “umetnega” prava omogočila takrat razširjena stoiška filozofija, ki je gradila nas vsem skupnem umu. Pomembna posledica tega izhodišča je, da je *ius gentium* sekularizirano pravo, katero je bilo sicer v tistem času v veliki meri religiozno konotirano.

Izhodišče je abstraktna oseba, deležna vsem skupnega uma, ki se ji prizna

¹¹Sveto pismo, 3 Mo 19, 34, Svetopisemska družba Slovenije, Ljubljana, 1996.

¹²O. Höffe: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999, str. 23.

“...*suverenost posamičnega pravnega subjekta*”.¹³ To je podlaga, na katero se pričvrsti temeljni (zopet neregiozni) instrument prava: *fides* (zaupanje). Na teh izhodiščih se izgradi svojevrstna oblika univerzalnega prava, kar je edinstven primer v zgodovini obravnave tujcev:

*“Rim ne obravnava tujce (hostes oz. peregrini) niti po rimskem, niti po (...) njihovem lasnem pravu. Nasprotno, seže po vsem narodom poznanem pravu, tako da odpadejo nevarnosti, ki so grozile v starem Izraelu: odtujitev, podvrženje.”*¹⁴

Nismo opozorili, da je *ius gentium* sistem pravil, ki bi ga danes imenovali civilno pravo in ureja pogodbeno razmera. Tudi nastalo je iz pragmatičnih potreb trgovanja in se tako ni ukvarjalo z opisovanjem in preganjanjem hudodelstev. Zato nam lahko služi le kot primer, ki je pokazal na možnost univerzalnih pravil, ki temeljijo na nad-kulturnem temelju. Zlasti je privlačna njegova abstraktnost in sekularizacija, zaradi česar ni vseboval “ideoloških” sestavin, ki bi drugim kulturam lahko izzivale averzijo in občutek vsiljevanja.

Iskanje mednarodno legitimiranega kodeksa pravil po analogiji z *ius gentium*-om je gotovo najboljša pot. Vendar vsebuje vrsto problemov, med katerimi je v prvi vrsti lociranje osnove, na kateri lahko taka zavezujočnost počiva. Navadno se pomisli na um, kot vsem skupno človeško značilnost. Toda opozoriti velja, da se um rado smatra kot tipični zahodni instrument praktične orientacije. Poleg tega pa se zaupanje v um krha na samem njegovem izvoru: zahod sam že več kot 150 let išče načine za slovo od racionalne paradigme. K temu se še vrnemo.

::3. Interferenca opisov deliktov

Poglejmo še tretjo strategijo. Če smo pri prvi iskali skladnost enega **celotnega** koncepta z ostalimi, pri drugi možnost izgradnje novega **celotnega** koncepta, se bomo tukaj vprašali, v kakšni meri (vsaj) **deli** vseh že uveljavljenih konceptov sovpadajo. Zanima nas, ali obstaja neka, četudi skromna skupna točka vseh obstoječih pravnih kultur.

V odprtosti za bogastva drugih kultur in v izogib evrocentризmu “... *mnogi etnologi in lingvisti dvomijo o tem, da je možno izreči splošne izjave o ljudeh. Nekateri lingvisti na primer zanikajo obstoj od konkretne govornice neodvisne strukture sveta, vključno s človekom.*”¹⁵ Zdi se, da je tako stališče

¹³Prav tam, str. 26.

¹⁴Prav tam, str. 25.

¹⁵Prav tam, str. 51.

vendarle pretirano in skuša že na *a priori* ravni korumpirati vsako izkustvo univerzalnosti.

Pogled na različne kodekse nameč pokaže presenetljiva sovpadanja. Preden pogledamo konkretne opise deliktov velja omeniti, da je v vseh okoljih in v vseh časih moč najti izbor obveznih pravil delovanja, ki bi ga danes imenovali kazensko pravo. To pomeni, da so v vseh teh okoljih pozitivno odgovorili na temeljno legitimizacijsko vprašanje kaznovanja: ali ima skupnost pravico prisilne zaščite svojih pravil?

Poleg samega obstoja kazenskega sistema, pa je še posebej presenetljiva podobnost prepovedanih dejanj, ki jih najdemo v različnih kodeksih, saj *“najdemo danes poznane kategorije deliktov praktično v vseh kulturah: umori; premoženski delikti; delikti zoper čast; spolni delikti; požigi; ponarejanje mer, uteži in denarja; ponarejanje listin.”*¹⁶

Kljub nespornim razlikam med kulturami (npr. odnos do splava, homoseksualnosti), ugotovimo sovpadanje na zelo širokem delu prepovedi. Še več, to sovpadanje zadeva hierarhično najvišje vrednote: življenje, telesna nedotakljivost itd. Zavedati se je treba, da imajo različni kodeksi različne temelje - od sakralnih, do racionalnih. Toda preden se začnemo spraševati o teh, kvalitativnih razlikah, se je težko upreti skušnjavi, ki jo ponuja obsežno kvantitativno sovpadanje: pred nami je nek, četudi nereflektiran moralni “kozmpolitizem”, ki ga tvorijo obsežne interference v kazenskih kodeksih celega sveta.

MEDKULTURNO KAZENSKO PRAVO, KOT IZVORNO NEDOREČEN KONCEPT

Da je iskanje medkulturno veljavnega prava problem izhaja iz dejstva, da ga želimo nasloniti na **moralo**¹⁷ - še več: na najvišje moralne zaveze. Zato vse kar velja za moralo, analogno velja tudi za pravo. V nadaljevanju bomo opozorili na ireduktibilno dvoplastnost vsake morale, ki jo odlično izpostavi A. Schopenhauer in to vprašanje prenesli tudi na predstavljene tri strategije.

Grobo rečeno, gre za ločevanje med **principom** morale in njenim **fundamentom**. Princip morale je najkrajši in *“... najjedrnatější izraz za način delovanja, katerega predpisuje, ali, če ne bi imela (tj. morala, op. R. S.) imperativne forme, za način delovanja, kateremu priznava dejansko moralno vrednost.”*¹⁸ Fundament

¹⁶Prav tam, str. 67.

¹⁷Kajti če bi na pravo gledali le pozitivistično, problemov medkulturnih trkov sploh nebi uvrščali v obseg znanstvenega interesa.

¹⁸A. Schopenhauer: *O temelju morala*, Bratstvo - jedinstvo, Novi sad, 1990, str. 73.

pa je "... *osnova zaveze ali priporočila ali pohvale, pa naj bo iskana v človekovi naravi ali v zunanjih okoliščinah sveta ali kje drugje.*"¹⁹

Vsak zasnitek morale mora vsebovati tako "kaj" ravnanja, kot tudi njegov "zakaj": podati mora 1) opis prepovedi/zapovedi, katerih zavezujočnost mora 2) nekje pričvrstiti. Zgodovina pa nas uči, opozarja Schopenhauer, da je podati princip lahko, fundament pa strašno težko opravilo. V neločevanju teh dveh ravni morale se rado bedo na eni strani prekrije s preobiljem na drugi: z obsežnim in kompleksnim naštevanjem "kaj" je prepovedano, se skuša izogniti "zakaj"-ju prepovedi.

S principom se Schopenhauer ne ukvarja, saj težavnost naloge ni v njem. Pravi, da mu za nadaljnjo obravnavo zadostuje najenostavnejši izraz, ki je v ozadju vseh moral: "*Neminem laede; imo omnes quantum potest, iuva*".^{20, 21} To je princip, s katerim se večina etik strinja, pa naj ga oblačijo v še tako različne preobleke. Fundament pa najde Schopenhauer v fenomenu **sočutja**, ki je, kot pravi, edini motivator, ki lahko obrzda egoizem in odpre skrb delujočega za dobrobit drugega.

Vrnimo se k našemu problemu. Že na prvi pogled je očitno, da je tretja strategija, ki jo opisujemo v tem poglavju, privativna: interferenice pri opisu deliktov so interference na ravni principa in ne zadevajo temelja. Gre torej za skladnost na ravni "lažjega" dela moralne naloge. Da bi lahko govorili o celostnem moralnem nauku, ki bi podprl interkulturo kazensko pravo, bi moralo priti sovpadanja temeljev zaveze. Kar je pa nekaj povsem drugega.

Tako kot je za celovitost moralnega nauka potrebno sovpadanje "principa" in "temelja" morale, je na ravni kazenskega prava potrebno potrebna usklajenost treh ravni, ki smo jih v uvodu omenili: poleg **opisa** deliktov je potrebno uskladiti še **postopke** ugotavljanja krivde in načine **kaznovanja**. Že na prvi pogled je jasno, da se kljub podobnosti opisa deliktov, že v naslednjem koraku pokažejo ogromne razlike med ureditvami: tako pri postopkih ugotavljanja krivde, kot tudi pri vrsti kazni se evropski sistem nemudoma loči od drugih. Gre za (med drugim) aktualna vprašanja, v kašni meri se lahko izvaja "prietisk" na obdolženca in v kakšne kazni so dopustne (npr. telesne, smrtna). Tu je opazna velika razlika celo med Evropskimi državami in ZDA, ki se tako pri metodah ugotavljanja odgovornosti, kot tudi pri sankcijah v marsičem približujejo državam z arabsko pravno tradicijo.

Vidimo, da mora celosten kazenskopравни nauk obsegati tako 1) princip in

¹⁹Prav tam, str. 74.

²⁰"*Nikomur ne škoduj, nasprotno, vsakemu pomagaj, kolikor lahko.*"

²¹A. Schopenhauer: *O temelju morala*, str. 74.

temelj zaveze; kot tudi 2) uskladiti²² opis deliktov, postopke in kazni. Pri prvi strategiji, ko smo preizkušali kompatibilnost našega sistema z ostalimi (pri čemer bi ga pozitiven rezultat legitimiral kot univerzalnega), je nujno moralo priti do težav. Če bi lahko pogojno pristali, da so naši postopki ugotavljanja krivde in vrste kazni vsaj v načelu "uskaldljivi" z drugimi, pa bi skladnost temelja zaveze pričakovali zaman. Sekularni koncept človeškega dostojanstva, na katerem temeljijo človekove pravice je popolnoma nezdržljiv z konceptom prava, ki svojo zavezujočnost vidi v razodetju. Skratka, razen principa morale in (dela) opisa deliktov, se v zahodnem konceptu demokracije in človekovih pravic ne najde ničesar, kar bi lahko nastopalo kot univerzalni koncept. Največ kar dobimo je interferenca opisov, ki smo jo obravnavali kot tretjo strategijo.

Pri drugi strategiji, ki skuša po analogiji z *ius gentium*-om izgraditi nov, celosten moralni ter kazenskoopravni nauk, so zopet težave na ravni temelja zaveze. Locirat bi bilo potrebno tak temelj, ki bi bil skupen vsem kulturam in hkrati nad-regionalen. Slediti stoisškem zgledu in graditi na vsem skupnem umu je v naprej pogubljen strategija, saj je um kot vir orientacije v svetu tipično zahodna manira. Nekaj bi lahko obetalo sklicevanje na temeljne fizične danosti človeka in iz tega izviraajoče "nepogrešljive" interese: človek je živo in telesno bitje (*zoa, animalia*); poleg tega je z umom/govorom obdarjeno bitje (*zoon logon echon*); in nazadnje socialno bitje (*animal sociale*). Morda so to osnove, ki bi lahko v vseh okoljih nastopale kot "neideološke" in nad-regionalne, ter služile za izpeljevanje²³ zaščite iz tega izhajajočih potreb.

Tretja strategija izpostavi sovpadanje opisov deliktov, kar pa ni s stališča celostne moralne teorije nič drugega, kot zunanja interferenca povsem heterogenih zasnutkov. Po drugi strani pa ne smemo spregledati, da nudi neko, četudi privativno univerzalnost že tukaj in zdaj. To je izhodišče iskanja interkulturalnega kazenskega prava in opisuje tisto, kar Schopenhauer imenuje "princip" morale. Po njegovem ta ni bil nikoli resnični problem filozofije in nemara se ravno zato tako zlahka pride do površinske podobnosti vseh konceptov. Vendar ga je ravno zaradi te površinske podobnosti težko imenovati *interkulturalno kazensko pravo*:

²²S stališča naše pravne kulture morajo biti postopki ugotavljanja krivde in vrste kazni podrejeni vsebini deliktov: če umor prepovedan, potem je smrtna kazen nedopustna. Če je mučenje prepovedano, potem se pri zasliševanju ne sme pripornika mučiti.

Izjemo predstavljajo "sprejemljive" metode, npr. poseg v svobodo - čeprav je tudi poseg v svobodo med opisi prepovednih dejanj. V kakšni meri opisi deliktov zavezujejo metode ugotavljanja krivde in kaznovanja je zapleteno vprašanje. Očitno je, da nista sprejemljivi obe skrajnosti: če zavezuje v celoti, potem ni možno izreči nikakršne kazni; če ne zavezuje v ničemer, potem so dopustne vsakršne kazni in prijemi.

Ta problem bomo skušali razvozlati na drugem mestu. Generalno pa je sprejeto, da država, ki pravice ljudi "jemlje resno", če parafraziramo Dworkina, ne sme pri postopkih in kaznovanju posegati v najvišje vrednote, tj. v "življenje in telo".

²³Seveda je treba pri tem rešiti stari problem utemeljevanja normativnega: kako se izogniti sklepanju iz biti na najstvo, iz opisa na dolžnost.

poleg absolutnih razhajanj glede temelja morale, manjka usklajenost glede postopkov ugotavljanja krivde, zlasti pa glede metod kaznovanja, da bi si te interference prislužile sistemsko oznako "kazensko pravo".

Ker ni verjetno, da bi iskanje kazenskega "*ius gentium*" privedlo do radikalno drugačnih opisov deliktov, lahko rečemo, da je tako iskanje pravzaprav iskanje temelja morale za že obstoječ, v veliki meri skupen opis deliktov. Z drugimi besedami: novi "*ius gentium*" naj bi postavil **temelj** tem interferencam - in jim zagotovil sistemsko ime *interkulturno kazensko pravo*. To je gotovo ena največjih nalog sodobne politične morale, ki se jo, presenetljivo, z največjo odmevnostjo lotevajo filozofi religije. Omeniti velja Hansa Künga, ki je leta 1990 začel s to mislijo in išče srečanje različnih kultur na področju religije. Gre za iskanje interkulturnega temelja etike, pri čemer se da projekt strniti v tri gesla: "*Ni miru med narodi brez miru med religijami; ni miru med religijami brez dialoga med religijami; ni dialoga med religijami brez raziskav temeljev religij.*"²⁴

Dokler ni osnovan interkulturni temelj zavezujočnosti kazenskega prava, imamo neizogibno legitimizacijske težave pri kaznovanju ljudi drugih kultur. Na srečo te težave relativno redko eskalirajo v problem, saj je med različnimi pravnimi kulturami obsežna interferenca opisov deliktov. Pri ostalih deliktih, ki so zgolj regionalno specifični, pa ostane le zapleteno razpravljanje, ali je tujec z vstopom v neko okolje pristal na navade in s tem pooblastil oblast, da ga lahko v imenu teh določil kaznuje; ali pa je tako stališče prikriti totalitarizem, ki zahteva nedopustno posilstvo vesti prizadetega. Jedro teh debat je v vprašanju: kaj je lahko predmet prostovoljnega pristanka - z drugim besedami: ali je načelo *volendi non fit iniuria* (tistega, ki sam hoče ne zadane krivica) absolutno.

To pa že spada v razmislek, ki se ukvarja z pogoji za veljavnost dogovorov - v pogodbeno teorijo - in ne več v politično moralo.

²⁴Povzeto po internetni strani: www.weltethos.org

::LITERATURA

- Höffe, O. (1979): "Kants kategorischer Imperativ als Kriterium des Sittlichen." V: *Ethik und Politik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., str. 84-119.
- Höffe, O. (1999): *Gibt se ein interkulturelles Strafrecht?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- Kant, I. (1993): *Kritika praktičnega uma*, Analecta, Ljubljana.
- Kant, I. (1984): *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Reclam, Stuttgart.
- Komel, D. (1996): *Razprstost prebivanja*, NR, Ljubljana.
- Lenart Škof (2008): *Razprave o pragmatizmu in medkulturni filozofiji*, Annales, Koper.
- Schopenhauer, A. (1990): *O temelju morala*, Bratstvo - jedinstvo, Novi sad.
- Werner Marx (1986): *Gibt es auf Erden ein Mass*, Fischer Taschenbuch Vlg., Frankfurt a.M.