

Vilniaus universitetas
Filosofijos fakultetas
Filosofijos institutas

Gediminas Šataitis

Filosofijos studijų programa

Magistro darbas

Proporcingumo principas šiuolaikinėje baudžiamosios teisės filosofijoje

Darbo vadovas: Prof. Dr. Aleksandras Dobryninas

Konsultantas: Doc. Dr. Algimantas Čepas

Vilnius 2020

TURINYS

SANTRAUKA	4
SUMMARY	5
ĮVADAS.....	6
1. BAUSMĖS TIKSLAS IR PROPORCINGUMAS.....	9
1.1. Proporcingumo principas tarp retributyvizmo ir utilitarizmo	9
1.1.1. Pagrindinių kontroversijų kilmė.....	9
1.1.2. Proporcingumo principo susiejimas su retributyvizmu.....	11
1.2. Proporcingumas, kaip ribojantis principas	13
1.2.1. Valstybinės prievartos apribojimas	13
1.2.2. Proporcingumas ir teisės	15
2. PROPORCINGUMO PRINCIPAS NŪDIENIAME RETRIBUTYVIZME	18
2.1. Riba pelnytai bausmei	18
2.1.1. Balansavimas ir <i>naudos ir naštos</i> teorijos.....	18
2.1.2. <i>Išraiškos</i> teorijos ir pajėgumas riboti bausmę.....	20
2.2. Santykinis ir absoliutus proporcingumai.....	22
2.2.1. Retribucinio proporcingumo skiriamieji bruožai	22
2.2.2. Proporcingumo teorijos tikslų priešprieša.....	24
3. NUSIKALTIMO IR BAUSMĖS OBJEKTYVUMAS.....	27
3.1. Kam proporcinga?	27
3.1.1. Nuopelno apimtis	27
3.1.2. Nuopelno sandara.....	29

3.2. Kas proporcinga?	32
3.2.1. Individualių skirtumų iššūkio ribos.....	32
3.2.2. Subjektyvizmo ir bausmės pagal pradinę padėtį skaičiavimo trūkumai	35
4. PROPORCINGUMO IR NUOPELNO PRINCIPŲ SKIRTUMAS	40
4.1. Analoginis ir matematinis palyginimai	40
4.1.1. Skirtingos proporcijos	40
4.1.2. Kiekybinė proporcija ir bausmių paskirstymas.....	42
4.2. Proporcingumo principo galimybės ir ribos šiuolaikiniame retributyvizme.....	46
4.2.1. Tikslai ir netikslumai.....	46
4.2.2. Dviejų principų sąveika.....	49
IŠVADOS	53
LITERATŪRA.....	55

SANTRAUKA

Bausmės tikslo ir pateisinimo klausimas buvo keliamas gerokai iki šiuolaikinės baudžiamosios teisės filosofijos susiformavimo. Šios srities rėmuose vis dar esti klasikinis susipriešinimas tarp retribucinių ir konsekvencionalistinių teorijų, tačiau jis nebėra toks absoliutus, kadangi teorijos paprastai pateikia mišriomis prielaidomis grįstus atsakymus. Proporcingumo principas šiais laikais yra siejamas su retributyvizmu iš dalies dėl didelės Andrew fon Hirscho teorijos (Hirsch 1976; 1985; 1992) įtakos. Ši teorija ir jos galimybė išsaugoti įtaką yra šio darbo objektas, tiriamas platesniame skirtingų principo versijų kontekste. Pirmojoje darbo dalyje, taikant pamatinę bausmės teorijų skirstymą (Fletcher 2001) parodomi šiuolaikinio retributyvizmo skiriamieji bruožai ir jų reikšmė. Nagrinėjama „porporcingumo“ termino teisės filosofijoje istorija, suformavusi skirtingas principo sampratas (Engle 2012;2013). Vidiniai skirtumai tarp teorijų dabartiniame retributyvizme yra išryškunami antrojoje dalyje. Proporcingumo principo samprata, labiausiai juo besiremenčiose teorijose yra lyginama su kitomis retribucinėmis ir ne retribucinėmis šio principo traktuotėmis. Trečiojoje darbo dalyje atmetama kritika esminėms proporcingumo teorijų prielaidoms. Galiausiai, pasitelkiant proporcingumo sąvokos analogiškumo sampratą (Lacey 2016) ir matavimo skalių teorija paremtą fon Hirscho modelio analizę (Davis 2002a; 2002b), siūloma proporcingumo teorijose aiškiai atskirti šiuo terminu sujungtus du skirtingus principus. Darbas baigiamas parodant tokio atskyrimo tikslingumą ir vertę.

Raktiniai žodžiai: Nusikaltimas, bausmė, proporcingumas nuopelnas, fon Hirschas.

SUMMARY

The question of punishment's aim and justification has been raised long before the emergence of the contemporary philosophy of criminal law. Within this sphere, remains the classical distinction between retributive and consequentialist theories, albeit no longer as absolute, since theories now tend to provide answers, supported by mixed presuppositions. The principle of proportionality is linked with retributivism partly due to large influence of Andrew von Hirsch's theory (Hirsch 1976; 1985; 1996). This theory and its potency to remain influential is the object of this research, explored within the wider context of different formulations of the principle. Applying the basic classification of punishment theories (Fletcher 2001), the first part of the master paper distinguishes the main features of contemporary retributivism and their importance. The history of the term "proportionality" in the theory of law, which formed many versions of the principle is analyzed (Engle 2012; 2013). The inner differences among theories within contemporary retributivism are highlighted in the second part. The concept of the principle of proportionality in the theories which promote it most is compared with other retributivist and non-retributivist versions of the principle. The third part of the paper is dedicated to refuting the criticism, aimed at essential premises of proportionality theory. Finally, utilizing the analogical nature of the concept of proportionality (Lacey 2016) and employing the analysis of von Hirsch's model, based on the premises of the theory of measurement scales (Davis 2002a; 2002b), it is proposed to clearly separate the two principles, currently referred to by the term "proportionality". The paper ends by demonstrating the efficacy and benefit of such separation.

Keywords: Crime, punishment, proportionality, desert, von Hirsch.

IVADAS

Nusikaltimas ir bausmė yra glaudžiai susiję, tačiau skirtingi ir nebendramačiai reiškiniai. Formuojant baudžiamosios teisės sistemą tenka nuspręsti, kokiais kriterijais remiantis bus nustatytas ir kokiais matais pamatuotas šių reiškinių tarpusavio santykis.

Šis sprendimas yra priklausomas nuo atsakymo į klausimą, kaip apskritai galime pateisinti tam tikrų veiksmų paskelbimą nusikaltimais ir bausme vadinamą bendruomenės reakciją į juos. Ieškant šio atsakymo klasikinė bei Naujųjų amžių akademinė filosofija suformavo tai, kas XXa. antrojoje pusėje išryškėjo kaip baudžiamosios teisės filosofijos diskursas. Proporcingumo principas tapo centriniu šio diskurso nesutarimų objektu netrukus po to, kai *Komitetas įkalinimui tirti* (angl.: *Comitte for the Study of Incarceration*) paskelbė ataskaitą (Hirsch 1976), parašytą *Komiteto* vykdančiojo direktoriaus Andrew fon Hirscho ir daugiausiai paremtą jo idėjomis. *Komitetas* kritiškai įvertino tuometines Jungtinių Amerikos Valstijų bausmių skyrimo praktikas, grindžiamas pažeidėjų rehabilitavimo, kaip baudžiamosios justicijos tikslo, samprata. Ataskaitoje parodytas šio tikslo nulemiamas baudžiamojo teismo sprendimų nenuoseklumas ir nenuspėjamumas, tapo pagrindu pasiūlyti standartizuoti bausmes, skiriant jas ne pagal tai, kokios naudos tikimasi iš bausmės, o pagal tai, ką konkrečiai pažeidėjas padarė. Tokios standartizacijos pamatu turėjo tapti į diskursą grįžtančio retributyvizmo reikalavimas bausti pagal nuopelną. Vystant teoriją vėlesniuose fon Hirscho darbuose (Hirsch 1985; Hirsch 1992; Hirsch 1996) bei prisidedant kitiems autoriams (Hirsch and Jareborg 1991; Hirsch and Ashworth 2005), jos pagrindu imtas suvokti proporcingumo principas, reikalaujantis bausmes skirstyti pagal nusikaltimų sunkumą. Šis principas suteikė teorijai ir labiausiai prigijusį pavadinimą. Proporcingumo principas skiriant bausmes yra svarstomas ne tik filosofų ir teisininkų, bet ir kriminologų, kurie savitai aptaria šį principą. Šiame darbe proporcingumo principas tiriamas taip, kaip jis aptariamas šiuolaikinėje baudžiamosios teisės filosofijoje. Tiesa, verta pastebėti, kad šį diskursą formuoja ne vien filosofai, bet ir kitų disciplinų atstovai.

Aktualumas. Atsakymas į klausimą, kokiais kriterijais vadovaujantis bus nustatomas bausmės griežtumas akivaizdžiai turi labai rimtas praktines pasekmes. Šiuo klausimu aktyviai diskutuoja ne tik akademikai, bet ir politikai, praktikuojantys teisininkai bei eiliniai piliečiai. Proporcingumo teorija iš pagrindų formavo visą pastarųjų keturių dešimtmečių baudžiamosios teisės diskursą, o proporcingumo principas Vakarų valstybėse buvo įrašytas į ne vieną bausmių skyrimą reguliuojantį dokumentą. Principo aktualumą parodo ir nesibaigianti įvairialypė kritika jam, kuriai visgi niekaip nepavyksta

palaidoti proporcingumo teorijos. Dar vienas bandymas išanalizuoti teorijos įtaką ir parodyti jos problemas yra praėjusių metų pabaigoje pasirodęs Michaelo Tonry'io redaguotas ir iš pasižymėjusių baudžiamosios teisės teoretikų darbų sudarytas *Of One-Eyed and Toothless Miscreants* (Tonry 2019). Sunkumai, su kuriais susiduria teorija leidžia šio leidinio autoriams dar kartą suabejoti teorijos ateities perspektyvomis. Įsijungiant į šiuos svarstymus, magistro darbe nagrinėjami proporcingumo teoriją formavę tekstai ir naujausias teorijos persakymas (Hirsch 2017), bei didžiausios kritikų iškeltos teorijos problemos.

Tikslas. Darbu siekiama išanalizuoti proporcingumo principą, taikomą šiuolaikinėse retribucinėse bausmės teorijose, platesniame proporcingumo reikalavimų teisės teorijose kontekste ir nustatyti šiuo principu paremtos teorijos galimybes atsilaikyti prieš pagrindines kritines pozicijas bei išsaugoti įtaką baudžiamosios teisės diskurse.

Gynama tezė. Įvertinus šias teorijos problemas bei jos keliamus tikslus, teigiama, kad: *proporcingumo principas, taikomas šiuolaikinėse retribucinėse baudžiamosios teisės teorijose, yra sudarytas iš dviejų skirtingų principų, kurių aiškus atskyrimas įgalina nuoseklesnę ir kritikai atsparesnę jų taikymą.*

Metodas. Darbe proporcingumo principas, taikomas šiuolaikinėse retribucinėse teorijose yra tiriamas atsižvelgiant į ilgą proporcingumo istoriją teisės teorijoje. Taip siekiama nustatyti skirtingų principo versijų įtaką šiuolaikiniai proporcingumo sampratai, bei jos reikšmę pastarųjų šimtmečių kontroversijoje dėl bausmės tikslo. Tai daroma pasitelkiant George'o Fletcherio bausmės tikslų teorijų skirstymą į absoliučias ir santykines (Fletcher 2001) idant būtų išryškinti esminiai skirtumai tarp klasikinio ir nūdienio retributyvizmo. Proporcingumo sampratos teisės teorijoje istorija yra nagrinėjama vadovaujantis Erico Engle'ės nustatytomis gairėmis (Engle 2012; Engle 2013). Pasitelkiant Nicola'os Lacey įžvalgą dėl proporcingumo sąvokos neišvengiamo analogiškumo (Lacey 2016), tiriamos proporcingumo principo nūdieniame retributyvizme galimos interpretacijos ir jų ribos. Julia'ios Davis esminės fon Hirscho teorijos skirties tarp ranginio ir kardinalaus proporcingumo analizė yra išplėtojama, parodant principų atskyrimo teorijoje svarbą. Ypatingas dėmesys yra skiriamas Görano Duus-Otterströmo iššūkiui proporcingumo teorijai, parodančiam jos tikslų susipriešinimą (Duus-Otterström 2019). Principų atskyrimo nauda pademonstruojama atsakant į šį iššūkį.

Naujumas. Darbe pritariant pozicijai, kad proporcingumo teorija sustiprėtų jei aiškiau pabrėžtų simbolinę, o ne matematinę proporcijos prasmę, pasiūlomas papildomas tokios sustiprinimo strategijos žingsnis – principų atskyrimas.

Struktūra ir Literatūra. Darbą sudaro įvadas, 4 dalys, kurių kiekviena suskirstyta į 2 skyrius, talpinančius po 2 poskyrius, išvados ir literatūros sąrašas. Pirmosios dalies pirmajame skyriuje, pasitelkiant baudžiamosios teisės teorijų skirstymą į absoliučias ir santykinės, parodoma, kad esminis šiuolaikinių retribucinių teorijų skiriamasis bruožas yra tai, kad būdamos mišrios, o ne absoliučios, jos talpina savyje ne vieną bausmės tikslo sampratą. Antrasis dalies skyrius parodo, kaip dalis kritikos šiuolaikiniam retributyvizmui (Sattar 2016), nepakankamai atsižvelgia į skirtumus tarp jo ir klasikinio retributyvizmo. Šioje darbo dalyje pradedant nagrinėti skirtingų proporcingumo principų istorijas, ieškoma šio termino tapatinimo su retributyvizmu (Tonry 2019) pagrindinių priežasčių. Antroji darbo dalis nagrinėja dvi pagrindines šiuolaikinio retributyvizmo kryptis – *naudų ir naštų* ir *išraiškų* teorijas (Hirsch 1992). Didesnis dėmesys yra skiriamas pastarosioms, kadangi būtent šiai grupei priklauso, bet jos neišsemia (Feinberg 1965; Duff 2001), proporcingumo teorijos. Abi teorijų grupės yra lyginamos su ne retribucinėmis proporcingumo sampratomis (Frase 2005) bei tiriama retribucinio proporcingumo skiriamieji bruožai (Ashworth 2017; Duus-Otterström 2019). Trečiojoje dalyje aiškinamasi, į ką retributyvistai turėtų atsižvelgti vertindami nuopelno ir atpildo dydžius. Pirmajame skyriuje svarstomos pozicijos, metančios iššūkį nusikaltimo, kaip objektyvaus bausmės nusipelnymo pagrindo sampratai (Ezorsky 2015; Ryberg 2019). Antrajame aptariamas subjektyvistinis požiūris į bausmės patirtį (Kolber 2009a; 2009b; 2012; 2013) ir jo implikacijos proporcingumo teorijai. Daroma išvada, kad tokio pobūdžio kritika nėra pakankamai pagrįsta, kad mestų rimtą iššūkį proporcingumo teorijai. Paskutniosios darbo dalies pirmajame skyriuje remiamasi Lacey proporcijos sąvokos analize ir parodoma, kad skirtingos sąvokos reikšmės nūdienėje filosofijoje dažnai nėra iki galo atskiriamos. Atskyrus du principus, vienam jų paliekant „proporcingumo“, o kitam pasiūlant „nuopelno“ vardą, parodomos ribos galimybės tiksliai apskaičiuoti proporcijas tarp nusikaltimų ir bausmių. Baigiamosios darbo dalies antrajame skyriuje, apžvelgiant fon Hirscho ir Davis ginčą dėl matavimo skalių teorijos sąvokų vartojimo (Davis 2002a; Davis 2002b; Hirsch 2002) sutinkama su Davis, kad geriau išryškinius simbolinę, o ne matematinę proporcijos prasmę, teorija lengviau atlaikytų kritiką. Paskutiniajame poskyryje parodoma kaip prie šių pastebėjimų pridedant aiškų nuopelno ir proporcingumo principų atskyrimą, teorija atsilaikydama prieš naujus iššūkius, taip pat nepraranda savo pozicijų nuo jos ištakų tebevykstančiame ginče su *ribojančiu retributyvizmu* (Morris and Tonry 1990), numatančiu principui daug menkesnį vaidmenį. Daromos išvados nurodo, kad proporcingumo teorijai pateikiama kritika, viena vertus, dažnai yra konceptualiai silpnesnė nei pati teorija, kita vertus, gali būti susilpninta atskyrus principus.

Magistro darbu atliktas tyrimas leidžia įžvelgti proporcingumo teorijos pajėgumą išsaugoti įtaką baudžiamosios teisės diskurse.

1. BAUSMĖS TIKSLAS IR PROPORCINGUMAS

1.1. Proporcingumo principas tarp retributyvizmo ir utilitarizmo

1.1.1. Pagrindinių kontroversijų kilmė

Baudžiamosios teisės filosofija, kaip atskira sritis, išryškėjo XX amžiuje, spręsdama daugybę teorinių baudžiamosios justicijos problemų.

Lietuvių kalboje, kaip ir kai kuriose kitose, *bausmė* aiškiai pasirodo kaip pagrindinis elementas išskiriantis *baudžiamąją* teisę iš kitų teisės sričių. Bausmė yra prievarta, kuri bendruomenėje turi būti suprasta kaip pateisinama ar net išpildanti teisingumą. Tad būtent šitoks teisingumo ir prievartos suderinimas yra viena iš pamatinių baudžiamosios teisės filosofijos problemų. Kitų problemų sprendimai teorijoje dažnai remsis tuo, kaip suprantamas bausmės tikslas.

Išsiskiriantys atsakymai į šį klausimą leidžia fiksuoti ir pirminį pastarųjų amžių baudžiamosios teisės teorijų pasidalinimą. Bausmės teorijos pasiskirsto į absoliučias ir santykinės, atitinkamai, pagal tai ar laiko bausmę iš pareigos teisingumui kylančiu tikslu savaime, ar priemone pasiekti kažkokį kitą tikslą (Fletcher 2001: 267). Istoriskai tai yra ginčas tarp dviejų mąstymo linijų, kurių pirminės figūros yra Immanuelis Kantas absoliučių teorijų pusėje ir Jeremy's Benthamas – santykinių (*Ibid.*). Santykinės teorijos aiškina bausmę per jos pasekmes baudžiamam individui ir visai bendruomenei, todėl taip pat yra vadinamos konsekvencionalistinėmis. Šios teorijos gali skirtis viena nuo kitos, pabrėžiant skirtingų bausmės pasekmių svarbą. Absoliučios teorijos, bausmės savaiminiu tikslu laiko atsaką į tam tikrą veiksmą. Šis atsakas yra teisingas nepriklausomai nuo pasekmių, kurias sukelia, todėl siejant su Kantu, nors šios teorijos ir nebūtinai pasiima jo filosofija, jos vadinamos retribucinėmis.

Iš absoliučių teorijų atsakymo į bausmės pateisinimo klausimą išplaukia ir tai, kaip bausmė turėtų būti skirstoma. Kadangi bausmės tikslas yra teisingas atsakas į veiksmą, baudžiami tie, kurie padarė veiksmą ir tiek, kiek nusipelno, vertinant pagal veiksmą. Santykinių teorijų atveju ne visada yra griežtas loginis sąryšis tarp bausmės tikslo ir baudžiamo subjekto. Kokia nors nauda visuomenei, kaip

bausmės tikslas savaime nenurodo, kas ir kaip turėtų būti baudžiamas, kad šis tikslas būtų pasiektas. Šis skirtumas leido Herbertui L. A. Hartui XXa. viduryje suformuluoti mišrią teoriją, pagal kurią bausmę pateisinantis bendrasis tikslas (angl.: *general justifying aim*) yra visos jos sukeltos naudingos pasekmės, o baudžiami turėtų būti tie, kas nusikalto (Hart 2008: 9). Tad Harto teorijoje bausmės pateisinimas yra konsekvencionalistinis, o jos paskirstymas visuomenėje vyksta pagal retribucinį nuopelno principą.

Ši Harto teorija žengė žingsnį link labiau niuansuoto požiūrio į retribucines teorijas bei parodė būdą derinti priešingų kontroversijos pusių nuostatas, siekiant išvengti vieną ar kitą teoriją pakertančių kraštutinumų. Pirmasis teorijos įnašas labiausiai pasijuto anglakalbiame diskurse, kuriame šimtmetį iki Harto svarstymų retribucinės teorijos nevaicino beveik jokio vaidmens. Dominuojantis požiūris laikė nusikaltėlio reabilitaciją pagrindiniu bausmės tikslu, o retributyvizmą suprato veikiau kaip iki-teorinį, nereflektuotą požiūrį į bausmę (Tonry 2011: 21). Tačiau netrukus po Harto teorijos, išryškėjo tokių mišrių teorijų, įtraukiančių ir atpildo elementą poreikis. Išsami Roberto Martinsono 1974 metais paskelbta pažeidėjų reabilitacijos programų analizė parodė, kad nėra jokio pagrindo teigti, kad kas nors veikia bandant reabilituoti pažeidėjus (Martinson 1974: 49). Keliais metais anksčiau pradėjęs rinktis, iš įvairių specialybių ekspertų sudarytas *Komitetas įkalinimui tirti* (toliau – *Komitetas*), vėliau būtent pagrindo tikėti, kad reabilitacija veikia trūkumą nurodė kaip vieną iš pagrindinių priežasčių pasiūlyti nors ir mažiau idealų, tačiau geriau pritaikomą baudimo modelį (Gaylin and Rothman 1976: xxxviii-xxxix). Didelė *Komiteto* ataskaitos įtaka baudžiamosios teisės filosofijai, vertė atkreipti didesnę dėmesį į praktines principų pritaikymo galimybes. Dėl to filosofinis diskursas, nors ir nesusiliedamas su kriminologijos ir kitų mokslo šakų prieiga prie baudžiamosios teisės problemikos, įsileido šioms šakoms labiau būdingus klausimus apie tai, kaip konkrečiai veikia baudžiamosios justicijos praktika.

Tad galimybės praktikoje pritaikyti ataskaitoje aprašomą baudimo modelį yra svarbus jo įvertinimo kriterijus. Pagal šį modelį, pažeidėjas dėl paties pažeidimo nusipelno bausmės, tačiau, kadangi bausmė sukelia kančią, jos paskyrimas iki galo pateisinamas tik dėl to, kad atgrasydama nuo pažeidimų ji padeda išvengti daugiau kančios nei sukelia (Hirsch 1976: 54). Baudžiamosios teisės institucijos pateisinimui čia nurodoma ir į pažeidėjo nuopelną, ir į pasekmes, kurių tikimasi. Tad nors ši teorija yra retribucinė lyginant su teorijomis, kurios pripažįsta tik bausmės pasekmių vertę, apskritai, ji yra mišri, pagal tai, kaip pateisina baudimo institucijos egzistavimą.

Vėliau vystoma Andrew fon Hirscho, ši teorija pakeitė dalį savo atsakymų, tačiau nauji atsakymai ir toliau derino retribucinius principus su tikslu minimizuoti kančią.

1.1.2. Proporcingumo principo susiejimas su retributyvizmu

Itin svarbaus vaidmens proporcingumo principui suteikimas yra esminis XXa. antrojoje pusėje vystomų retribucinių teorijų bruožas.

Baudžiamosios teisės teorijose šis principas, bendrausia prasme, reikalauja, kad bausmės būtų parenkamos atitinkamai nusikaltimams. Komiteto ataskaitoje, Andrew fon Hirschas principui, reikalaujančiam, kad bausmės griežtumas (angl.: *severity*) atitiktų nusikaltimo rimtumą (angl.: *seriousness*) siūlo „atitinkamų nuopelnų“ (angl. „*commensurate deserts*“) vardą, teigdamas, kad jis geriau parodo kokios koncepcijos veikia per šį principą (Hirsch 1976: 66). Visgi, diskurse šis pasiūlymas neįsitvirtino ir galiausiai pats autorius ėmė vartoti įsitvirtinusį „proporcingumo“ terminą. Pasak Michael'o Tonry'io, pastarąjį pusšimtį metų proporcingumo principas baudžiamosios teisės diskurse yra naudojamas kaip metonima retribucinėms bausmės teorijoms (Tonry 2019: 3). Tai reiškia, kad proporcingumo principas diskurso dalyvių yra laikomas būtent retribucinių teorijų atributu ir netgi jų pagrindiniu atributu.

Tačiau proporcingumo principas įėjo į baudžiamosios justicijos diskursą jau pačiose kriminologijos mokslo ištakose, kartu su tradiciškai šio mokslo pradžia laikomu kūrinium „Apie nusikaltimus ir bausmes“ (it.: *Dei delitti e delle pene*). Šiame 1764 metais pirmą kartą išleistame darbe Cesare Beccaria teigia, kad „jei už du pagal padarytą visuomenei žalą nelygius nusikaltimus bus paskirta vienoda bausmė, tai, savaime suprantama, žmonės savo nusikaltimų kely nesutikę didesnių kliūčių, darys tuos didesnius nusikaltimus, jei tik jiems šie nusikaltimai bus naudingesni“ (Bekarija 1992: 78). Beccaria įvardija nusikaltimo rimtumo matą – žalą visuomenei ir nurodo, kad bausmių griežtumas turi proporcingai pasiskirstyti pagal šį matą. Jo argumentacija, kodėl taip turėtų būti yra visiškai konsekvencialistinė ir remiasi samprata, kad bausmės tikslas yra atgrasymas nuo tam tikrų veiksmų.

Bausmės teorijų diskurse nėra abejojama, kad Beccaria yra priskirtinas konsekvencialistams. George'as Fletcheris, nurodydamas Kantą ir Benthamą kaip centrines kontroversijos dėl bausmės tikslo figūras, pažymi, kad už Benthamo dar stovi Beccaria (Fletcher 2001: 267). Tad proporcingumo principas į šią kontroversiją dar jos užuomazgose įėjo būtent konsekvencialistų pusėje. Kantas vienintelį teisingumo principą, pagal kurį gali būti nustatomas bausmės pobūdis ir dydis vadina lygybės

principu (vok.: *Prinzip der Gleichheit*) (Kant 1870: 174). Mėgindamas paaiškinti, kodėl būtent šitokia *ius talionis* versija yra vienintelis baudžiamojo teisingumo principas, Kantas vartoja proporcingumo terminą nurodydamas atitikimą tarp nusikaltimo ir bausmės (*Ibid.*: 176). Toks proporcingumo sąvokos vartojimas galėjo iš dalies nulemti proporcingumo principo siejimą su retribucinėmis teorijomis. Kantui „proporcingumas“ yra patogus žodis nurodyti į *Prinzip der Gleichheit*, kaip teisingumo reikalavimą, kad bausmė būtų paskiriama pagal nusikaltimą. Bausmės paskyrimas pagal nusikaltimą šiuo atveju reiškia pamatinę retributyvizmo idėją, kad nusikaltėlis turi gauti tai, ko nusipelno pagal savo nusikaltimo rimtumą ir pobūdį.

Tačiau šiuolaikiniai proporcingumo principo teoretikai šį principą supranta kaip alternatyvą Kanto absoliučiam retributyvizmui. Fon Hirschas nurodo, kad teigdamas talionišką atitikimą (angl.: *talionic equality*), kaip kriterijų įvertinti, kokios bausmės nusipelnoma, Kantas atmeta mažiau drakoniškus (angl.: *draconian*) kriterijus, tokius kaip proporcingumo principas (Hirsch 1992: 61). Nuopelnų modelis nemėgina įtvirtinti nuostatos, kad kiekvienas nusikaltimas objektyviai nusipelno tam tikro griežtumo bausmės, kurią skirti reikalauja teisingumas. Pagal šią teoriją, esminis konkrečios bausmės tikslas yra pasmerkimo už tam tikrą elgesį išraiška, o konkretus elgesys su nusikaltėliu - jo laisvių suvaržymas - yra skirtas šios išraiškos praktiniam įtikinamumui ir paskatinimui nenusikalsti (Hirsch and Ashworth 2005: 23). Teoriškai bausmės esmė yra pasmerkti tam tikrą elgesį, tačiau praktiškai toks pasmerkimas yra įtikinamas tik jei jį lydi veiksmai prieš netinkamai pasielgusį. Tad pagal šią teoriją bausmėje glūdi du elementai, kurių vienas yra praktinis ir dėl to bent iš dalies nukreiptas į pasekmes.

Būtent tokia bausmės analize yra grindžiamas reikalavimas paskirstyti bausmes proporcingai. Kadangi bausmės dydis nurodo tai, kiek pasmerkimo bendruomenės požiūriu nusipelno tam tikras veiksmas, privalu labiau bausti tuos, kurie padarė didesnę nusikaltimą, nepriklausomai nuo to, kas visuomenei naudingiau koku nors kitu atžvilgiu. Tai yra teisingumo, suprasto angliško termino *fairness* prasme reikalavimas (Hirsch 2007: 419). Šiuo atveju taip nurodomą į teisingumą iš anksto nustatytą ir visiems vienodai galiojančių taisyklių atžvilgiu. Kadangi bausmė nurodo kiek smerktinas yra veiksmas, būtų neteisinga (angl. *unfair*) jei tas, kuris padarė mažiau smerkiamą veiksmą susilauktų tokios pačios ar didesnės bausmės už tą, kuris padarė labiau smerkiamą. Tad šiame modelyje proporcingumo principas yra taikomas reikalaujant mažesnių bausmių už mažesnius nusikaltimus, kaip tai darė ir Becarria, nors ir grįsdamas utilitaristinėmis prielaidomis.

Proporcingumo principas kontroversijose dėl bausmės tikslo gali būti pasitelkiamas

skirtingomis prielaidomis paremtuose modeliuose. Tik retribucinėms teorijoms įgijus specifinę, pastaraisiais dešimtmečiais vystytą formą, proporcingumo principas imtas glaudžiai sieti būtent su jomis.

1.2. Proporcingumas, kaip ribojantis principas

1.2.1. Valstybinės prievartos apribojimas

Proporcingumo principas dar prieš žengdamas į absoliučių ir santykinių bausmės teorijų kontroversiją, kaip teisinis reikalavimas jau turėjo ilgą ir įvairią istoriją.

Tuo iš dalies galima paaiškinti ir tai, kodėl fon Hirschui nepavyko pakeisti šio termino savo siūlomą šiuolaikiniame baudžiamosios teisės diskurse. Proporcingumas siejamas su teisingumu nuo Aristotelio laikų. Proporcingumas, vienu atveju, reguliuoja gėrybių paskirstymą bendruomenėje, kitu – reikalauja lygybės sugražinimo atimant iš vienur ir pridėdant kitur (*EN*. 1131a-1132a). Tad jau Aristoteliui proporcingumas, kaip teisingumo reikalavimas turi bent dvi skirtingas funkcijas, nors siejamas ta pačia bendrąja koncepcija. Ši abstrakti proporcingumo sąvoka, pasak Erico Engle'ės, per jos praktinio taikymo teisėje istoriją tapo konkretesniais reikalavimais skirtingose teisės sferose: įstatymas turi būti tinkama priemonė priimtina tikslui pasiekti; bausmės turi atitikti nusikaltimus; savignybai turi būti naudojama tik tiek jėgos, kiek reikia grėsmės panaikinimui (Engle 2013: 266). Visi šie reikalavimai yra laikomi proporcingumo reikalavimais. Tai reiškia, kad nors ir kalba apie skirtingus dalykus, jie yra suvokiami, kaip kylantis iš tos pačios bendrosios proporcingumo sampratos.

Proporcingumas, kaip reikalavimas, keliamas įstatymui ar kitam valstybės sprendimui, tapo analitiškai pritaikomu testu, leidžiančiu įvertinti šio sprendimo teisingumą. Pagal šį testą, kuris vystėsi Prūsijos ir kitų vokiškų žemių administracinėje teisėje XIX amžiuje, valdžia gali pažeisti individų teises tik tada, kai tai yra tinkamas būdas siekti priimtino tikslo, pasirinkta priemonė yra mažiausiai pažeidžianti individų teises ir teisės yra pažeidžiamos mažiau nei kad prisidedama prie tikslo pasiekimo (Cohen-Eliya and Porat: 2010: 267-271). Paskutinioji testo dalis yra proporcingumo *sensu stricto* reikalavimas, kadangi nurodo į santykį tarp pažeidimo dydžio ir numatomos naudos (*Ibid.*). Tad proporcingumo principas modernųjų valstybių teisinėse sistemose pirmiausia atsiranda tam, kad atsakytų į klausimą, kada ir kiek valstybė gali pažeisti piliečių teises. Bendras atsakymas yra tada, kai būtina ir tiek, kiek būtina. Konkrečiose bylose atsakymus randa teismas, taikydamas proporcingumo

testą žingsnis po žingsnio, tai yra svarstydamas teisių pažeidimo tinkamumą, būtinumą ir dydį.

Šis testas yra taikytinas bet kokiam valdžios sprendimui, kuris kėsina į piliečių laisves. Kriminalizacija, tai yra baudžiamųjų įstatymų, išleidimas į laisves kėsina akivaizdžiausiai. Tai leidžia susieti proporcingumo testą su kitu teisės principu, kurio užuomazgas taip pat galima atsekti bent jau nuo Aristotelio. Aristotelis nurodo, kad teisingumas, susijęs su bausmėmis kyla iš būtinumo ir yra tai, ko dora bendruomenė mielai atsisakytų, jei tai nebūtų būtina (*Pol.* 1332a). Idėja, kad bausti teisinga tik todėl, kad bausti būtina siejasi su *ultima ratio* - bausmės kaip paskutinės priemonės - principu. Šis principas yra formalus teisės kriterijus, kadangi nenurodo už ką konkrečiai gali būti baudžiama, o tik formaliai reikalauja kriminalizuoti tik tokią veiką, kuri pažeidžia ar grasina svarbiausioms politinės bendruomenės vertybėms ir kuriai sustabdyti nėra efektyvesnio būdo (Dobryninas et al. 2014: 17). Būtinumas yra ir esminė proporcingumo reikalavimų dalis kalbant apie teisėtus piliečių teisių pažeidimus. Tad *ultima ratio* principas baudžiamosios teisės kontekste leidžia susieti dvi proporcingumo reikšmes - proporcingumo testą įstatymams įvertinti ir proporcingumo reikalavimą skiriant bausmes leidžia. Čia, kaip formalios teisės kriterijus, *ultima ratio* principas atlieka tą pačią funkciją, kurią proporcingumo principas vykdo kaip materialios teisės kriterijus, ribojantis konkrečias bausmes. Į klausimą kada galima kriminalizuoti ir bausti atsako *ultima ratio* principas, o į klausimą kiek bausti – proporcingumo principas. Tačiau šie atsakymai yra identiškai teisėto individualių teisių pažeidimo klausimų atsakymams – tada ir tiek, kiek būtina.

Savigynos ir teisingo karo klausimų kontekste proporcingumo toliau vystėsi kaip reikalavimas, ribojantis teisingą valstybės galios panaudojimą. Apie proporcingą jėgos naudojimą teisingo karo ir savigynos atvejais kalba Ciceronas, Augustinas, Tomas Akviniėtis ir ne vienas kitas teisės teoretikas nuo Aristotelio Antikoje iki Hugo Grocijaus, kurio teorija nutiesia kelią į modernybę, sujungdama skirtingas proporcijos teisėje sampratas (Engle 2012: 4-5). Teisingo karo ir proporcingumo testo valstybės sprendimams įvertinti teorijos yra susijusios būtent per savigynos idėją. Suverenas turi teisę ir pareigą ginti save ir savo valdomus piliečius ir nuo išorės, ir nuo vidaus priešų. Išorės atveju gynyba reiškia karą su kitomis valstybėmis, o vidaus – viešos tvarkos ir saugumo užtikrinimą. Proporcingumo reikalavimas vystėsi kaip užtikrinantis tokios gynybos teisingumą, nurodant, kad jėga turi būti naudojama tiek, kiek jos reikia pasiekti tikslą – valstybės saugumą.

Hugo Grocijaus teorijoje proporcingumas taip pat iš karto siejamas ir su bausmėmis. Remdamasis Cicerono ir kitų autorių svarstymais apie nusikaltimų ir bausmių matavimą, Grocijus nurodo ir kad niekas neturėtų būti baudžiamas daugiau, nei nusipelno, ir kad neturėtų būti siekiama

kažkokio tikslo sulyginimo tarp nusikaltimo ir bausmės, tarsi tikslių svorių ar dydžių (Grotius 2005: 1002-1003). Tad ir šiuo atveju proporcingumo kriterijus pirmiausia suprantamas kaip nurodantis viršutinę ribą galimam jėgos panaudojimui. Jau Grocijus nurodo į tikslių nusikaltimų ir bausmių „dydžių“ išvedimo problemą, kuri, kaip matysime, yra itin svarbi dabartiniuose ginčuose dėl proporcingumo principo taikymo baudžiamojoje teisėje.

Nors nuorodos į proporciją iššaukia matematinius vaizdinius, nuo pat aristoteliškosios teisingumo analizės, proporcingumo principas įvairiose teisės sferose vystėsi kaip kriterijus, ribojantis prievartos panaudojimą.

1.2.2. Proporcingumas ir teisės

Modernybėje taikomas proporcingumo kriterijus išsiskyrė nuo savo antikinių versijų nuorodomis į individualias teises.

Vienas iš tokių kriterijaus taikymo atvejų yra aptartasis vokiečių administracinėje teisėje susiformavęs proporcingumo testas, vertinantis individualių teisių pažeidimo leistinumą. Pasak Engle'ės, iš Aristotelio teorijos išsivystęs proporcingumas tapo racionali principu, sprendžiančiu konfliktus tarp suvereno sprendimų ir fundamentalių individualių teisių bei konfliktus tarp pačių besivaržančių fundamentalių teisių (Engle 2013: 266). Fundamentalių teisių, kaip hierarchiškai viršesnių nei įprasti įstatymai idėja susiformavo tik modernybėje, tačiau yra suderinama su klasikine teisės, kaip subordinuotos teisingumo principams samprata (*Ibid.* 266-267). Tad proporcingumo kriterijaus taikymas dažnai įtraukia individualių teisių svarstymą.

Šiuolaikinio retributyvizmo kontekste, nuoroda į teises gali iššaukti ir kitą kontekstą bei tapti kritikos pagrindu. Pasak Adnano Sattaro, iš Apšvietos filosofijos, šiuo atveju reprezentuojamos Kanto ir Hegelio, kyla ir naujasis retributyvizmas, ir žmogaus teisių idėja, todėl abu diskursai laikosi žmogaus orumo sampratos ir iš jos išplaukiančios moralinės prievolės bausti (Sattar 2016: 81). Šitaip atkreipiamas dėmesys į tai, kad žmogaus teisių diskursas traktuoja individą kaip autonomišką, laisvai pasirenkantį savo veiksmus. Tokia traktuotė leidžia priskirti individui visišką atsakomybę už jo nusikaltimus ir reikalauja už juos bausti.

Kanto retributyvizmas yra dalis jo moralės metafizikos, kuriai žmogaus orumo samprata yra esminė. Kategorinio imperatyvo antroji formuluotė draudžia elgtis su žmonėmis kaip su priemonėmis, o ne tikslu savaime (Kantas 1980: 62). Draudimas naudoti individą kaip priemonę atima galimybę ir į

bausmę žiūrėti instrumentiškai. Individas, kaip tikslas savaime yra ir bausmės tikslas savaime. Tad bausti prasikaltusįjį reikalauja jo paties autonominės būtybės statusas. Bausmė yra jo orumo patvirtinimas, o atsisakymas bausti arba net bausmės griežtumo pakeitimas vardan kitų tikslų, reikštų įžeidimą prasikaltusiojo orumui. Hegeliui bausmė taip pat yra būtinos pagarbos prasikaltusiajam parodymas. „Nusikaltėlis gerbiamas kaip protinga būtybė, nes bausmėje įžiūrima jo nuosava teisė. Šios garbės jis neteks, jeigu jo bausmės sąvoka ir mastelis nebus paimti iš jo paties veiklos“ (Hegel 2000: 172). Čia Hegelis išreiškia savąjį retributyvizmą nurodydamas, kad tai kiek ir kaip turi būti baudžiama turi priklausyti nuo paties nusikaltėlio veiksmo. Šiuo atveju dar svarbiau yra tai, kad jis nurodo, jog šitai yra paties nusikaltėlio teisė. Taip žmogaus orumo, protingumo ir laisvos valios supratimas bausmės kontekste pradedamas reikšti teisių kalba.

Šitokie Kanto ir Hegelio retributyvizmo pagrindimai iš tiesų suteikia pagrindo kalbėti apie jų įtaką XX amžiaus žmogaus teisių diskurso retribuciniam pobūdžiui. Tačiau kartu su Sattaru laikyti naująjį retributyvizmą tokio ryšio tęsiniu reikštų ir kartu su juo pražiūrėti naujųjų retributyvistų skirtumus ir atsiribojimą nuo Kanto ir Hegelio.

Šį atsiribojimą grindžia ir proporcingumo principo istorija, kurioje teisės reiškią ką kitą nei Kanto ir Hegelio sistemose. Svarbi šį skirtumą parodanti figūra, kurią Engle praleidžia brėždamas proporcingumo principo istorijos apmatų yra Thomas Hobbes'as. Hobbes'ui teisė į tikslą apima teisę į priemones, todėl perduodant suverenui teisę užtikrinti, kokį nors tikslą, taip pat perduodamos ir visos turimos tam tinkamos priemonės (Hobbes 1999: 149). Tačiau kai kurių teisių, pavyzdžiui teisės saugoti savo gyvybę ir gyvenimą taip, kad jis netaptų nepakeliamas, neįmanoma atsisakyti, kadangi tai yra tikslai, dėl kurių atsisakoma kitų teisių (*Ibid.*: 144). Čia atsiranda prielaidos proporcingumo testo užuomazgoms, kadangi nurodomas ryšys tarp individualių teisių ir tinkamo tikslo. Turėdamas teisę siekti tam tikro tikslo, suverenas taip pat turi teisę į priemones to tikslo pasiekimui. Tačiau ne visos teisės yra perleidžiamos suverenui, todėl ir ne visos priemonės yra vienodai pateisinamos. Kitas žingsnis, apribojantis net ir tinkamų priemonių tinkamam tikslui naudojimą, žinoma, galėjo formuotis tik išplėčiant individualių teisių svarbą. Tačiau proporcingumo teorijose, įskaitant ir baudžiamosios teisės teorijas, teisės ir toliau yra suprantamos kaip tai, prieš ką yra pasveriami galimi suvereno veiksmai, įvertinant jų teisingumą.

Matyti, kad klasikinėse bausmės teorijose, politinių bendruomenių baudžiamieji mechanizmai yra suvokiami kaip dalis didesnio bendruomenės savigynos aparato. Teisėtas policijos jėgos panaudojimas užtikrinant viešą saugumą gana aiškiai atitinka armijos jėgos naudojimą teisingame kare

prieš išorės priešus. Tačiau ir pati teisminė sistema bei valstybės skiriama ir vykdoma bausmė yra šito jėgos panaudojimo tąsa. Tad jai galioja tie patys per apribojimą legitimuojantys principai, pirmiausia - proporcingumo principas. Šitai iš dalies paaiškinama ir proporcingumo principo plati sklaida per įvairias teisės sritis. Jis taikytinas visur, kur suverenią valdžią siekiama įteisinti ir pateisinti prievartos naudojimo akivaizdoje.

Dėl to šis principas veikia kaip bendrasis teisės principas ir nėra priklausomas nuo to, kas laikoma bausmės tikslu. Pasak Alice Ristroph, proporcingumo principas turėtų būti suprantamas kaip išorinis ribojamasis principas valstybės teisei bausti individus, nepriklausomai nuo to ar baudžiama dėl atpildo, atgrasymo, kelio vėl nusikalsti užkirtimo, ar, kaip būna paprastai, dėl aibės ne iki galo apibrėžtų tikslų (Ristroph 2005: 266). Tad proporcingumo reikalavimas, kaip teisės principas pirmiausia yra nukreiptas į valstybės galią naudoti prievartą, o ne į konkretaus bausmės „dydžio“ apskaičiavimą. Jis leidžia valdžiai išlaikyti pretenziją į teisėtumą net pažeidžiant individų teises ir naudojant prievartą. Valdžia gali tai daryti iki tam tikros ribos siekdama teisėto tikslo.

Proporcingumo principo istorija ir joje susiformavusi vidinė principo logika parodo, kad jo taikymas nėra priklausomas nuo to, kas laikoma bausmės tikslu. Proporciumas pirmiausia reiškia ribotą galimybę bendruomenei derinti teisingumą su prievarta prieš individus ar kitas bendruomenes.

2. PROPORCINGUMO PRINCIPAS NŪDIENIAME RETRIBUTYVIZME

2.1. Riba pelnytai bausmei

2.1.1. Balansavimas ir *naudos ir naštos* teorijos

Klasikinis proporcingumo principo taikymas, pateisinant valdžios prievartą per apribojimą yra atliepiamas šiuolaikinėse baudžiamosios teisės teorijose.

Šis principas, taikytas ir Beccaria'ios bei Benthamo linijos konsekvencionalizme, gali ir toliau būti taikomas kone visose konsekvencionalistinėse teorijose, įskaitant ir reabilitacines. Šiuo atveju galima kalbėti apie nuosprendžio proporcingumą reabilitaciniams ar terapiniams pažeidėjo poreikiams (Matravers 2019: 76). Tačiau šiose teorijose įvertinti ar principas yra taikomas yra gerokai sunkiau. Neįmanoma iš karto numatyti kada ir ar išvis bus pasiektas reabilitavimo tikslas. Vis nusprendžiant, kad prasižengusysis dar nėra reabilituotas, baudžiamoji sistema ir kitos valstybės institucijos gali kontroliuoti jį neribotą laiką. Todėl reabilitacinė bausmės samprata suteikė teisėjams plačią diskreciją skirti nuosprendžius, kurie nėra fiksuoti ir determinuoti, taip nulemdama nenuoseklumą teisinėje sistemoje (Hirsch 1976: 98-99). Tad pirminis retribucinio proporcingumo principo tikslas buvo nustatyti griežtą viršutinę ribą tam, ką daugiausiai valstybė gali padaryti individui už konkretų prasižengimą.

Bendrasis tikslas mažinti bausmių griežtumą yra persmelkęs ir visą šios teorinės linijos retributyvizmą. Pasak fon Hirscho, įtakingiausios šiuolaikinės retribucinės teorijos gali būti suskirstytos į dvi grupes: *naudos ir naštos* (angl.: *benefits and burdens*) bei *išraiškos* (angl.: *expressive*) teorijas (Hirsch 1992: 65). Pagal pirmąsias teorijas, teisė yra visiems naudinga sistema, o nusikaltusieji įgyja neteisėtą pranašumą prieš kitus, kurį bausmė panaikina, o antroji teorijų grupė pagrindiniu bausmės tikslu laiko moralinio nepritarimo veiksmui išreiškimą (*Ibid.* 65-67). *Naudos ir naštos* teorijos, analizuojant jas per proporcingumo principo prizmę, pirmiausia siejasi su apribojimais teisėtam individo teisių pažeidimui. Tik šiose teorijose proporcingumas nurodo ne į santykius tarp valdžios ir piliečių, bet veikia tarp bendruomenės ir piliečio. Nusikaltimo atveju pilietis įgyja neteisėtą pranašumą prieš teisės normų besilaikančius bendrapiliečius, todėl bausmė turi užkrauti jam tokią našta, kuri panaikintų šį pranašumą, bet ne didesnę.

Bandant taikyti proporcingumo sampratą *naudos ir naštos* teorijoms, dėmesys taip pat turėtų būti atkreipiamas į kitą testą valdžios sprendimams įvertinti, dažnai lyginamą ir painiojamą su proporcingumo testu. Tai yra svėrimo arba balansavimo (angl.: *balancing*) testas, kuris Jungtinių Amerikos Valstijų konstitucinėje teisėje taikomas tokiais pat atvejais, kokiais proporcingumo testas taikomas Vokietijos teisėje – kai manoma, kad pažeidžiama piliečio teisė ir siekiama pasvėrus teisės svarbą bei valstybės interesą, dėl kurio ji pažeidžiama, nustatyti ar valdžia elgiasi teisingai (Cohen-Eliya and Porat 2010: 267). Balansavimo ir proporcingumo sąvokos yra dažnai gretinamos teisės filosofijos diskurse. Engle išskiria tris balansavimo termino vartojimus: komutatyvaus teisingumo prasme, kaip teisingumo svarstyklių atstatymas į *ex ante* padėtį; skirtingų politinių strategijų kaštų ir naudos pasvėrimas; ir kaip sinonimas proporcingumui *sensu stricto* (Engle 2012: 9-10). Pasak autoriaus, pastarasis balansavimo termino vartojimo būdas turėtų būti stabdomas, kadangi įveda nereikalingos painiavos (*Ibid.*). Būtent tokiu būdu šis terminas vartojamas gretinant jį su vokiečių teisės proporcingumo testu, tad Engle'ės požiūriu tokio gretinimo turėtų būti vengiama.

Naudos ir naštos pelnytos bausmės teorijos turėtų būti siejamos su balansavimu pirmąją prasme. Šiose teorijose bausmė yra našta, kuri užkraunama prasižengusiajam, siekiant atstatyti teisingą padėtį iki prasižengimo – iš naujo teisingai subalansuoti teisinę bendruomenę. Tai gali būti persakyta nurodant į tai, kad bausmė turi būti proporcingai paskirta pagal neteisėtai įgyto pranašumo prieš kitus visuomenės narius dydį (Davis 1983: 743). Šitoks bausmės supratimas grąžina prie Aristotelio antrojo proporcingumui suteikiamo vaidmens – lygybės atstatymo atimant iš vienur ir pridėdant kitur. Čia išvelgtinas ir panašumas, ir skirtumas su utilitaristinėmis proporcingumo principo versijomis. Benthamas taip pat atsižvelgia į nusikaltimu įgyjamą pranašumą, tačiau jam bausmė turi *nusverti* šį pranašumą (Bentham 2000: 141). Tokį reikalavimą utilitaristinėse teorijose, žinoma, nulemia požiūris, kad pomėgiai ir kančia yra du jausmus turinčių gyvų būtybių varikliai, tad šalia to, kiek visuomenės nepakenčiami yra tam tikras nusikaltimai, taip pat svarbu ir kiek stipri yra paskata juos daryti (Bekarija 1992: 78). *Naudos ir naštos* teorijos yra retribucinės todėl, kad baudžia pagal nuopelną, išvestą iš neteisėtai įgyto pranašumo dydžio. Bausmė neturi nusverti pranašumo, o tik jį atsverti. Michaelas Davisas siūlo įsivaizduoti turgavietę, kurioje parduodamos licenzijos nusikalsti, o prasikaltusysis tampa skolinga visuomenei šios licenzijos „kainą“ (Davis 1983: 744). Šioje teorijoje nors reikalaujama atitikimo tarp nusikaltimo ir bausmės, pats nusikaltimų įkainojimo būdas yra panašus į utilitaristinį.

Būtent per proporcingumo principą *naudos ir naštos* teorijos galima performuluoti utilitaristiniais terminais. Richardas Frase nurodo du utilitaristinius proporcingumo principus:

proporcingumą tikslui (angl.: *ends proportionality*), pagal kurį priemonės panaudojimo kaštai neturi būti didesni nei numatoma nauda pasiekus tikslą; ir proporcingumą priemonei (angl.: *means proportionality*), pagal kurį priemonę galima naudoti tik tada, kai ji nėra daugiau kaštuojanti ar užkraunanti didesnės naštos nei alternatyvi priemonė tam pačiam tikslui pasiekti (Frase 2005: 592). Antrasis principas taip pat kartoja *ultima ratio* principą, numanant, kad bausmė bus didžiausią našta užkraunanti priemonė žvelgiant iš prasižengusiojo perspektyvos (taip pat dažnai galinti būti ir ne pigiausia priemonė iš mokesčių mokėtojų perspektyvos). Kitas nurodomas utilitaristinis principo variantas – proporcingumas tikslui – gali būti pritaikytas *naudos ir naštos* teorijose. Tikslas yra panaikinti prasižengusiojo įgytą pranašumą, o proporcingumas reikalauja, kad bausmė neužkrautų didesnės naštos nei reikia šiam tikslui pasiekti.

Tad nusikaltimų ir bausmių svėrimas gali užuot išskyręs retribucines bausmės teorijas priartinti jas prie utilitaristinių.

2.1.2. Išraiškos teorijos ir pajėgumas riboti bausmę

Proporcingumo principo pajėgumas riboti valstybės skiriamų bausmių griežtumą ir dažnį yra itin svarbus bausmės kaip pasmerkimo *išraiškos* teorijoms.

Iš to kas aptarta, akivaizdu, kad būtent šių teorijų grupei priklauso ir fon Hirscho bei Andrew Ashwortho proporcingumo principo reikšmę pabrėžiančios teorijos, kadangi jose pagrindiniu bausmės elementu yra laikoma veiksmo pasmerkimo išraiška. Tiesa, *Komiteto* ataskaitoje fon Hirschas nurodė ir naudos ir naštos modelį, kaip galimą retribucinės bausmės sampratos pagrindimą (Hirsch 1976: 47-48). Tačiau vėlesniuose darbuose būtent bausmės, kaip pasmerkimo išraiškos samprata tapo proporcingumo teorijos pagrindu. Pati šiose teorijose taikoma bausmės analizė yra perimta iš Joelio Feinbergo, kuris nurodė, kad į bausmės apibrėžimą įeina pasmerkimo išraiška ir pažeidėjui nemalonus elgesys su juo (angl. *hard treatment*) (Feinberg 1965: 400). Proporcingumo teorijose, kaip minėta, pripažįstant abu elementus, esminiu laikomas tik pasmerkimas.

Iš to seka ir šių teorijų poreikis riboti bausmės griežtumą. Valsybės paskirtas suvaržymas neturi būti toks didelis, kad užgožtų (angl.: *drown out*) teisės išreiškiamą moralinę nuostatą (Ashworth 2017: 483). Pagal šį argumentą, proporcingumo principas ir baudžiamosios teisės, kaip išreiškiančios veiksmo pasmerkimą samprata papildo vienas kitą reikalavime riboti bausmės dydį. Per didelė bausmė, lyginant su tuo, kiek smerkiamas veiksmas, pakirstų baudžiamosios justicijos pretenziją į teisingumą ir

paverstų ją vien tik gąsdinimo įrankiu. Bausmė taptų grėsmingesne ir atgrasesne nei pats veiksmas, kurį norima pasmerkti.

Kadangi proporcingumo teorijos šalininkams bausmių apribojimas yra eksplicitinis tikslas, itin pavojinga šiai teorijai yra kritika, nurodanti, kad taikomas praktikoje, proporcingumo principas prisideda prie baudimo ekspansijos. Hannah Pickard ir Nicola Lacey teigia kad nūdienis retributyvizmas galėjo prisidėti prie tokios ekspansijos, kadangi legitimuoja neigiamas ir pažeidėjų nukreiptas emocijas, negalėdamas sėkmingai institucionalizuoti apribojimų tokių emocijų raiškai (Lacey and Pickard 2015: 218). Negatyvių emocijų įteisinimas, šiuo požiūriu, seka iš sampratos, kad teisė yra smerkianti institucija, ir kad prasižengusieji nusipelno tokio smerkimo. Tačiau būtent proporcingumo principas ir jį lydintys argumentai proporcingumo teoretikams yra tai, kas stabdytų tokių emocijų nežabotą raišką, jei tik būtų taikomi praktikoje. Ashwortho atsakymas šiai ir panašiai kitų autorių kritikai yra nurodymas, kad faktiškai griežtinant baudžiamosios justicijos strategijas Anglijoje ir Velse, teisininkai ir politikai pastaruosius dešimtmečius nurodė ne į proporcingumą ar nuopelną, bet į atgrasymą ir visuomenės apsaugą (Ashworth 2017: 487). Toks empirinis argumentas gali padėti atsilaikyti prieš teiginius, kad proporcingumo principas prisidėjo prie bausmių ekspansijos. Siekiant pagrįsti šio principo pajėgumą apriboti valstybės prievartą svarbesni yra anksčiau minėtas „užgožimo“ ir kiti teoriniai argumentai.

Vienas iš tokių argumentų grąžina prie teisių pažeidimo klausimo. Ashworthas nurodo, kad fundamentalios teisės, tokios kaip teisė į laisvę, neturėtų būti pažeidžiamos dėl mažiau svarbių teisių, pavyzdžiui teisės į nuosavybę pažeidimo (Ashworth 2017: 484). Argumentas iš esmės pasisako prieš įkalinimą už pažeidimus susijusius su nuosavybe ir menkesnius už juos. Teisių arba interesų pasvėrimas vienam prieš kitą, kaštų ir naudos prasme, pasak Engle'ės yra tinkamiausia moderni balansavimo samprata, tačiau taikytina tik kintančioms ekonominėms teisėms, bet ne fundamentalioms teisėms (Engle 2013: 273). Ashwortho nurodomas argumentas yra suderinamas su šia pozicija jei laikome teisę į laisvę fundamentalia, o teisę į asmeninę nuosavybę ekonomine. Žinodami, kad fundamentali teisė negali būti pažeista dėl ekonominės, mes net negalime pritaikyti naudos ir kaštų analizės sprenddami konfliktą tarp teisės į laisvę ir teisės į nuosavybę. Teisė į laisvę yra kategoriškai svarbesnė.

Šiame konflikte teorijos atsakymas yra aiškus. Tačiau suformuluoti daugiau apribojimų baudimui, pasitelkiant individualias teises nėra taip paprasta. Douglasas Husakas pabandė tai padaryti pasiūlydamas papildomą „*teisę nebūti baudžiamam*“ (angl.: „*right not to be punished*“), dėl kurios

valstybė visada *a priori* būtų laikoma neteisčia kažką kriminalizuodama, kol nepateikia tam įtikinamo pagrindimo (Husak 2008: 102). Gana akivaizdu, kad ši teisė neturėtų būti suprasta kaip ekonominė. Tačiau jei ji yra fundamentali, pagrindu ją pažeisti negalėtų būti ekonominių interesų arba teisių apsauga. Tokiu atveju už su nuosavybė susijusius nusikaltimus valstybė bausti negalėtų. Viena yra teigti, kad valstybė neturėtų įkalinti už tokius pažeidimus, tačiau vargu ar pavyktų pagrįsti jog už juos išvis neturėtų būti baudžiama, kitaip tariant, kad tai neturėtų būti laikoma nusikaltimais. Jei, visgi, laikysime *teisę nebūti baudžiamu* nors ne ekonomine, bet kokia nors kita kintančia teise, tokiu atveju ji vėl galės būti pasveriamą prieš valsybės interesus ir praktiškai nebus papildomu suvaržymu jų įgyvendinimui.

Todėl tvirtesnį teorinį pagrindą argumentuoti už valstybės taikomos prievartos griežtą ribojimą retributyvistai rastų ne nuorodose į individualias teises, o pačioje bausmės, kaip teisingo pasmerkimo sampratoje.

2.2. Santykinis ir absoliutus proporcingumai

2.2.1. Retribucinio proporcingumo skiriamieji bruožai

Proporcingumo principas nėra išskirtinis retribucinių teorijų bruožas, tačiau retribucinėse teorijose taikomas proporcingumo principas turi skiriamuosius bruožus.

Termino lankstumas ir čia leidžia įvairias variacijas, tačiau yra ir sutampančių retribucinio proporcingumo bruožų. Pasak Görano Duus-Otterströmo, kiekviena retribucinio proporcingumo idėja įtrauks šiuos tris reikalavimus: už vienodai sunkius nusikaltimus turėtų būti skiriamos vienodai griežtos bausmės; už nevienodai sunkius nusikaltimus turėtų būti skiriamos nevienodai griežtos bausmės ir kuo didesnis nusikaltimas, tuo didesnė turėtų būti bausmė (Duus-Otterström 2019: 31). Pirmieji du principai nurodo į santykinį bausmių paskirstymą pagal numanomus santykius tarp nusikaltimų. Trečiasis principas nurodo ryšį tarp bausmės ir nusikaltimo, kuris tuo pačiu sukonkretina kaip bausmės turėtų būti išskirstomos.

Šioje principo analizėje jau matyti kartinė skirtis retribucinėse proporcingumo teorijose. Šiose teorijose veikia du vienas kitą papildantys proporcingumai. Ranginis (angl.: *ordinal*) proporcingumas nurodo kaip santykinai nusikaltimai turėtų būti baudžiami, vienos bausmės griežtumui priklausant nuo kitos, o kardinalusis (angl.: *cardinal*) proporcingumas atsiranda nurodžius konkretų absoliutų bausmės

dydį už bent vieną nusikaltimą (Hirsch 1985: 39). Kitaip tariant, ranginis proporcingumas nurodo, kad bausmės turėtų būti išrikiuotas pagal tai, kiek smerktinu laikomas nusikaltimas, pavyzdžiui, kad bausmė už ginkluotą apiplėšimą turėtų būti didesnė nei bausmė už vagystę jei pirmasis nusikaltimas laikomas didesniu už pastarąjį. Jei galime išrikiuoti nusikaltimus pagal jų smerktinumą, bausmės, kurias už juos skiriame turėtų nuosekliai didėti, didėjant nusikaltimo smerktinumui. Pagal šiuolaikines proporcingumo teorijas, kardinalusis proporcingumas yra gaunamas, kai išrikiavę nusikaltimus pagal jų smerktinumą, atrandame *tvirtinimo tašką* (angl. *anchoring point*) – vietą, kurioje nusikaltimų skalę pritvirtiname prie bausmių skalės (Ashworth 2017: 482-483; Hirsch 1993: 36). Tam reikia nustatyti konkrečią bausmę už bent vieną konkretų nusikaltimą, pavyzdžiui bausmę už smulkia vagystę ir tada visos kitos bausmės išsirikiuoja pagal ranginį proporcingumą - santykinai šiai nusikaltimo-bausmės porai.

Skirtis tarp kardinalaus ir ranginio proporcingumo įveda ir papildomų neaiškumų. Duus-Otterströmas teisingai pastebi, kad, fon Hirschas rangų skalės sąvoką vartoja kitaip nei priimta matavimo skalių teorijoje, kur rangų skalėje galima tik išrikiuoti dalykus pagal rangą, nenurodant dydžių skirtumų (Duus-Otterström 2019: 34). Dėl to Duus-Otterströmas siūlo vietoje ranginio ir kardinalaus proporcingumo kalbėti apie, atitinkamai, santykinį ir absoliutų proporcingumus (*Ibid.*). Tačiau toks terminų pakeitimas irgi yra ne visai tikslus, kadangi kardinalus proporcingumas fon Hirscho teorijoje nėra visiškai absoliutus. Nusikaltimo kardinalus proporcingumas priklauso nuo to, koks pasirinktas įtvirtinimo taškas, tai yra kokia bausmė nustatyta konkrečiam nusikaltimui pagal tai, kiek jis smerkiamas. Nusikaltimo smerktinumas yra konvencija, tačiau ne visos konvencijos yra vienodai priimtinos (Hirsch 1996: 19). Nusikaltimas yra smerktinas tiek, kiek jį smerkia konkreti bendruomenė, kurioje jis įvykdytas.

Bandymas parodyti konvencijos nepriimtinumą yra problemiškas. Hirscho bandymai yra susiję su smerktinumo išvedimu iš to, kiek pažeidimas sutrikdo aukos gyvenimo lygį (angl.: *living standard*) arba nuorodomis į tai, kad didelė bausmė už menką pažeidimą parodo, kad valstybei nėra svarbūs pažeidėjo interesai, pavyzdžiui jo interesas turėti judėjimo laisvę (*Ibid.* 37). Tačiau jei nusikaltimo smerktinumas yra išvedamas iš gyvenimo lygio sutrikdymo jis arba nėra konvencija, arba konvencija yra gyvenimo lygio įvertinimas. Pastaruoju atveju, tiesiog klausimas, ties kuriuo reikia susitarti yra perkeliamas nuo to, kiek mes kažką smerkiame ir kaip tai išreiškiame prie to, kaip mes suprantame gyvenimo lygį ir jos sutrikdymą. Tačiau nei vienu atveju nėra pagrindo nuosekliai teigti, kad kokia nors konvencija yra nepriimtina, nebent padarant naujas prielaidas, kurios pakirstų smerktinumo kaip

konvencijos sampratą.

Svarstymai kada ir kiek galima pažeisti paties pažeidėjo interesus, grąžina prie proporcingumo kaip interesų balansavimo sampratos. Interesų svėrimas, kaip aptarta, yra tinkamesnis *naudos ir naštos*, o ne *išraiškos* teorijoms. Pirmosiose teorijose kardinalaus proporcingumo apribojimų teoriškai būtų laikomasi tada, kai pažeidėjo interesai yra pažeidžiami tik tiek, kad būtų atsvertas neteisingai įgytas pranašumas prieš kitus visuomenės narius. Tiesa, neaišku, kaip praktiškai būtų galima apskaičiuoti kokio dydžio pranašumas ir kada yra įgyjamas, todėl šios teorijos neatrodo galinčios geriau įtvirtinti kardinalaus arba absoliutaus proporcingumo reikalavimus.

Tad apribojimų absoliučiam bausmių griežtumui įtvirtinimas yra vienas iš svarbiausių ir sunkiausiai pasiekiamų proporcingumo teorijos tikslų.

2.2.2. Proporcingumo teorijos tikslų priešprieša

Mišriose retribucinėse teorijose atsiranda priešprieša tarp siekių įtvirtinti kardinalaus ir ranginio proporcingumo reikalavimus bei griežtai apriboti galimos bausmės dydį.

Nepavyktų ribą didžiausiai galimai bausmei išvesti tiesiai iš proporcingumo principo. Jei bausmę išvedame iš to, kiek smerkiame veiksmą ir konkretų veiksmą smerkiame nors kiek, išvestas rezultatas negali būti nulinio dydžio. Tačiau tol, kol galime įsivaizduoti bent kiek labiau smerktiną veiksmą, tol proporcingumas reikalauja skirti griežtesnę bausmę.

Tokį skaičiavimą galima apeiti nebent įsivedant papildomas prielaidas ar reikalavimus bausmių skalei. Būtent taip daro proporcingumo teoretikai, mėgindami nustatyti ribą, iki kiek maksimaliai gali kilti bausmių skalė. Norėdami dėl humaniško priežasčių kuo labiau sumažinti valstybės keliamą kančią, pasak fon Hirscho tokią ribą galėtume brėžti ties trimis metais už daugumą nusikaltimų, penkiais - už nužudymus, paliekant galimybę bausti griežčiau tik už itin žiaurias nužudymus (Hirsch 1995: 43). Tačiau ir tokios žemos ribos nustatymas yra problemiškas laikantis požiūrio, kad metai kalėjime yra tik praktinė paskata nenusikalsti, o esminis bausmės tikslas yra veiksmo moralinis pasmerkimas.

Stipriausias *išraiškos* teorijų įrankis kardinalaus proporcingumo nustatymui yra „užgožimo“ argumentas. Šis argumentas aiškiai analitiškai nurodo, kodėl laikantis šių teorijų bausmė negali būti per didelė santykiyje su pažeidimu, nepriklausomai nuo to, kokia yra bausmių rikiuotė, tai yra nepriklausomai nuo atitikimo ranginio proporcingumo reikalavimams. Nors pats būdamas *išraiškos* teorijų šalininku, R. Antony'is Duffas mano, kad net tokia bausmė kaip treji ar penkeri metai kalėjimo

užgožia moralinį teisės balsą, jei laikome konkretų suvaržymą prasižengusiajam tik praktine paskata nenusikalsti (Duff 2001: 85). Kitaip tariant, jei laikas kalėjime ar kiti konkretūs baudimo būdai yra tik praktinis priedas prie esminio bausmės elemento – moralinio pasmerkimo, tik būdamas labai menkas jis neatimtų iš moralinio elemento pagrindinio vaidmens. Paties Duffo *bausmės kaip atgailos* (angl.: *punishment as penance*) teorijoje bausmės sukuriama suvaržymai yra integrali jos komunikaciniam tikslui dalis, be kurio nei bausmės smerktinumas, nei atgaila negali būti tinkamai išreikšti (*Ibid.* 95). Suprantant abu bausmės elementus, ir smerkimą, ir suvaržymus, kaip moralinius, išvengiama jų priešpriešos dėl dominuojančio vaidmens, kai skirtingi elementai turi skirtingus tikslus.

Viršutinės ribos galimai bausmei nustatymas, kurio siekia fon Hirschas ir jam pritariantys teoretikai iš dalies gali būti pagrįstas net ir kardinalaus proporcingumo kontekste, grįžtant prie ilgos proporcingumo, kaip per apribojimą įteisinančio reikalavimo istorijos. Tačiau vienu metu nurodyti į kardinalų proporcingumą ir apversti jo logiką, kaip tai daro šie teoretikai nurodydami, kad baudžiant taikomi suvaržymai yra prevenciniai ir idealioje visuomenėje, kur nusikaltimai itin reti, galėtų būti visiškai panaikinti (Hirsch and Ashworth 2005: 24) yra abejotinas sprendimas. Pagal tokį supratimą, bausmių griežtumo skalė turi viršutinę, bet ne apatinę ribą, kas yra priešinga aukščiau aptartai proporcingumo analizei, pagal kurią jei veiksmas bent kažkiek smerktinas, bausmė negali būti vienu metu ir nulinio dydžio ir proporcinga.

Tokio apvertimo problemiškas aiškiai matyti aptariant dar vieną retribuciniams proporcingumo supratimui būdingą bruožą. Tai, kad dydžių skirtumai yra svarbūs šiuolaikiniams proporcingumo teoretikams ir sukelia problemų mėginant nustatyti viršutinę, bet ne apatinę ribą galimai bausmei. Dar vienas retribucinio proporcingumo vidinis reikalavimas yra tai, kad atstumai tarp nusikaltimų rimtumo turėtų būti atspindėti atstumais tarp bausmių griežtumo (Hirsch and Ashworth 2005: 140; Duus-Otterström 2019: 32). Tad, pavyzdžiui, kadangi laikome žmogžudystę daug rimtesniu nusikaltimu nei smulki vagystė, proporcingumo reikalavimai nebūtų išpildyti, jei už pirmąjį nusikaltimą skirtume 5 metų laisvės atėmimo bausmę, o už antrąjį – 4 metų. Neužtenka to, kad sunkesnis nusikaltimas yra baudžiamas griežčiau. Tai, kiek sunkesniu laikome vieną nusikaltimą už kitą, turi matytis tame, kiek viena bausmė yra griežtesnė už kitą.

Būtent čia kyla problema jei norima nustatyti griežtą ir kuo žemesnę viršutinę ribą galimai bausmei. Fon Hirschas, kaip minėta, tik už išskirtinai pasibaisėtinas žmogžudystes numato galimybę skirti didesnę bausmę nei 5 metai laisvės atėmimo. Visiems nusikaltimams, kai nebuvo atimta gyvybė galimos bausmės viršutinė riba yra 3 metai be galimybės ją peržengti nepriklausomai nuo aplinkybių.

Tačiau mes galime įsivaizduoti ir itin smerktinus smurtinius nusikaltimus, kurie nesibaigia aukos mirtimi. Be to, įsivaizduodami tokį nusikaltimą galime pridėti vis daugiau aplinkybių, kurios verstų mus smerkti nusikaltimą vis labiau. Jei 3 metų laisvės atėmimo bausmę paliekame tik labiausiai smerktiniams iš šių nusikaltimų, o tarp šios bausmės ir bausmių už mažiau smerktinus nusikaltimus turi būti palaikomas atitinkamas atstumas, atsiduriame paradoksaliaje situacijoje, kai kuo didesni nusikaltimai daromi, tuo labiau turime švelninti bausmes už visus bent kiek mažesnius nusikaltimus. Tam, kad šis teorinis paradoksas taptų faktine problema nereikia nustatyti itin žemos ribos didžiausiai galimai bausmei. Ši problema turi atitikmenį ir dabartinėje faktinėje situacijoje. Didžiausia bausmė nurodyta baudžiamajame kodekse tuo pačiu yra ir faktinė teisiškai įtvirtinta viršutinė riba bausmei. Jei griežtai laikytumės proporcingumo reikalavimų, šią ribą tektų didinti įvykus itin smerktino pobūdžio nusikaltimams. Kuo labiau mėgintume šią ribą mažinti – tuo labiau tektų pažeisti atstumo išlaikymo reikalavimą.

Tad principo priešprieša su tikslu kuo labiau apriboti valstybės prievartą nūdienėse proporcingumo teorijose atsiranda dėl pačios proporcingumo principo, kaip galinčio gana tiksliai nustatyti absoliučius pelnytos bausmės dydžius, sampratos.

3. NUSIKALTIMO IR BAUSMĖS OBJEKTYVUMAS

3.1. Kam proporcinga?

3.1.1. Nuopelno apimtis

Keliant klausimą, kam būtent turėtų būti proporcingos bausmės, yra du būdai užklausti įprastą atsakymą, tai yra, kad jos turėtų būti proporcingos nusikaltimams. Pirmasis yra klausti ar tikrai atsakymas turėtų būti būtent nusikaltimai. Antrasis – ką konkrečiai šis atsakymas reiškia, tai yra, kas sudaro nusikaltimo rimtumą.

Pirmasis užklauso būdas iškart atrodo gana nepagrįstas. Nusikaltimas ir bausmė yra klasikiniai baudžiamosios teisės struktūrą palaikantys stulpai – baudžiamoji justicija formuojasi būtent kaip būdas sistemiskai reaguoti į nusikaltimus. Tačiau pagrindo klausti kam iš tiesų turėtų būti proporcinga bausmė randame jau klasikiniame retributyvizme. Kalbėdamas apie mirties bausmės teisingumą, Kantas teigia, kad garbingas žmogus, jei galėtų rinktis būtent šią bausmę už jos vertą nusikaltimą, o negarbingas norėtų jos išvengti, todėl garbingasis, pagal jo paties standartus būtų baudžiamas menčiau nei negarbingas pagal savo standartus ir dėl to ši bausmė jiems abiem būtų proporcinga pagal jų vidinį niekingumą (vok.: *Niederträchtigkeit*) (Kant 1870: 176). Tad čia nors baudžiama už tą patį nusikaltimą ir ta pačia bausme, bet bausmė yra proporcinga ne dėl nusikaltimo rimtumo, o dėl to, ko baudžiamasis nusipelno apskritai, pagal tai, koks jis yra.

Panašus požiūris, kad nusikaltimas lemia tik nedidelę dalį to, ko nusipelnoma yra formuojamas ir šiuolaikinėje filosofijoje. Gertrude Ezorsky pasiūlo *viso gyvenimo požiūrį* (angl.: *whole life view*), pagal kurį tai, ko nusipelno prasižengusysis priklauso ne vien nuo nusikaltimo, bet nuo visko, ką jis patyrė ir padarė per visą gyvenimą (Ezorsky 2015: xxiv). Toks požiūris skiriasi nuo Kanto pavyzdžio bent dviem svarbiais aspektais. Pirmiausia, čia nuopelnas išvedamas ne iš garbės, dorumo lygio ar kitų nusikaltusio žmogaus savybių, o iš jo gyvenimo faktų. Pasirinkus bet kurį iš šių objektų kaip to, ko nusipelnoma išvedimo pagrindą, kultū milžiniškos epistemologinės problemos, kadangi sunku net įsivaizduoti kaip būtų galima patikimai sužinoti bei įvertinti, kurį nors iš jų. Tačiau antrasis skirtumas yra tas, kad Kanto pavyzdyje, galiausiai paskiriama bausmė – mirties bausmė – buvo vienoda abiem nusikaltėliams. Kanto pavyzdys yra skirtas parodyti mirties bausmės yra teisinga nepriklausomai nuo

to, kokio moralumo žmogui ją paskiriame už nusikaltimą, už kurį nusipelnoma tokios bausmės. Tiesa, galimi įvairūs variantai kaip toks požiūris turėtų būti interpretuojamas perkeliant jį ties kitais nusikaltimais ir kitomis bausmėmis.

Situacija, susidaranti priėmus Ezorsky variantą yra itin problemiška retributyvistui. Jei tai, ko nusipelnoma po nusikaltimo yra viso gyvenimo darbų ir patirčių rezultatas, pelnyta bausmė, jei išvis kada yra paskiriama, tai itin retai ir atsitiktinai. Be to, vargu ar galime tikėtis sugalvoti būdą, kaip pagerinti šią situaciją ir padaryti, kad pelnytos bausmės būtų skiriamos dažniau.

Tai, kaip teoretikas elgiasi tokios išvados akivaizdoje priklauso nuo užimamos teorinės pozicijos. Ezorsky pagal užimamas pozicijas bausmės tikslo klausimu teoretikus suskirsto į teleologus, retributyvistus ir teleologinius retributyvistus (*Ibid.*: xi). Šis skirstymas atitinka šiame darbe taikomą teorijų skirstymą į konsekvencionalistines, absoliučias ir mišrias. Vietoje bausmės pasekmių pasirenkant tikslų anapus bausmės sampratą kaip kertinę, konsekvencionalistai vadinami teleologais. Teoretikai, kurie kaip fon Hirschas, nors bausmės pagrindu laiko nuopelną, formuoja mišrias teorijas, kuriose pripažįstama ir kitų bausmės tikslų svarba, čia vadinami teleologiniais retributyvistais. To, kad niekad nežinome, ko prasižengusysis iš tiesų nusipelno akivaizdoje, pasak Ezorsky, absoliutus retributyvistas turėtų pasiduoti, teleologui šis nežinojimas, aišku, nieko nekeistų, o teleologinis retributyvistas galėtų nebent ieškodamas bendresnio teisingumo visuomenėje priimti nuolatinį bausmių neteisingumą individams, kaip neišvengiamą kompromisą (*Ibid.*: xxvi-xxvii). Tad *viso gyvenimo požiūrio* priėmimas itin susilpnintų net ir nuosaikių šiuolaikinių retributyvistų pozicijas ir nepalikėtų galimybės kalbėti apie proporcingumą baudžiamojoje teisėje.

Tačiau šiuolaikiniai retributyvistai šio požiūrio nepriima ir turi tam svarų pagrindą. Pačiai bausmės idėjai yra būtina, kad būtų suprantamas ryšys tarp jos ir veiksmo, už kurį ji yra skiriama (Duff 2018: 38). Tačiau sunku paaiškinti tokį ryšį pagal *viso gyvenimo požiūrį*. Nusikaltimas yra tik vienas veiksmas tarp daugybės jį padariusiojo gyvenimo patirčių. Jei bausmė yra paskiriama ne už jį, neaišku, kodėl ji turėtų būti skiriama po jo, o ne kuriuo nors kitu gyvenimo momentu.

Atrodo, kad *viso gyvenimo požiūris* yra keistos loginės klaidos pasekmė. Pateikusį mintinių eksperimentų, parodančių, kad pažeidėjas galėjo jau iki bausmės pats nukentėti dėl savo nusikaltimo ir kad kančia patirta iki nusikaltimo gali būti reikšminga tam, kokia turėtų būti teisinga bausmė, Ezorsky padaro išvadą, kad siekiant skirti pelnytą bausmę turėtų būti atsižvelgiama į viską, ką pažeidėjas yra patyręs (Ezorsky 2015: xiv-xv). Nepriklausomai nuo Ezorsky mintinių eksperimentų validumo akivaizdu, kad išvada nėra validi. Iš to, kad gali būti reikšmingų aplinkybių, keičiančių tai, kokios

bausmės nusipelno nusikaltusysis neplaukia, kad visos aplinkybės yra reikšmingos.

Vargu ar yra teoretikų, kurie svariai gintų poziciją, kad pelnytos bausmės išvedimui svarbus vien tik nuogas faktas, kad buvo atliktas konkretus, nusikaltimu laikomas veiksmas. Tačiau nesant ribos tam, kokie kiti faktai ir kiek gali turėti įtakos šiam išvedimui, iškyla problema paaiškinti, kodėl apskritai būtent nusikaltimas iššaukia baudžiamosios justicijos atsaką.

Suprasta iki galo, ši problema, regis, panaikina bet kokią galimybę eiti toli anapus nusikaltimo ieškant pagrindo pelnytai bausmei. Bandant teigti, kad šis pagrindas turėtų būti smarkiai išplėstas ignoruojama tai, kad baudžiamoji teisė nėra, negali būti ir neturi būti institucija viso žmogaus gyvenimo įvertinimui. Tai, kad nėra ir, dėl išvardintų epistemologinių bei daugybės praktinių problemų negali būti yra neginčijama. Tačiau ir bandymas teigti, kad retributyvistinis požiūris reikalauja, kad baudžiamoji teisė siektų būti būtent tokia institucija yra klaidingas. Nėra pagrindo institucijai, kuri užsiima žmogaus gyvenimo visumos vertinimu, laukti nusikaltimo, kad pradėtų šį vertinimą. Taip pat tokia institucija turėtų numatyti ne tik bausmes, bet ir apdovanojimus, kaip galimą atsakymą į klausimą, ko žmogus nusipelno. Tačiau institucija, skirstanti nebūtinai bausmes nebūtinai po nusikaltimų yra kažkas kito, nei baudžiamoji teisė. Atsakymas į klausimą, ko žmogus nusipelno *apskritai* nėra baudžiamosios teisės kompetencija. Ji yra skirta atsakinėti į klausimą ko, atsižvelgiant į relevantiškas aplinkybes, nusipelnoma už konkretų nusikaltimą.

Dėl to, nors pagrįsta teigti ir paprastai nėra neigiama, kad išvedant pelnytą bausmę reikia atsižvelgti į aplinkybes, šio išvedimo pagrindu turi būti pats nusikaltimu laikomas veiksmas.

3.1.2. Nuopelno sandara

Klausimas, kas būtent sudaro nuopelną, pagal kurį baudžiama yra susijęs su pirmuoju – apimties klausimu. Nuo to, kas sudaro nuopelną, priklauso tai, į kokias aplinkybes reikia atsižvelgti matuojant nusikaltimo „dydį“.

Nusikaltimo „dydis“, kaip minėta, gali būti įvardintas kitais terminais, pavyzdžiui „rimtumas“ arba „smerktnumas“. Įprastas baudžiamosios teisės diskurso terminas „sunkumas“ (angl.: *gravity*), iškart iššaukia aristoteliško teisingumą, kaip lygybės arba pusiausvyros atstatymo vaizdinį. Dar labiau šį vaizdinį įtvirtina juo paremta balansavimo idėja. Nusikaltimas sveria vieną svarstyklių lėkštę žemyn, tad tam, kad pusiausvyra būtų gražinta, ant kitos lėkštės turi būti uždėta atitinkamo „svorio“ bausmė.

Tai, kad proporcingumo teorijos kontekste dažniau pasirenkamas „rimtumo“ terminas galėtų būti siejama su bausmės, kaip pasmerkimo išraiškos samprata. Sunkūs nusikaltimai *naudos ir naštos*, bei utilitaristinės teorijos. Našta turi atsverti naudą, pagal kurią įvertinamas nusikaltimo „svoris“. Nusikaltimo „rimtumas“ labiau siejasi su išraiškos teorijų atsaku į jį, su taip pat „rimtu“ arba „griežtu“ pasmerkimu.

Kokį terminą bepasirinktume, jis turėtų būti operacionalizuotas idant galėtume išvesti iš jo bausmės griežtumą. Tam, kad būtų galima matuoti nusikaltimo rimtumą, reikia nurodyti jį sudarančius konkrečiose situacijose aiškiau atpažįstamus ir išmatuojamus elementus. Šiais elementais paprastai laikoma padaryta arba rizikuota padaryti žala (angl.: *harm*) ir pažeidėjo kaltumas (angl.: *culpability*) (Hirsch 1985: 64-65). Šie elementai yra postuluojami, tačiau nesunku atsekti jų priėmimo pagrindą. Įtakingasis principas, kurį išpopuliarino Johnas Stuartas Millas, draudžia naudoti prievartą prieš individą kokiais nors kitais tikslais, kaip tik saugant kitus nuo žalos (Mill 1995: 27-28). Idėja, kad negalima bausti už veiksmus, kurie niekam niekaip nekenkia ir nekelia pavojaus, nūdieniame diskurse nesusiduria su rimtais prieštaravimais.

Problemiškas yra kitas žalos principo aspektas. Beveik bet kokia žmogiška veikla gali būti aiškinama kaip koku nors būdu kenksminga ir nėra būdo palyginti skirtingo pobūdžio žalas (Harcourt 1999: 193). Tačiau tokia galimybė nesunaikina žalos principo reikšmės, kadangi svarbu tai, kad siekiant kriminalizuoti veiklą, vis tiek būtų būtina pateikti paaiškinimą, koku būdu ši veikla yra kenksminga arba pavojinga.

Kaltumo elementas nurodo į tai, kiek pažeidėjas turėtų būti laikomas atsakingu už padarytą ar rizikuotą žalą. Pagrindinė skirtis šiame elemente yra tarp to, ar pažeidėjas siekė sukelti žalą, ar tiesiog buvo neapdairus. Robertas Nozickas pasiūlo teoriškai paprastą nuopelno už nusikaltimą apskaičiavimo modelį, pagal kurį jis yra veiksmu padarytos ar siektos žalos ir pažeidėjo atsakomybės (angl.: *responsibility*) už veiksmą sandauga, kai pastaroji yra lygi dydžiui tarp nulio ir vieno (Nozick 2001: 60). Atsakomybė šiuo atveju atitinka kaltumą. Svarbiausias šio modelio bruožas yra tai, kad jei atsakomybė yra lygi nuliui, pelnytos bausmės dydis pagal sandaugą taip pat yra lygus nuliui, nepriklausomai nuo žalos dydžio. Tai reiškia, kad negalima bausti asmens, jei jo veiksmuose nebuvo kažko mažų mažiausiai nusikalstamai aplaidaus, jei nebuvo moralinio pagrindo iš jo reikalauti numatyti galimas kenksmingas pasekmes.

Taikant šį modelį praktikoje iškyla daug neaiškumų dėl to, kaip apskaičiuoti pačių elementų dydžius. Pasak fon Hirscho ir Nilso Jareborgo, pažeidėjo kaltumo lygio nustatymui galime vadovautis

egzistuojančiomis teisės doktrinomis apie tyčinius ir netyčinius veiksmus, atsakomybę šalinančias aplinkybes ir kitomis, tačiau nei teisė, nei teisės teorija nepateikia beveik jokio paaiškinimo, kaip apskaičiuoti žalą (Hirsch and Jareborg 1991: 3). Šie teoretikai pamėgino apskaičiuoti pažeidimų žalą suskirstydami *gyvenimo lygį* į keturis lygmenis nuo paprasčiausio išgyvenimo ir funkcionavimo iki aukštesnio nei adekvatus komforto lygmens taip, kad žala laikoma tuo didesnė, kuo labiau pamatinio lygmens poreikiams yra pakenkiama arba rizikuojama pakenkti (*Ibid.* 17). Šitokia analizė tinka *išraiškos* teorijoms, kadangi, kuo nusikaltimas yra žalingesnis galimybėms gyventi kokybišką gyvenimą pagal tam tikros bendruomenės standartus, tuo labiau jis bus smerkiamas toje bendruomenėje. Nors šis modelis išsprendžia toli gražu ne visas su konkretaus nusikaltimo žalos apskaičiavimu susijusias problemas, kadangi gali nurodyti tik įprastą tam tikro tipo nusikaltimo žalą, tačiau jis pateikia gana aiškų ir pritaikomą kriterijų skirtingų nusikaltimų išrikiavimui pagal žalingumą.

Iššūkiai tokiam nuopelno pagal kaltumą ir padarytą arba rizikuotą žalą apskaičiavimui gali būti įvairūs, tačiau čia svarbiausia atmesti vieną tokių iššūkių grupę. Šią grupę reprezentuoja Jespero Rybergo iššūkiai, kuriuose nurodoma, kad žalą sunku specifikuoti, nes be tiesioginės, dėl nusikaltimo padarymo gali atsirasti daug netiesioginės žalos (Ryberg 2019: 56-57), bei, kad priklausomai nuo to, kas yra auka ir kitų aplinkybių, individualūs to paties nusikaltimo atvejai gali stipriai skirtis žala (*Ibid.*: 59). Šie iššūkiai turėtų versti suabejoti ar yra prasmė kalbėti apie objektyvų nusikaltimo rimtumą, kai individualūs atvejai turi tiek daug specifikos padarančios žalą itin neapibrėžta.

Tačiau, regis, šiuo atveju yra pervertinama tai, kiek reikšminga yra potenciali dėl atvejo individualumo atsirandanti žala vertinant nusikaltimo smerktinumą. Paaiškinimui galima pasitelkti Rybergo pavyzdį, kuriuo jis nurodo, kad automobilio vagystė iš neturtingo, vieną automobilį turinčio žmogaus, padaro jam didesnę žalą nei tokio pat automobilio vagystė iš turtuolio, nes pirmasis neturi kaip išvengti kitų neigiamų vagystės padarinių, pavyzdžiui darbo praradimo, kai nėra kitų būdų iki jo nusigauti (*Ibid.*). Šis pavyzdys tinka iliustruoti ir papildomą nenumatytą žalą, ir žalą, kuri yra didesnė dėl atvejo specifinių aplinkybių. Tačiau gana akivaizdu, kad nei vienu atveju papildoma žala nėra svarbi nusikaltimo smerktinumo vertinimui. Neatrodo teisinga smerkti kažką, už tai, kas įvyko dėl jam nežinomų ir netipiškų aplinkybių.

Radikalesnis, bet struktūriškai panašus pavyzdys tai parodo aiškiau. Nusikaltėlis gali tyčia savo auka pasirinkti turtingą žmogų ir pavogti automobilį manydamas, kad taip nedaro ypatingos žalos aukai. Tačiau gali būti, kad jis pervertino aukos turtus ir pavogė tokį automobilį, kokio auka daugiau nebegali įpirkti. Taip pat gali būti, kad netekęs automobilio auka prarastų dalį savo statuso ir santykių

savo socialinėje grupėje. Tokie staigūs praradimai aukai gali pasirodyti psichologiškai nepakeliami taip, kad net privestų prie savižudybės. Nors pavyzdys radikalus, tačiau nei viena jo dalis nebūtų visiškai naujiena realiame gyvenime. Net ir atmetus savižudybę, statuso ir santykių praradimas savaimė tikrai yra rimtas smūgis gyvenimo lygiui. Tačiau vargu ar yra pagrindo užkrauti atsakomybę už visas šias žalas nusikaltėliui, kuris netgi priešingai, sąmoningai siekė padaryti kuo mažiau žalos.

Net jei šiame pavyzdyje nebūtų gerosios nusikaltėlio intencijų dalies, vargu ar tai reikšmingai padidintų jo veiksmų smerktinumą. Kiekviena žmogaus veikla prisideda prie kauzalinės grandinės, kuri gali baigtis labai įvairiais rezultatais. Nėra jokio pagrindo užkrauti atsakomybę pažeidėjui dėl papildomų ir išskirtinių jo pažeidimo pasekmių, kai nėra akivaizdu, kad jis turėjo jas numatyti.

Tad konkretus nusikaltimas išlieka pagrindu bausmės nuopelnui, kurio negalima išplėsti nurodant į papildomas žalas, nesant pagrindo tikėtis, kad jos bus numatytos.

3.2. Kas proporcinga?

3.2.1. Individualių skirtumų iššūkio ribos

Pažeidėjų individualių savybių skirtumai gali daryti įtaką bausmei tik ekstremaliais atvejais, todėl nemeta rimto iššūkio proporcingumo teorijai.

Nurodyti į skirtumus tarp individų galima ir kalbant apie tai, dėl ko padaromas nusikaltimas, ir apie tai, kaip išgyvenama bausmė. Pirmuoju atveju, Rybergo individualizacijos iššūkio proporcingumui antra dalis teigia, kad taip, kaip atsižvelgiama į skirtumus tarp nepilnamečių ir suaugusiųjų vertinant jų kaltumą, taip turėtų būti atsižvelgiama ir į skirtumus tarp pačių suaugusiųjų, nes pastarieji gali turėti skirtingai išsivysčiusius sugebėjimus suvokti savo atsakomybę (Ryberg 2019: 60). Rybergas supranta, kad suaugusiųjų kaltumas vertinamas kitaip nei nepilnamečių dėl kitokių normatyvinių lūkesčių suvokti savo atsakomybę, tačiau jis klausia kodėl pažeidėjai turėtų būti baudžiami pagal bendrus normatyvinius lūkesčius ir teigia, kad keista bausti kažką pagal lūkesčius, kai žinome, kad faktiškai jis jų neatitinka (*Ibid.* 69-70). Atsakymas į Rybergo klausimą tikriausiai yra susijęs su tuo, kad visa baudžiamoji teisė yra pagrįsta bendrais normatyviniais lūkesčiais. Šį pagrindą galima užklausti, tačiau tikriausiai tai reikėtų daryti baudžiamosios teisės egzistavimo pateisinimo stadijoje. Sutikus, kad visuomenė turi teisėtus lūkesčius dėl to, kaip jos nariai turi elgtis, abejoti ar ji turi teisę tikėtis, kad jos nariai iki tam tikro amžiaus išmoks suvokti šias taisykles ir prisiimti atsakomybę už jų laikymąsi atrodo

nenuoseklu ir nepagrįsta.

Rybergo teiginys apie baudimo pagal lūkesčius žinant, kad kažkas jų neatitinka keistumą pats yra keistas, kadangi supainioja proceso eiliškumą. Pirmiausia yra keliami lūkesčiai visiems visuomenės nariams iki tam tikro amžiaus išvystyti tam tikrus normatyvinius sugebėjimus. Tada kai baudžiama paprastai žinoma tik tiek, kad žmogus padarė tai, ko turėjo suvokti, kad daryti negalima. Išskyrus klinikinius atvejus nėra priežasties, kodėl turėtume manyti, kad baudžiamas žmogus yra mažiau pajėgus už kitus prisiimti atsakomybę už savo veiksmus. Visi sutinka, kad į klinikinius atvejus atsižvelgti reikia ir praktikoje siekiama, kad taip būtų visada. Tačiau neskaitant tokių atvejų, neaišku, iš kur turėtume žinoti, kad vienas suaugęs žmogus prasčiau už kitą gali prisiimti atsakomybę už savo veiksmus. Rybergas nenurodo procedūrų ar ženklų, pagal kuriuos galėtume tai atpažinti ar bent nuspėti.

Tik objektyviai atpažįstami atvejai yra tikrai reikšmingi ir proporcingumo kontekste kalbant apie variacijas individualiame bausmės patyrimo. Adamas J. Kolberis šias variacijas skirsto į objektyvias ir subjektyvias pagal tai, ar jie, atitinkamai, suvokiami pašaliniam stebėtojui iš išorinių sąlygų, ar tiesiogiai nematomi, kadangi kyla dėl vidinių nubaustojų savybių (Kolber 2009: 188-189). Pirmiausia verta apsvarstyti objektyvius skirtumus, kadangi jie yra mažiau problemiški. Kolberis nurodo į objektyvius skirtumus tarp įkalinimo įstaigų ir atvejus, kai galima pagrįstai numanyti jog dėl bylos aplinkybių nuteistieji rizikuoja kalėjime patirti daugiau smurto iš kitų kalinių ir su tuo susijusių sunkumų (*Ibid.*). Nesunku sutikti, kad jei nusikaltėliams už visiškai identišką nusikaltimą paskiriama tiek pat laiko praleisti kalėjime, ši bausmė vis tiek nėra vienoda, kai ji atliekama įstaigose, kur skiriasi kamerų dydžiai ar tvarkos griežtumas. Tokiu atveju pažeidžiamas proporcingumo reikalavimas, kadangi už tą patį nusikaltimą realiai baudžiama skirtingai.

Tačiau tai yra veikiau ne argumentas prieš proporcingumo bausmėje teorijas, bet už visišką įkalinimo įstaigų standartizaciją. Nėra jokio principinio būdo pateisinti egzistavimą faktinių skirtumų įkalinimo įstaigose, kuriose atliekamos bausmės už tokio paties rimtumo nusikaltimus. Praktiniai sunkumai šalinant šiuos skirtumus gali iš dalies pateisinti jų egzistavimą, tačiau negali pateisinti atsisakymo siekti juos pašalinti. Tol, kol šie skirtumai egzistuoja, proporcingumo teorija tikrai turėtų reikalauti atsižvelgti į juos skiriant bausmę. Tačiau tai sukeltų papildomų praktinių problemų matuojant bausmės dydį, kai reikia pasverti nebendramačius dalykus – laiką praleistą įstaigoje ir sąlygas joje. Dėl to, tik visiškos įstaigų standartizacijos siekis yra su šia teorija suderinama strategija.

Šiek tiek kitaip yra kalbant apie numanomą smurtą, kuris bus patiriamas kalėjime iš kitų kalinių. Valstybė negali pripažinti, kad kalėjime patiriamas smurtas yra bausmės dalis. Tokiu atveju,

išraiškos teorijose šis smurtas įgytų pasmerkimo išreiškimo funkciją. Tačiau valstybė negali perleisti dalį savo funkcijos tokiam smurtui, kurį siekia pašalinti. Tad tokiu atveju bausmė nėra perskaičiuojama įtraukiant patirtą smurtą, kaip jos dalį. Bausmė yra sušvelninama sąmoningai nukrypstant nuo proporcingumo, atsižvelgiant į faktinius dar nepašalintus sistemos trūkumus. Proporciningumo teoretikai, kadangi, kaip parodyta anksčiau, yra mišrūs, o ne absoliutūs retributyvistai ir atvirai siekia bausmės ribojimo, gali leisti tokius nukrypimus nuteistojo naudai.

Tokiu atveju valstybė prisiima dalį atsakomybės už bausmės patirtį, kadangi negali suvaldyti jos taip, kaip turėtų. Tačiau yra ribos tam, kiek atsakomybės galima užkrauti valstybei. Kolberis teigia, kad į bausmę įeina ne tik negatyvios pasekmės nuteistajam, kurių bausme siekiama, bet ir nesiektos, bet numanomos pasekmės ne tik pačiam nuteistajam, bet ir kitiems visuomenės nariams (Kolber 2012: 13). Analizuodamas literatūrą apie bausmės netiesioginę žalą (angl.: *collateral damages*) nuteistojo artimiesiems, Sattaras teigia, kad tai išryškina konceptualinę skylę proporcingumo teorijoje (Sattar 2016: 76). Pagal šiuos teiginius, proporcingumo principo paskiriant bausmę niekada nėra laikomasi, nes paskirtą oficialią bausmę realiai padidina netyčia sukelti padariniai.

Šitaip prieštaraujama įprastam bausmės supratimui, kurį XXa. įtvirtino Hartas (Hart 2008: 5), bausme laikančiam tik tai, ką valdžia tyčia padaro nuteistajam. Šiuolaikiniai retributyvistai, kaip minėta aukščiau, gali sutikti, kad tam tikromis aplinkybėmis proporcinga bausmė gali būti paveikta aplinkybių, kurių valdžia nesiekė. Husakas jau 1990 bandė parodyti, kad pasiūlymas pripažinti iki bausmės paskelbimo teismo patiriamą stigmatizaciją ir sunkumus, kai jie yra išskirtiniai, gali būti argumentuotai ginamas, tačiau nurodė, kad šie argumentai toli gražu nėra galutiniai (Husak 1990: 97). Jei ir būtų galutiniai, esminis skirtumas tarp Husako nurodomų atvejų ir netiesioginės žalos, kuri gali atsirasti dėl bausmės yra tai, kad pirmieji jau yra įvykę ir žinomi prieš paskiriant bausmę. Labiau pagrįsta atsižvelgti į tai, kas jau įvyko nei į tai, kas gali ir neįvykti.

Tad netiesioginės žalos numanymas kelia epistemologinių problemų, kadangi turėtų būti paaiškinta kodėl tokia žala yra beveik neišvengiama. Tačiau net esant tokiam paaiškinimui, išlieka klausimas ar tikrai atsakomybė už šią žalą turi tekti baudžiamajam aparatui. Individualių teisių teorijos kontekste Alanas Gewirthas pasiūlė *įsiterpiančio veiksmo* principą (angl.: *the principle of intervening action*), pagal kurį veikėjas nelaikomas moraliai atsakingu už pasekmes, kurias galėjo numatyti, bet kurių nesiekė, jei po jo veiksmo sekė kito, aplinkybes žinančio veikėjo veiksmas, kuriuo šios pasekmės buvo siekiamos (Gewirth 1981: 12). Priėmus šį principą, baudžiamoji teisė, kaip moralinis veikėjas nėra atsakinga už papildomą pažeidėjo stigmatizaciją ir sunkumus, kuriuos tyčia sukuria visuomenės

nariai po nuosprendžio. Šis principas neturėtų būti priimtas kaip absoliutus. Gali būti aplinkybių, kai pirminis veikėjas išlaiko atsakomybę už tai, ko nesiekė, kaip pavyzdžiui smurto kalėjime atveju. Kadangi kalinių gyvenimo sąlygos yra beveik absoliučiai priklausomos nuo baudžiamosios sistemos, tai, kad žalą tyčia daro kiti moraliniai veikėjai nenuima atsakomybės nuo bausmę paskyrusios sistemos.

Tačiau ir visiškai nepaisyti šio principo pagrindo nėra. Žala pažeidėjui, atsirandanti dėl bendruomenės požiūrio, yra iš dalies panaši į papildomą žalą aukai, kurios pažeidėjas nenumatė, aptartą ankstesniame skyriuje. Skirtumas yra tas, kad galima teigti, jog valdžia turi pagrindo numatyti tam tikrą stigmatizaciją. Tačiau papildoma žala aukai didele dalimi atsiranda dėl bendruomenės reakcijos į nusikaltimą, kaip ir papildoma žala pažeidėjui. Galima ir dažnai reikia įvairiomis priemonėmis skatinti kitokią reakciją. Tačiau vargu ar laikyti tik numanomus papildomus pažeidėjo sunkumus, bausmės dalimi yra daug daugiau pagrindo nei laikyti tik atsitiktinę papildomą žalą aukai, pažeidėjo bausmės nuopelną padidinančiu veiksmu. Abejais atvejais tarp veiksmo ir rezultato įsiterpia per daug kintamųjų, kurių reikšminga dalis yra kitų moralinių veikėjų pasirinkimai.

Taip pat atsakomybė už pažeidėjo artimųjų patiriamą skausmą turėtų teikti veikiau pažeidėjui nei baudžiamajai teisei. Ši žala turėtų būti suprasta kaip kylanti iš nusikaltimo, o ne iš bausmės, kadangi pirmasis, o ne pastaroji yra laikomas neteisingu veiksmu. Išskirtinė atsakomybė, kurią už savo veiksmus prisiimame prieš tuos, kuriuos laikome artimais niekur nedingsta ir kriminaliniame kontekste. Jei dėl pažeidėjo artimųjų skausmo atsakingu veiksmu laikysim ne nusikaltimą, o bausmę, baudžiamosios teisės egzistavimas apskritai taps sunkiai pateisinamu.

Tad objektyvūs skirtumai bausmėje yra tai, į ką reikia atsižvelgti ir kai jie akivaizdūs, ir kai pagrįstai numanomi tiek, kiek bausme skirianti institucija, o ne kiti moraliniai veikėjai gali būti laikoma už juos atsakinga. Tokie objektyvūs skirtumai paskirtoje bausmėje nemeta rimto iššūkio proporcingumo teorijai, nes gali būti nesunkiai į ją įtraukti, kaip tai, ką galiausiai reikia pašalinti, o iki tol – pasverti skiriant bausmę.

3.2.2. Subjektyvizmo ir bausmės pagal pradinę padėtį skaičiavimo trūkumai

Teorija itin pabrėžianti individualios su bausme susijusios patirties svarbą pati susiduria su pernelyg dideliais sunkumais, kad galėtų rimtai pakirsti proporcingumo teoriją.

Tai, kaip nuteistieji subjektyviai reaguoja į bausmę neabejotinai skiriasi priklausomai nuo individo. Iš išorės visiškai vienoda bausmė, skirtingų nuteistųjų gali būti skirtingai išgyventa viduje.

Kolberis tai laiko pagrindine, iš individualių aplinkybių kylančia problema skiriant bausmę ir kaip pavyzdį nurodo stiprios klaustrofobijos atvejus (Kolber 2009a: 189-190). Tačiau klaustrofobijos pavyzdys nėra tas, kuris paverstų šią problemą iššūkiu proporcingumo teorijai. Klinikiniai klaustrofobijos atvejai yra panašūs į objektyvius skirtumus, kadangi gali būti gana aiškiai matomi išoriniam stebėtojui. Tokiu atveju į juos turi būti kreipiamas dėmesys arba turi būti pašalinamos galimybės jiems pasireikšti. Pastaruoju atveju tai būtų kalėjimų standartizacija, kur kaliniams suteikiamas toks asmeninės erdvės kiekis, kad net klaustrofobai nepatirtų rimtų išskirtinių sunkumų.

Tačiau pagal Kolberio ginamą poziciją, subjektyvi patirtis, į kurią turima atsižvelgti skiriant bausmę gerokai peržengia aiškius klinikinius atvejus. Esminis Kolberio prieš proporcingumo principą nukreiptas argumentas teigia, kad galime iš anksto numanyti jog vienas konkretus asmuo, teisiamas už tą patį nusikaltimą yra jautresnis inkarceracijos teikiamiems sunkumams, nei kitas ir dėl to paskirdami jiems vienodą bausmę iš tiesų pirmąjį baudžiame labiau (Kolber 2013: 1161). Čia Kolberio argumentui vėlgi išskyla problemos su tuo, kiek tiksliai iš tiesų galime numatyti tokius dalykus. Dar aiškiau čia ginamo požiūrio problemos pasirodo, svarstant sekantį Kolberio argumentą. Laiko tėkmė neabejotinai yra išgyvenama subjektyviai, dėl to vienam žmogui, paprasčiausiai dėl cheminių reakcijų jo smegenyse, kalėjime patiriamas nuobodulys, nerimas ir kiti nemalonūs pojūčiai išsitęsia ilgiau nei kitam (*Ibid.*: 1164). Toks argumentas prieš objektyvią bausmės sampratą ir proporcingumo principą, atskleidžia paties Kolberio pozicijos nepagrįstumą. Jei žmogus, dėl savo biologinių ar cheminių savybių, laiką patiria kaip slenkantį lėčiau, tai tas pats galioja ne tik kalėjime, bet ir visose gyvenimo situacijose. Tokiu atveju galima pagrįstai teigti, kad tokio pažeidėjo kaltė dėl padaryto nusikaltimo yra didesnė, kadangi subjektyvią laiko tėkmę sulėtinančios cheminės reakcijos smegenyse turėjo suteikti ir geresnę progą nuspręsti nenusikalsti arba išvengti neatsargiai padaryto pažeidimo. Be to, tokios pažeidėjo smegenų savybės taip pat lemtų tai, kad apskritai visas jo gyvenimas yra patiriamas ištemptas. Todėl jo subjektyviai patiriamo laiko kalėjime santykis su jo viso gyvenimo trukmės subjektyvia patirtimi, būtų proporcingas, bet kurio kito pažeidėjo, gavusio tokią pačią bausmę, atitinkamiems laiko patirties santykiams, kad ir kaip jis patirtų laiko tėkmę. Paprastai tariant, tam, kam bausmė praeis greičiau dėl individualaus laiko suvokimo, tam ir visas gyvenimas praeis greičiau, o tam, kam lėčiau – visas gyvenimas taip pat eina lėčiau. Tad bausmės trukmė, kuri atrodo objektyviai vienoda, subjektyviai taip pat reikš tą patį, jei subjektyvią patirtį matuosime atsižvelgdami į pažeidėjų viso gyvenimo visų patirčių suvokimą. Atsižvelgti į subjektyvią kalėjime praleisto laiko patirtį, bet į visų kitų pažeidėjo patirčių laiko tėkmę žiūrėti tik objektyviai būtų nenuoseklu.

Panašiai vertinamas turėtų būti ir bendras kalinių jautrumas, kai tai nėra klinikinis atvejis. Jautresni pažeidėjai paprastai yra jautresni visą savo gyvenimą ir dėl to galėjo numatyti savo reakciją į kalėjimo sąlygas. Čia taip pat svarbu tai, kas buvo pasakyta praėjusiame skyriuje apie teisingą atsakomybės priskyrimą. Įvertinti, kaip subjektyviai reaguotum į bausmę ir kas dėl to prarandama yra moralinio veikėjo atsakomybė. Jei asmuo laiko save jautresniu kalėjimo sąlygoms, tačiau nusprendžia nusikalsti, vargu ar yra rimtas pagrindas teigti, kad kažkas kitas, bet ne jis pats yra atsakingas už papildomus sunkumus, kuriuos jis potencialiai gali patirti vykdydamas bausmę.

Tai, kad tokie individualūs skirtumai neiškreipia objektyvaus pažeidėjo nuopelno aiškiau matyti svarstant paskutinįjį iš Kolberio svarbiausių argumentų prieš proporcingumą bausmėje. Pagrindinė problema su proporcingumo idėja, pasak Kolberio, yra ta, kad bausmės griežtumas turėtų būti vertinams ne absoliučiai, kaip tai, kas paskirta, o taip, kaip įprasta vertinti padarytą žalą – lyginant su pradine padėtimi ir vertinant, kiek ji pabloginama (*Ibid*: 1167). Pagal tokį požiūrį, iš pažiūros vienoda ir nusikaltimui proporcinga bausmė iš tiesų yra didesnė tam, kurio pradinė padėtis buvo geresnė, nes jam ji labiau pablogėja, jis daugiau ką praranda. Dėl to, pasak Kolberio, retributyvistai turi rinktis arba užsiimti sudėtingu bausmės kalibravimu pagal individualią situaciją, arba atsisakyti proporcingumo principo (Kolber 2009b: 1600). Bausmės kalibravimas taip, kad pažeidėjai, kurie numanomai praranda daugiau atsidurdami kalėjime dėl to gautų sušvelnintą bausmę nėra pozicija, kuri susilauktų daug gynėjų.

Tačiau vargu ar idėja, kad bausmės dydis yra priklausomas nuo pradinės pozicijos yra tokia pagrįsta, kad paliktų tik Kolberio siūlomas alternatyvas. Vienas būdas, kurį proporcionalistas galėtų pasirinkti šioje situacija būtų vėl svarstyti, kaip teisingai priskirtina atsakomybė už tai, kad vienas pažeidėjas praranda daugiau. Jei būdamas labiau patenkintas savo gyvenimu, vertindamas tai, ką turi labiau, nei kitas pažeidėjas, pirmasis visgi taip pat nusprendė padaryti tokį patį pažeidimą, atrodo, kad pagrįstai galime laikyti jo kaltumą didesniu. Jei dviejų pažeidėjų padaryta žala yra vienoda, bet vieno kaltumas didesnis, tai pastarasis, pagal retribucines teorijas nusipelno didesnės bausmės. Šiuo atveju, papildoma bausmė ir yra savaime atsirandantis didesnis to, kas buvo turėtą prieš pažeidimą praradimas. Jei manome, kad pelnytos bausmės griežtumas turėtų būti nustatomas pagal pradinę padėtį, tada nuoseklu būtų į ją atsižvelgti ir vertinant nuopelno dydį. Atsižvelgiant į tai abejose lygties pusėse, proporcija išlieka nepakitusi. Todėl, vėlgi, objektyvi pelnyta bausmė, ar skaičiuojant absoliučiai, ar individualiai pagal pradinę padėtį, dviem vienodą pažeidimą padariusiems pažeidėjams su skirtingomis pradinėmis padėtimis, bet *ceteris paribus*, išlieka ta pati.

Kitas kelias yra atmesti pačią bausmės griežtumo vertinimo pagal pradinę padėtį idėją. Šiam variantui *išraiškos* teorijos turi konceptualinių priemonių. Kadangi, kaip aptarta anksčiau, pagal šias teorijas bausmės pagrindinis tikslas yra išreikšti kaltinimą ir nepritarimą veiksmui, tokiems teoretikams nuoseklu laikytis pozicijos, kad bausmė pirmiausia yra tai, kas išreiškiama, o ne tai, kas priimama. Išreiškiamas toks pats normatyvinis požiūris į tam tikrus dviejų skirtingų veikėjų veiksmus netampa skirtingu vien dėl to, kad veikėjų startinė padėtis yra skirtinga. Pastarąjį teiginį aiškesniu gali padaryti analogija su apdovanojimais. Piniginiai apdovanojimai, skiriami už pasiekimus tam tikroje srityje yra vienodo dydžio visiems, kieno pasiekimus norima įvertinti nelyginant jų tarpusavyje. Ta pačia suma išreiškiamas įvertinimas yra suvokiamas kaip toks pats, nepriklausomai nuo to, kiek yra pakeičiama prieš tai buvusi gavėjo finansinė situacija. Regis, niekam neatrodo, kad, pavyzdžiui, turtingesnio Nobelio premijos laureato darbas yra įvertinamas menčiau nei kartu su juo už tą patį darbą po lygiai premiją pasidalinusio kolegos, kuris turi mažiau turto. Nors tokia pati pinigų suma sudarys mažesnę pirmojo laureato esamo turto procentinę dalį ir šia prasme mažiau pagerins pradinę jo finansinę padėtį, vis tiek abu laureatus įprasta laikyti apdovanojais vienodai ir nepanašu, kad kas nors norėtų ginčyti tokį įprastą požiūrį. Šis požiūris nepasikeis ir jei vienas laureatas pinigus praloš, o kitas sėkmingai investuos. Taip yra todėl, kad suvokiama, jog pinigais išreiškiamas įvertinimas yra toks pats, nepriklausomai nuo to, kaip realiai tai pakeis recipiento gyvenimą ar ką jis toliau darys su pinigais.

Tai, kad apdovanojimas yra požiūrio į veiksmą išreiškimas per teigiamų pasekmių veikėjui sukėlimą, o bausmės – per neigiamų, nepadaro jų tokiais skirtingais, kad palyginimas nebebūtų tinkamas. Abejais atvejais svarbu yra tai, kad galiausiai paliekama vietos veikėjui priimti arba atmesti išreiškiamą požiūrį. Bandytas per bausmę paskatinti pažeidėją suprasti bendruomenės, kurią kartu su juo sudarome vertybes ir jo veiksmų smerktinumą, gali būti itin primygtinis ir nemalonus pažeidėjui, tačiau, pasak Duffo, tol, kol paliekame pažeidėjui apsispręsti, ar priimti, ar atmesti tai, kas išreiškiama, tol nebandome netinkamai primesti jam savo vertybių (Duff 2001: 71). Šis teiginys gali būti plečiamas toliau teigiant, kad bausmė yra teisinga tada, kai po paskyrimo pažeidėjui paliekama kuo daugiau vietos pasirinkti, kaip į tai reaguoti ir ką toliau daryti.

Tokiu atveju, kuo daugiau kalibruojama pagal prieš nusikaltimą buvusią padėtį ir po jo numatomas pasekmes, tuo labiau peržengiamos teisingos bausmės ribos. Dar daugiau, pati bausmės sąvoka tampa sunkiai suprantama. Jei individualus skausmas, kurį galime numatyti, bet kuris nėra paskirtas kaip bausmė vis tiek turėtų būti laikomas bausmės padidiniu, atsiranda konfliktas tarp bausmės tikslo ir jos dydžio. Bent vienas iš bausmės tikslų yra tai, kad pažeidėjas suprastų savo kaltę ir

veiksmo blogumą. Dėl to sutiktų ir konsekvencionalistai, siekiantys reabilituoti pažeidėją ar tiesiog, kad jis nebenusikalstų, ir *išraiškos* teorijų šalininkai, kuriems bausmė yra apeliacija į pažeidėją kaip moralinį veikėją. Tačiau savo kaltės suvokimas akivaizdžiai yra itin nemalonus potyris, kai kuriems pažeidėjams galintis būti ir beveik nepakeliamu. Proporcingumo teoretikams tai, kad vienas pažeidėjas už tą patį veiksmaž susilaukęs tos pačios sankcijos patiria atgailą, o kitas ne, nieko nekeičia, nes išreiškiamas pasmerkimas išlieka toks pats (Hirsch 1996: 75). Tačiau šis papildomas skausmas galėtų būti laikomas bausmės platesne ir griežtai neapibrėžta prasme dalimi. Jei laikytume tai valstybės skiriamos bausmės dalimi, kaip nuosekliai ir turėtų daryti subjektyvistai, atsirastų paradoksas, kai kuo geriau įgyvendinamas bausmės tikslas, tuo didesnė yra kančia, už kurią valstybė turi prisiimti atsakomybę.

Šie svarstymai parodo, kad bausmės subjektizavimas ir individualizavimas pagal kiekvieno pažeidėjo savybes ir gyvenimo aplinkybes, išplečia bausmę taip, kad ji tampa paradoksalia ir sunkiai paaiškinama reakcija į nusikaltimą.

Tad proporcingumo teoretikai pagrįstai pasilieka prie įprasto nusikaltimo rimtumo ir bausmės griežtumo traktavimo kaip to, kas yra objektyvu ir turi gana griežtas ribas.

4. PROPORCINGUMO IR NUOPELNO PRINCIPŲ SKIRTUMAS

4.1. Analoginis ir matematinis palyginimai

4.1.1. Skirtingos proporcijos

Pagrindinės problemos, kylančios retribucinėms proporcingumo teorijoms atsiranda dėl proporcingumo termino daugiareikšmiškumo ir nusikaltimo bei bausmės dydžių skaičiavimo sudėtingumo. Šios dvi problemiškos teorijos vietos yra glaudžiai susijusios.

Proporcingumo idėja, kaip parodyta ankstesnėse dalyse, figūruoja ne viename teisės teorijos lauke ir įgydama įvairių specifikacijų, gali reikšti skirtingus dalykus. Viena iš rimčiausių kritikų proporcingumo teorijoms yra paremta tuo, kad šis daugiareikšmiškumas taikant proporcingumo terminą teisėje yra neišvengiamas. Proporcingumas, apie kurį kalbama teisės teorijoje visada yra analoginė sąvoka, nors ir ne metafora griežtąja prasme, bet ji perduoda prasmę nurodydama į numanomą ryšį tarp dviejų skirtingų dalykų (Lacey 2016: 30-31). Svarbiausia šio pastebėjimo išdava yra ta, kad taikoma teisėje, proporcingumo idėja verčia mąstyti analogiškai - galvoti apie reiškinius, kaip apie menamus daiktus, kuriuos galima matuoti ir lyginti, nustatant jų matematinį santykį. Kadangi žengdama į teisės teoriją, proporcija iškart konstruoja analogijas, ji nesunkiai pasiduoda įvairioms interpretacijoms.

Proporcijos įvardijimas kaip analoginės sąvokos, kuriuo operuoja Lacey, pats savaime yra ne vienaprasmiškas. Senovės graikai tą pačią analogijos (sen. gr.: ἀναλογία) sąvoką vartojo ir kalbėdami apie įprastą, kiekybinę proporciją ir apie kokybinę proporciją, tai yra analogiją šiuolaikine prasme, nors ir puikiai suvokė skirtumą tarp jų (Kardelis 2007: 120). Toks graikiškas analogijos sąvokos vartojimas sukuria sąlygas ir argumentuoti už proporcingumo principo teisės teorijoje genezės versiją, kuri būtų alternatyvi ankstesniuose skyriuose pristatytai principo istorijos nuo Aristotelio iki vokiečių administracinės teisės versijai. Šią alternatyvią versiją gina Thomas Poole'as, teigdamas, kad svarbesnis principo šaltinis buvo Platonas, kadangi proporcingumas yra persmelkęs visus jo teorijos aspektus, o teisingumas jam yra būtent proporcinga lygybė (Poole 2010: 379-380). Tačiau gana akivaizdu, kad ta proporcija, kuri Platono kosmogonijoje nustatydamas darniausius skaitinius santykius, sutvirtina Visybės kūną (*Tim.* 31 b – 32 a) yra ne visai ta pati, kaip teisingume dalyvaujanti proporcija.

Pirmoji yra daug arčiau proporcijos grynai kiekybine prasme nei pastaroji.

Jei įprastą, kiekybinę proporciją laikysime išreiškiančia tiesioginę arba pirminę sąvokos prasbę, taikoma ne kiekybine prasme ši sąvoka yra analogiška įprastai proporcijai. Nurodydama ne į dydžius, bet į savybes, tai yra tapusi kokybine, proporcija ir yra analogija. Tad pamatinis proporcingumo principo baudžiamosios teisės filosofijoje klausimas, nuo kurio priklauso kaip turėtų būti interpretuojamas šis principas yra apie kokią proporciją kalbama. Tiksliau, kiek ši proporcija gali būti interpretuojama kaip kiekybinė.

Proporcija, į kurią nurodo proporcingumo bausmėje teoretikai, regis, turėtų būti suprasta geometrinės proporcijos prasme, kadangi nuolat kalbama apie nusikaltimų ir bausmių pasiskirstymą pagal jų „dydžius“. Šį įspūdį sustiprina ir kai proporcingumo principas yra apibrėžiamas pasitelkiant matematinę funkcijos sąvoką, nurodant į bausmės griežtumo išvedamumą iš nusikaltimo rimtumo (Husak 2019: 97). Tačiau tai iš dalies paslėpia ribas to, kiek proporcingumas baudžiamosios teisės diskurse gali būti interpretuojamas kiekybinės proporcijos prasme. Sekdamas tokiu proporcingumo principo apibrėžimu, Duus-Otterströmas reikalavimą, kad bausmė absoliučia prasme atitiktų nusikaltimą, vadina dar viena tikėtina proporcingumo reikšme, šalia reliatyvaus proporcingumo reikalavimų, o šio reikalavimo įgyvendinimą – absoliučiu kardinaliuoju proporcingumu (Duus-Otterström 2019: 33). Tačiau proporcija yra lygybė tarp dviejų santykių, o ne tarp dviejų dydžių, tad pasakyti ar nusikaltimai ir bausmės yra susieti matematinės funkcijos galima tik kalbant apie nusikaltimų ir bausmių aibes. Santykis tarp vieno nusikaltimo ir bausmės už jį gali būti proporcingas arba neproporcingas santykiui tarp kito nusikaltimo ir bausmės už jį. Tačiau joks konkretus nusikaltimas savime niekada nėra nei proporcingas, nei neproporcingas jokiai konkrečiai bausmei kiekybinės proporcijos prasme.

Jie taip pat nėra nei proporcingi nei neproporcingi kokybinės proporcijos prasme, kadangi proporcija vien tik tarp dydžių visada yra kiekybinė. Sudaryti kokybinei proporcijai arba analogijai reikia nurodyti ir tam tikras kokybes bei ieškoti panašumų tarp jų. Tad nusikaltimas ir bausmė galėtų būti vertinami kokybinės proporcijos prasme svarstant jų pobūdžius. Taip yra laikantis *lex talionis*, kuri išreiškia „*akis už akį*“ principas. Kadangi bausmės pobūdis atitinka nusikaltimo pobūdį, galime sakyti, kad ji yra analogiška. Tiek, kiek ji yra analogiška priklauso nuo konkrečių aplinkybių, tačiau esant panašumam tarp aspektų, galime bent jau mėginti teigti santykį tarp nusikaltimo ir bausmės kaip visumos, pagal numanoma proporciją. Kanto retributyvizme tokį proporcingumą galime išvelgti nuostatoje, kad vienintelė tinkama bausmė žudikui yra mirtis (vok.: *hat er aber gemordet, so muss er*

sterben) (Kant 1870: 175). Apskritai, Kanto *Prinzip der Gleichheit* yra artimas kokybiniam proporcingumui tiek, kiek ieško ir reikalauja dalinių tapatumų tarp nusikaltimo ir bausmės pobūdžių, tai yra tiek, kiek jis yra *lex talionis* rekonstrukcija. Tačiau proporcingumo teoretikai paprastai pasisako prieš specifiskai pritaikytų bausmių paskyrimą, kadangi jos itin padidina nelygybės ir tuo pačiu matematiškai suprasto ne proporcingumo bausmių paskirstyme tikimybę (Hirsch 1996: 76). Standartizuotame bausmių modelyje, pagal kurį apskritai leidžiami tik keli bausmės pobūdžiai visiems nusikaltimams, vargu ar įmanoma tarp nusikaltimo ir bausmės išvelgti kokybinę proporciją. Tad tai, ką Duus-Otterströmas vadina absoliučiu proporcingumu, griežtai kalbant, nėra proporcingumas.

Tad šiuolaikiniai proporcingumo bausmėje teoretikai supranta proporciją kiekybine, o ne kokybine prasme. Tačiau kiekybinė proporcija negali išreikšti reikalavimo, kad bausmės dydis absoliučia prasme atitiktų nusikaltimo dydį. Pastarajam reikalavimui išreikšti pati proporcijos sąvoka yra vartojama analogine prasme.

4.1.2. Kiekybinė proporcija ir bausmių paskirstymas

Griežtai kiekybinės proporcijos samprata gali būti paaiškinta tik dalis proporcingumo principo funkcijų šiuolaikinėse retribucinėse teorijose.

Nuostata, pagal kurią bausmė turi atitikti nusikaltimą absoliučia prasme, kaip parodyta ankstesniame skyriuje, negali būti interpretuojama kiekybinės proporcijos prasme. Šis atitikimo reikalavimas iš esmės yra pamatinis absoliučių retribucinių bausmės teorijų principas, pagal kurį bausmė turi būti pelnyta. Tai, kad laikydamiesi kiekybinės interpretacijos proporcingumo teoretikai tuo pačiu abejoja galimybėmis pritaikyti kokybinę proporciją yra nuoseklu, kadangi net ir esant dabartinėms menkoms variacijoms bausmių pobūdžiuose, atsiranda itin didelė bendro mato skirtingiems bausmės tipams nustatymo problema (Husak 2019: 98-99). Tam, kad būtų įmanomas tikslus kiekybinis proporcingumas, turi būti nustatytas būdas vieno tipo bausmės griežtumą konvertuoti į kito. Nežinant, pavyzdžiui, kokio dydžio piniginei baudai prilygsta tam tikras laikas namų arešto, negalime palyginti santykių tarp nusikaltimų ir bausmių, tad ir nustatyti proporcijos buvimą arba nebuvimą. Laikant proporcingumo principą pamatiniu teisingumo reikalavimu baudžiamojoje teisėje, ši teorinė problema labiausiai išryškėja kaip praktinė ieškant inkarceracijai alternatyvių bausmės formų. Dėl to, kad tokios alternatyvos yra reikalingos ir turėtų būti skiriamos už mažiaus smerktinus nusikaltimus diskurse esti gana tvirtas konsensusas ir tarp skirtingas pozicijas bausmės tikslo aiškinime

užimančių teoretikų.

Norint bausmės distribucijoje interpretuoti proporciją kiekybiškai, reikėtų galutinai matematizuoti nusikaltimų ir bausmių vertinimą. Vienas iš bandymų padaryti tai su nusikaltimais yra anksčiau aptartas fon Hirscho ir Jareborgo *gyvenimo lygio* modelis. Prieš tai Paulas Robinsonas išsamiai aprašė nusikaltimo sunkumo apskaičiavimo sistemą (Robinson 1987: 41-52) ir pasiūlė visų tipų bausmių konvertavimo į bendrus *sankcijos vienetus* (angl.: *sanction units*) apmatų (*Ibid.* 54-60). Kadangi tai yra veikiau praktinio sprendimo pasiūlymas, kaip galėtų būti suskirstyti bausmės, besiremiantis tik labai negausiais empiriniais duomenimis, apie įprastą nusikaltimų ir bausmių vertinimą visuomenėje, teoriškai šitoks modelis gali būti nesunkiai sukritikuotas dėl pagrindo pasirinkti vienokius, o ne kitokius skaičius trūkumo (Husak 2019: 99-100). Šis konkrečių skaitinių įverčių pasirinkimo pagrindas yra pagrindinis iššūkis bet kokiam bandymui sukurti matematinį nusikaltimų ir bausmių palyginimų modelį.

Paliekant kritiką konkretiems modeliams nuošalyje, verta persvarstyti ar apskritai teoriškai įmanoma prasmingai priskirti nusikaltimams ir bausmėms tikslius matematinius „dydžius“. Sankcijos paprastai yra išreiškiamos konkrečiais skaičiais, ar tai būtų metai kalėjime, ar piniginė bauda, todėl įprasta laikyti, kad problemos atsiranda bandant išversti vienas vertes į kitas. Tačiau jau mėginant to paties tipo bausmėms pritaikyti matematinę proporciją pasirodo tokio taikymo galimybių ribos. Tam, kad bausmę, pavyzdžiui metus kalėjime, galėtume matematiškai analizuoti per jos skaitinę išraišką, jai turėtų būti pritaikomos elementarios matematinės operacijos – sudėtis, atimtis, daugyba ir dalyba. Tačiau vargu ar tikrai galime tvirtai ir prasmingai teigti, kad 4 metai kalėjime yra dvigubai didesnė bausmė nei 2 metai kalėjime. Žinoma, 4 metai yra objektyviai dvigubai ilgesnis laiko periodas nei 2 metai. Tačiau suvokiant, kad bausmė yra laike išstęstas procesas, akivaizdu, kad ją palaipsniui atliekant, pirmųjų 2 metų kalėjime baudžiamoji vertė negali būti lygiai tokia pati, kaip antrųjų 2 metų. Galbūt aiškiau tai matyti pirmiausia mąstant apie geometriją, kur kiekybinė proporcija nuolat taikoma. Atkarpomis galime padalinti bet kokį atstumą. Žinodami viso atstumo ir atkarpų ilgį, galime nustatyti santykius tarp jų ir atrasti ar tarp kurių nors santykių esti proporcija. Padalinus atstumą į dvi lygias dalis, matematinė būtinybė leidžia mums būti tikriems ir kad atkarpų ilgiai yra lygūs, ir kad atkarpų santykiai su viso atstumo ilgiu yra proporcingi. Visa tai galime pasakyti žvelgdami iš objektyvios matematinės perspektyvos apie bet kokį atstumą. Tačiau tokios matematikos prasmė pasikeičia, kai pradėdame galvoti apie žmogaus kelionę šiuo atstumu. Tarkim atstumas yra 10 kilometrų, o mes nuėjome 5 iš jų. Nors objektyviai matematiškai nuėjome pusę kelio, tačiau šis faktas neleis mums

sulyginti pirmosios 5 kilometrų atkarpos su dar laukiančia, kai mėginsime įvardinti kitas kelionės per šį atstumą reikšmes. Laikas, per kurį nueisime antrąją atkarpą tikriausiai bus ilgesnis, mūsų nuovargis einant antrąją atkarpą ne tik bus didesnis, bet ir, tikėtina, didės greičiau. Tad iš matematikos nepavyks tiesiog perimti tų pačių santykių tarp dviejų atstumo dalių, kai mėginsime apskaičiuoti kitus su kelione susijusius dydžius.

Tai galioja ir atliekant bausmę kalėjime. Matematika leidžia aiškiai objektyviai palyginti laiko intervalus, tačiau šie santykiai nėra tiesiogiai išverčiami į įvairias laiko patirties reikšmes. Galime pasakyti, kad 4 metai yra dvigubai ilgesnis laiko intervalas nei 2 metai, tačiau suteikdami šiems intervalams bausmės reikšmę, turėsime atsižvelgti į tai, kad jie yra patiriami vienas po kito ir kaip dėl to keičiasi jų suvokimas. Čia būtų galima teigti, kad toks nurodymas į laiko patirties svarbą prieštarauja tam, kas trečiojoje darbo dalyje buvo pasakyta apie bausmės objektyvumą. Tačiau prieštaravimo nėra, kadangi čia kalbama ne apie individualią subjektyvią bausmės patirtį, bet apie tai, kaip metai kalėjime yra patiriami universaliai ir būtinai bet kokiam žmogui dėl to, kad taip apskritai žmonės patiria laiką. Tai, kad metai kalėjime tekėdami keičia savo, kaip bausmės vertę ir dėl to negali būti dalinami į vienodos reikšmės intervalus galioja universaliai, nepriklausomai nuo individualių kalėjime atsidūrusio žmogaus savybių. Todėl tai galioja ir interpretuojant nusikaltimus ir bausmes objektyviai.

Panašūs svarstymai galioja ir kitoms bausmės formoms, pavyzdžiui namų areštui, nes ši bausmė taip pat išįsta laike. Iš tiesų, bet kokios bausmės formai, kurią norėtume dalinti matematiškai ir taip lyginti su tos pačios formos, bet kitokio dydžio bausmėmis galioja šis bausmės išraiškos vienetų netapatumas. Tai matyti ir svarstant šiuolaikinėse liberaliose visuomenėse nepriimtinas bausmės formas, kaip pavyzdžiui tam tikras skaičius botago kirčių per nugarą. Akivaizdu, kad pirmi 5 ir sekantys 5 kirčiai objektyviai negali reikšti to paties jokiam įprastą skausmo pojūtį turinčiam žmogui. Bausmės, kurios yra įvardijamos skaičiais yra reikalingos proporcingumo teorijai būtent tam, kad jas būtų galima matematiškai įvertinti ir lyginti vienas su kitomis. Tačiau šias bausmes išreiškiantys matematiniai vienetai niekada negali savaime būti vienas kitam tapatūs bausmės vienetai dėl to, kaip objektyviai veikia bet kokia žmogaus patirtis, įskaitant ir bausmės patirtį. Robinsonas į tai neatsižvelgia ir naudoja paprastą matematiką, teigdamas, kad jei tam tikras sankcionavimo metodas X yra dvigubai griežtesnis už sankcionavimo metodą Y , laikydami X tinkama bausme už tam tikrą pažeidimą, vietoje jos taip pat galime paskirti kiekiu padvigubintą Y , kadangi X yra lygus $2Y$ (Robinson 1987: 54). Tačiau dėl čia aptariamų priežasčių, kad ir koks bebūtų Y sankcionavimo metodas, antrasis Y nebus tos pačios baudžiamosios vertės, todėl negalime pasakyti, kad $2Y$ yra lygus X , nes net negalime

prasmingai teigti, kad $2Y$, kaip bausmė yra dvigubai didesnė už Y . Vertinant nusikaltimų dydį pagal *gyvenimo lygio* modelį, pasak fon Hirscho, nuoseklu būtų šį modelį taikyti ir bausmės griežtumo vertinimui, tai yra vertinti bausmes pagal tai, kiek tipiškai sankcija pakenktų kokybiško gyvenimo siekiui (Hirsch 2017: 68-69). Tad turime manyti, kad bausmės griežtumo apskaičiavimo būdas pagal šį modelį turėtų būti panašus į nusikaltimo rimtumo apskaičiavimą, nors fon Hirschas ir nepateikia išsamaus tokio apskaičiavimo aprašymo, tik pamini, kad kalėjimo sankcijos gali būti palyginamos savo trukme (Ibid. 67). Be abejo, norint pateikti tokį apskaičiavimo būdą, bet kokių atveju vienas iš kintamųjų būtų bausmės trukmė. Tačiau, kaip parodyta, bausmės trukmė turėtų, kaip kintamasis yra daug sunkiau įvertinamas, nei tai daroma Robinsono, ir fon Hirscho modeliuose. Tad siekiant pateikti tikslius bausmių „dydžių“ vertinimus ir atrasti bendrą matą visoms bausmėms reikėtų pasitelkti daug sudėtingesnę matematiką nei paprastos aritmetinės operacijos. Tačiau net ir tai padarius, kas įprastai yra sociologų ir kriminologų užsiėmimas, tai neišspręstų teisės filosofijos problemų.

Tarkime, pasitelkę bet kurį iš siūlomų ar galimų tikslaus nusikaltimo dydžio apskaičiavimo modelių mes priskyrimė kiekvienam nusikaltimui konkrečią skaitinę vertę. Tokių atveju, pagal šiuos skaičius galėtume pasakyti, tarkim, kiek kartų konkreti žmogžudystė yra didesnis nusikaltimas už konkrečią vagystę. Tačiau jau Feinbergas nurodė, kad nėra racionalaus ir pagrįsto būdo šitaip palyginti nusikaltimų smerktinumą, bei laikė tai proporcingumo principo taikymo problema (Feinberg 1965: 422). Tad net jei sudėtingą matematiką pasitelkusi sistema, pasakytų mums, kad vienas konkretus nusikaltimas yra didesnis už kitą 0,76 arba 2, arba 3,(23) karto, tikriausiai toks rezultatas mums atrodytų absurdiškas vos pradėjus svarstyti jo teisingumą, kadangi tai būtų svetima mūsų moralinės veiksmų vertės suvokimui. Tačiau *išraiškos* teorijos negali sau leisti nutolti nuo šio įprasto suvokimo būdo, kadangi būtent jo išraiškas ir laiko teisingos bausmės distribucijos pagrindu. Bausmės, kaip smerkimo išraiškos kontekste toks kvantifikavimas atrodo itin keistas, kadangi paprastai mes negalime ir nesiekiamo šitaip palyginti to, kiek smerkiame vieną dalyką su tuo, kiek smerkiame kitą. Galime pasakyti, kad smerkiame juos daugmaž vienodai arba, kad vieną smerkiame truputį labiau, ar daug labiau nei kitą. Tačiau vargu ar kada rimtai ir tiesiogine prasme teigiame, kad vieną dalyką smerkiame būtent dvigubai labiau nei kitą.

Tad bandymas nustatyti tikslius nusikaltimų ir bausmių „dydžius“ yra ne tik sunkiai įgyvendinamas, bet ir ne itin prasmingas užsiėmimas teisės filosofijoje. Tačiau jei net teoriškai negali būti prasmingos nusikaltimų ir bausmių kvantifikacijos, neįmanoma ir prasmingai teigti, kad bausmės yra arba nėra proporcingai paskirstytos, interpretuojant kiekybinės proporcijos prasme.

Tokiu atveju, proporcingumo teorijoms reikėtų vengti matematinių įvaizdžių, kurie siūlo tokią proporcijos interpretaciją ir pabrėžti simbolinę proporcingumo, kaip išreiškiančio racionalų principą, prasmę.

4.2. Proporcingumo principo galimybės ir ribos šiuolaikiniame retributyvisme

4.2.1. Tikslai ir netikslumai

Siekiant tiksliau apibrėžti tokią proporcijos reikšmę, kuri galėtų būti retribucinėse baudžiamosios teisės teorijose pritaikomo proporcingumo principo pagrindu, pradėti reikėtų grįžtant prie nusikaltimų ir bausmių skalės klausimo.

Pirmiausia tai galėtų būti klausimas, kokio tipo skalė yra tinkama tokiam išrikiavimui. Anksčiau minėta Duus-Otterströmo pastaba dėl to, kad fon Hirshas nutolsta nuo standartinio sąvokų vartojimo remiasi Stanley'io S. Stevenso matavimo skalių klasifikacija į pavadinimų, rangų, intervalų ir santykių (angl.: *nominal, ordinal, interval, ratio*) (Stevens 1946: 678). Pagal šią klasifikaciją, tik santykių skalė turi absoliutų nulį ir gali nustatyti santykių lygybę (*Ibid.*: 679). Kiekybinė proporcija, kaip minėta, yra būtent santykių lygybė. Nusikaltimų ir bausmių skalės taip pat turėtų turėti absoliutų arba tikrąjį nulį, kuris reiškia matuojamo reiškinio nebuvimą. Tad jei kiekybinė proporcija būtų proporcingumo principo pagrindas, nusikaltimus ir bausmes matuotume naudodamiesi santykių skale.

Tačiau dėl tų pačių priežasčių, dėl kurių baudžiamosios teisės teorijoje aptariama proporcija negali būti visiškai sutapatinta su matematine proporcija, čia taip pat negali būti taikoma santykių skalė. Santykių skalės absoliutus nulis leistų prasmingai nurodyti, kiek kartų vienas matuojamas objektas yra didesnis arba mažesnis už kitą. Kadangi, kaip parodyta pastarajame skyriuje, nusikaltimų ir bausmių atvejais toks palyginimas yra itin problemiškas, net ir sudėlioję nusikaltimus ir bausmes ant skalės, turinčios absoliutų nulį, negalėtume jos laikyti santykių skale matematine prasme. Beveik nepastebėtoje, tačiau itin įžvalgioje fon Hirscho modelio analizėje, Julia Davis pasiūlo modelio patobulinimo scenarijų, pagal kurį nusikaltimai yra išdėstomi ant rangų skalės, o bausmės, prieš tai nusprendus maksimalią galimą bausmę, santykių skalėje (Davis 2002a: 341). Šitai nebeliktų problemos dėl neišvengiamo netikslumo nusikaltimų palyginime, kadangi mums užtektų to, kad tiksliai žinome, kurį nusikaltimą laikome didesniu už kitą. Priskirdami taip išrikiuotiems nusikaltimams

bausmes, kurios prieš tai būtų išrikiuotos santykių skalėje su griežtai nustatytais lubomis didžiausiai galimai bausmei, gautume galutinę nusikaltimų ir bausmių rikiuotę. Pastaroji skalė, kadangi nebenurodo į nusikaltimų griežtumą ir matuoja bausmių, dabar jau už konkrečius nusikaltimų tipus, griežtumą, regis, irgi galėtų būti laikoma santykių skale. Šitaip nors ir išlieka tikslų skaitinių išraiškų bausmėms už konkrečius nusikaltimus nustatymo problema, kuri aiškiausiai pasirodo siekiant įtvirtinti tinkamus atstumus tarp šių dydžių, tačiau ji sumažinama nesant reikalo atskirai nurodyti nusikaltimų dydžius. Taip pat, skalių aprašymas tampa tikslesnis ir aiškesnis.

Tačiau autorė nesvarsto anksčiau aptartų didesnių netikslumų, kurie atsiranda bausmių skalėje, kai mėginama lyginti bausmes ir kuriems išspręsti reikėtų įtraukti daug daugiau matematikos į bausmės teoriją, nei yra įprasta ar būtų prasminga. Būtent tai, kad ne matematinis tikslumas, o principinis atsakymas į normatyvinius klausimus yra tai, ko jis siekė ir dėl ko savaip apsibrėžė įprastus terminus yra fon Hirscho atsakymo į Davis pastabas esmė (Hirsch 2002: 361). Toks atsakymas Davis nepasirodė patenkinamas, kadangi neatkreipė jokio dėmesio į svarbiausias jos pastabas dėl nereikalingų, pasikartojančių matavimo procedūrų (Davis 2002b: 367), kurių esmė buvo ta, kad aiškiau atskyrus čia naudojamą simbolinę proporciją nuo matematinės, fon Hirscho modelis išvengtų didelę dalies kritikos dėl matavimo netikslumų ir su tuo susijusių problemų (Davis 2002a: 349). Sutinkant su Davis, kad labiau pabrėžiant ne matematinę, o analoginę ar, priimant autorės vartojamą žodį, simbolinę proporcijos reikšmę, fon Hirscho teorija išvengtų dalies problemų, kitas žingsnis būtų parodyti, kad šitaip proporcingumo principas neprarastų savo pagrindinių funkcijų.

Naudodamas sąvoką “*ordinal*“ fon Hirschas norėjo ne nurodyti į rangų skalę, kaip tinkamą nusikaltimų ir bausmių matavimams, bet įtvirtinti skirtį tarp ranginio ir kardinaliojo proporcingumų. Ši skirtis, fon Hirscho nuomone yra tai, kas paaiškina, kodėl negalima konkrečiam pažeidimui nurodyti vienintelės proporcingos sankcijos (Hirsch 1996: 19). Kadangi kardinalusis proporcingumas atsiranda tik susitarus dėl *tvirtinimo taško*, iki jo turime tik ranginio proporcingumo reikalavimus. Pastarųjų nepažeidžiant, galima pasirinkti beveik bet kokią *tvirtinimo tašką*, tad ir beveik bet kokią konkrečią sankciją konkrečiam nusikaltimui.

Šitokią analizę fon Hirschas naudojo siekdamas prieštarauti tokioms retribucinėms teorijoms, kuriose proporcingumas vaidina tik ribojantį vaidmenį. Pirmiausia tai buvo ginčas su Norvalu Morrisu ir kitais ginančiais jo *ribojančio retributyvizmo* (angl.: *limiting retributivism*) modelį, pagal kurį, kadangi negalime tiksliai sutarti kokio būtent dydžio bausmė yra pelnyta, retributyvizmas reikalauja tik kad paskirta bausmė nebūtų akivaizdžiai nepelnyta (Morris and Tonry 1990: 86-88). Kadangi negalime

nurodyti konkrečių pelnytos bausmės dydžių konkrečioms nusikaltimams, pagal šią poziciją, negalime reikalauti laikytis retribucinių principų kaip determinuojančių bausmės dydį. Būtent tokios pozicijos versija yra Michaelo Daviso pasiūlyta bausmių priskyrimo nusikaltimams procedūra (Davis 1983: 736-737), kuri išdėlioja nusikaltimus ir bausmes ant rangų, labiau įprasta prasme, skalės, kadangi čia svarbu tik pozicijos rikiuotėje, bet ne intervalų tarp pozicijų dydžiai. Šie dydžiai, kaip minėta, fon Hirschui yra svarbūs, tačiau dar svarbiau yra tai, kad pasirinkus *tvirtinimo tašką*, ranginės tvarkos reikalavimai yra įtvirtinami griežtai. Naujausioje teorijos versijoje fon Hirschas nebemini atstumo tarp dydžių išlaikymo kaip vieno iš vidinių ordinalaus proporcingumo reikalavimų ir palieka tik paties išrikiavimo pagal dydį ir vienodų nusikaltimų sankcionavimo vienodai reikalavimus (Hirsch 2017: 58). Tad būtent tai, kad proporcingumo principas griežtai determinuoja, o ne tik pasiūlo ranginę tvarką ir neleidžia jos pažeisti dėl utilitarinių priežasčių yra tai, ką fon Hirschui svarbiausia įtvirtinti.

Ankstesniuose skyriuose buvo parodyta, kad nurodyti proporcingos pažeidimui sankcijos negalima jau vien dėl to, kad proporcija nurodo ne į santykį tarp dydžių, o į santykį tarp santykių. Tad fon Hirschui tokia svarbi skirtis, galėtų būti supaprastinta paliekant proporcingumo principui tik to, ką jis vadina ranginiu proporcingumu funkcijas, o vietoje kardinalaus arba absoliutaus proporcingumo vartoti „nuopelno“ ar panašų tikslesnį terminą. Taip būtų išvengiama ne tik visos kritikos dėl matematinio netikslumo, kurios padėtų išvengti Julia'os Daviso pasiūlyti patobulinimai, bet ir pačios Daviso ir kitos galimos kritikos, dėl painiavos kylančios kitaip, ir ne itin griežtai, vartojant nusistovėjusius matavimo teorijos terminus. Reikalavimą bausti pagal nuopelną įvardijant kaip atskirą principą, taip pat atsirastų patikimesnis būdas kontroliuoti absoliučius bausmės lygius nei tie, kuriais ši teorija įprastai remiasi. Individualios teisės, kaip buvo parodyta, yra nuolat teisėtai pažeidinėjamos, tad tai nėra patikima apsauga nuo per didelių bausmių. Konfliktuojančių teisių svėrimas, suteikiantis teisėms iš esmės interesų statusą, yra konceptualiai labiau tinkamas Michaelo Daviso ranginei sistemai, kadangi ši yra viena iš *naudos ir naštos* teorijų. Reikalavimas bausti pagal tai, kokio pasmerkimo numanomai nusipelno pažeidėjas yra konceptualiai pamatinis *išraiškos* teorijų principas. Pripažįstant jį kaip principą, nukrypimas nuo jo laikymosi, kitaip nei teisės pažeidimas, galėtų būti tik reta išimtis, reikalaujanti itin tvirto pagrindimo.

Todėl nuopelno ir proporcingumo principų atskyrimas, padarydamas abu juos tikslesnius ir atsparesnius kritikai, geriau pasitarnauja proporcingumo teorijos tikslams, nei jų suplakimas po vienu „proporcingumo“ terminu.

4.2.2. Dviejų principų sąveika

Atskyrus nuopelno principą nuo proporcingumo, galima aiškiau nurodyti, kaip šie principai turėtų vadovauti mūsų pasirinkimams bausmės klausimais. Nepateikdami matematiškai tikslų atsakymų, šie principai vis tiek yra pakankamai vertingi, kad juos gintų retribucinės pakraipos teoretikai, kadangi aiškiai įtvirtina kai kuriuos principinius atsakymus.

Pirmiausia šio principų atskyrimo vertė pasirodo sprendžiant vidinius teorijos konfliktus, kurie suplakus principus į vieną pakerta teorijos patikimumą. Pavyzdį to, kaip tai veikia galime gauti pritaikę šią principų perskyrą Duus-Otterströmo iškelto problemos sprendimui. Jis aprašo galimą situaciją, kai bausmės yra priskirtos nusikaltimams idealiai pagal nuopelną ne tik santykinė, bet ir absoliučia prasme, tačiau valstybė, atsižvelgdama į kitus veiksnius, pavyzdžiui didesnio atgrasymo poreikį arba siekį sumažinti baudžiamosios sistemos išlaidas, nusprendžia padidinti arba sumažinti bausmes (Duus-Otterström 2019: 36). Tokiu atveju reikėtų spręsti, ar įvykdyti visos skalės pajudinimą taip, kad būtų išsaugotas santykinis proporcingumas, ar pajudinti tik dalį skalės taip, kad išsaugotume, kuo daugiau absoliutaus proporcingumo atvejų (*Ibid.*). Klasikinių retributyvistų požiūriu tokia problema negalėtų kilti, nes jei nuosprendžių sistema yra idealiai suderinta taip, kad visi nusikaltimai yra baudžiami visiškai pagal nuopelną, jos dėl jokių priežasčių niekada negalima nei trupučio keisti. Tačiau šiuolaikiniai mišrių retribucinių teorijų šalininkai, laikydami retribucinius principus centriniais, pripažįsta, kad tam tikrais atvejais ir iki tam tikros ribos kiti veiksniai gali ir turi daryti poveikį nuosprendžiams. Tad jiems pasirinkimas, kiek ir kurį retribucinį reikalavimą aukoti, padarant šiek tiek vietos utilitarinių veiksnių įtakai yra svarstyтина problema.

Dažniausiai praktikoje pasitaiko atvejų, kai norime pakeisti bausmę už vieną ar kelis tos pačios kategorijos nusikaltimus. Būtent tokiu atveju nuosekliam proporcingumo teoretikui iškiltų Duus-Otterströmo aprašyta dilema, net jei bausmės būtų tik apytikriai suderintos pagal retribucinius principus. Norėdami pakeisti vienos bausmės dydį, nesvarbu padidinti ar sumažinti, retributyvistai turėtų rinktis ar keisti visą bausmių skalę, taip, kad ji geriau atitiktų santykinio proporcingumo reikalavimus, ar padaryti skalę mažiau proporcingą, tačiau išlaikyti geresnį kitų bausmių absoliutų atitikimą nusikaltimams. Duus-Otterströmas vadina santykinį ir absoliutų proporcingumus nepriklausomomis vertybėmis, kurias tokiu atveju tenka sverti viena prieš kitą, nors nėra aiškaus bendro mato, kuris leistų tai padaryti (*Ibid.* 46). Šitaip ne tik vėl grįžtama prie matavimo neturint aiškių kriterijų problemos, bet ir įveliamas balansavimo terminas, kuris, kaip minėta pats yra siejamas ir

dažnai painiojamas su proporcingumu. Du proporcingumai dabar tampa balansuojamomis vertybėmis. Jei toks terminologinis chaosas ir pateiktų kažkokį atsakymą, vargu ar šis atsakymas galėtų būti vienareikšmis ir patikimas, kai yra pastatytas ant tokio persipinančių reikšmių pertekliaus.

Tačiau tai, kad Duus-Otterströmas vadina proporcingumus nebe principais, o vertybėmis, paslepia dar didesnę čia atsirandančią problemą. Jei paliksime proporcingumui principo statusą, kaip ir yra proporcingumo teorijose, tada skirtingi jo modusai – santykinis ir absoliutus – šioje situacijoje reikalauja priešingų dalykų. Akivaizdu, kad vieno ir to paties principo vidiniai reikalavimai negali pateikti priešingų atsakymų į tą patį klausimą. Bent vienoje situacijoje su savimi konfliktuojantis principas pakerta visų savo atsakymų patikimumą.

Būtent nuo šio konflikto sprendimo pradeda pasirodyti principų atskyrimo vertė. Proporcingumo principas reikalauja išsaugoti kuo daugiau proporcingos tvarkos, tad jei nutariame keisti vienos bausmės dydį, pagal šį principą visų bausmių dydžiai turėtų keistis taip, kad išsaugotų esamas proporcijas – proporcingai. Pagal nuopelno principą, kuo daugiau bausmių tiksliai ar beveik tiksliai pagal nuopelną išsaugosime, tuo geriau, tad turėtume keisti tik tuos bausmių dydžius, kuriuos nutarėme keisti dėl priimtinių ne retribucinių priežasčių, o kitų bausmių dydžius palikti tokius, kokie yra. Čia taip pat yra prieštaravimas, tačiau ne vidinis tarp dviejų principo modusų, o tarp dviejų principų, kurių abiejų laikomės neabsoliučiai. Tokį prieštaravimą neprieštaringa teorija gali sau leisti. Jau vien tuo atskirti principus yra teoriškai naudinga, šalia to, kad logiškai tikslinga. Tačiau nauda čia nesibaigia.

Šitaip aiškiai atskyrus principus pasimato, kad retribucinės *išraiškos* teorijos turi pakankamai išteklių išspręsti Duus-Otterströmo dilemą. Pirmiausia, atskyrus svarstant nuopelno principą aiškiau matyti šio principo specifinė interpretacija *išraiškos* teorijose. Tai, kad įvardinti šiam reikalavimui pasirenkamas ne kuris nors tikslesnis ir mažiau varijuojančių reikšmių turintis žodis, pavyzdžiui, kaip čia siūlomas „nuopelnas“, o būtent „proporcingumas“ iš dalies paaiškinama ankstesniuose skyriuose aptarta ilga proporcingumo, kaip teisėtumo mato valdžios galios panaudojime istorija. Kadangi proporcingumas suprastas šia prasme ilgą laiką funkcionavo kaip reikalavimas nenaudoti daugiau prievartos nei reikia, retributivistinėse teorijose, susijungęs su pamatiniu reikalavimu bausti tiek, kiek nusipelnoma jis sustiprina viršutinės ribos akcentą. Tai yra, jei klasikiniame retributyvizme pamatinis principas reikalavo bausti ne daugiau ir ne mažiau nei nusipelnoma, šiuolaikinėse mišriose retributivistinėse teorijose, kaip svarbesnis principo aspektas išryškėja reikalavimas nebausti daugiau nei nusipelnoma.

Bausme išreikšdami didesnę smerkimą nei tai, kiek iš tiesų smerktinu laikome nusikaltimą, kaip minėta, proporcingumo teoretikų akimis užgožtume moralinę bausmės žinutę. Dėl to Norvalo Morriso nurodomo parsimonijos principo, tai yra reikalavimo, siekiant socialinių tikslų naudoti kuo mažiau varžančias priemones (Morris 1974: 1162), svarbą pripažįsta daugumą teoretikų (Ashworth 2017: 485), net ir nesutinkančių su juo dėl proporcingumo principo vaidmens. Todėl didinant bausmę už tam tikrus nusikaltimus, tarkim dėl jų pagausėjimo esant didesnio atgrasymo poreikiui, turime didinti ją tik už šiuos nusikaltimus, o kitas bausmes palikti tokias, kokios yra, nors tai ir padaro sistemą mažiau proporcingą. Tokiu tam tikrų nusikaltimų pagausėjimo atveju, šio atsakymo pagrindą dar sustiprina ir tai, kad tikėtina jog visuomenės požiūris į itin pagausėjusius nusikaltimus taps labiau neigiamas. Tam tikrų nusikaltimų protrūkis, tikėtina, užtrauks šiems nusikaltimams didesnę visuomenės smerkimą. Tokiu atveju atgrasymo poreikis žengtų koja kojon su smerkimo išraiška, tad pažeidėjai iš tiesų gautų pelnytą bausmę – nuopelno principo ir toliau būtų laikomasi visiškai. Visiškai laikantis šio principo neišvengiamai išsaugojamas ir visiškai proporcingumo principo laikymasis.

Tai, kad pagal *išraiškos* teorijas yra galimi tokie pasikeitimai tame, ko yra nusipelnoma, parodo to, ką Duus-Otterströmas vadina absoliučiu proporcingumu ne absoliutumą šiose teorijose. Absoliutus nuopelnas turėtų būti nekintantis, toks, koks jis yra absoliučiose bausmės teorijose. Tačiau mišrios retribucinės teorijos, kaip tik tokių metafizinių nuopelno idėjos prasmų ir stengėsi išvengti nurodydamos į bausmę kaip smerkimo išraišką. Smerkimo išraiškos yra konvencinės, o konvencijos gali keistis (Hirsch 1996: 45). Skirtingo griežtumo ar nemalonumo bausmė skirtingose visuomenėse ar skirtingais laikais gali išreikšti tokį patį pasmerkimą. Būtent todėl, pasak fon Hirscho, turėtume taikyti *mažinančiąją strategiją* (angl.: *decremental strategy*), pagal kurią visos bausmės būtų mažinamos *pro rata*, visiškai išsaugant bausmių ranginę tvarką (*Ibid.* 40). Tai, kokį pasmerkimą išreiškia tam tikra bausmė, priklauso nuo bausmių už kitus nusikaltimus griežtumo. Tad tol, kol išsaugome ranginę tvarką ir apytikrius atstumus tarp dydžių, turime siekti mažiausių bausmių, atliekančių tą pačią pasmerkimo funkciją. To reikalauja klasikinis proporcingumo, kaip galios panaudojimo įteisinimo reikalavimas ir jo naujesnė, Morriso išpopuliarinta versija – parsimonijos principas.

Reikalavimas išsaugoti ranginę tvarką išlieka griežtas ir nepajudinamas net ir nusprendus pažeisti nuopelno principą. Dėl to jis riboja galimybę stipriai pažeisti šį principą. Jei norėdami stipresnio atgrasymo nuo, tarkim, vagysčių iš parduotuvių, galėtume bausti vagis griežčiau, bet ne tiek griežtai, kaip baudžiame tų pačių parduotuvių plėšikus, tai yra, pažeidėjus vagystės vykdymui naudojančius arba grasinančius panaudoti smurtą. Todėl didindami bausmes galėtume tai daryti tik

aukodami atstumą tarp dviejų skirtingai smerktinų nusikaltimų, bet ne jų vietą rikiuotėje. Adekvati atstumo išraišką, kaip minėta, yra tai, ko fon Hirschas yra pasiruošęs prirėkusi atsakyti. Mažindami bausmę už tam tikrus nusikaltimus, idant išvengtume ribos, kurią uždeda ranginės tvarkos išsaugojimo reikalavimas, taikome *mažinančią strategiją* ir sumažiname visų bausmių greižtumą.

Tad atsakymas į Duus-Otterströmo iškeltą problemą yra tas, kad mažindami bausmių dydžius vadovaujamės proporcingumo, o didindami – nuopelno principų, kurių dar apriboja proporcingumo principo reikalavimas išsaugoti ranginę tvarką. Duus-Otterströmas pasiūlo iš dalies panašų atsakymą – dažniau vadovautis proporcingumo principu ir siekti bausmių švelnumo, tačiau pripažįsta, kad ši bendra taisyklė neišsprendžia daugumos problemų ir neturi gero pagrindimo išskyrus tai, kad mes turim geresnę epistemine prieigą prie proporcingumo, galime lengviau jį nustatyti, nei absoliutų nuopelną (Duus-Otterström 2019: 47). Tačiau net šis pagrindimas yra dar silpnesnis nei autorius mano, kadangi, kaip aptarta, griežtam ir tiksliam proporcingumui nustatyti mums reikėtų itin sudėtingų bausmės griežtumo apskaičiavimo būdų. Galima pagrįstai ginčyti, kad nuopelnas *išraiškos* teorijose yra lengviau atrandamas, kadangi tai nėra absoliutus metafizinis nuopelnas, o tai, ką visuomenė suvokia, kaip nuopelną. Atrasti apytiksliai tam tikrų veiksmų smerktinumo visuomenėje mastus apklausiant visuomenės narius gali būti net paprasčiau nei apskaičiuoti tikslų proporcingumą. Aiškaus epistemines prieigos pranašumo, bet kokių atveju, regis, neturime prie nei vieno iš principų.

Čia pasiūlytas variantas aiškiau parodo, kokie atsakymai nuosekliai plaukia iš *išraiškos* teorijų prielaidų. Tad principų atskyrimas ne tik yra terminologiškai tikslesnis sprendimas, bet ir išryškina vadovavimosi jais sąlygas bei ribas ir išvengia dalies proporcingumo teorijoms įprastos kritikos. Galiausiai, šio teiginio teisingumą patvirtina tai, kad šis atskyrimas remiasi pagrindiniais teorijos tikslais. Andreasas fon Hirschas savo pagrindiniuose ginčuose, ar jie būtų su *respublikoniškosios* teorijos atstovais (Braithwaite and Pettit 1990: 149-151) dėl to, kuri teorija geriau užtikrina bausmių švelninimą, ar minėtame ginče su Morrisu dėl proporcingumo vaidmens, kaip pagrindinį argumentą nurodo tai, kad kitos teorijos leidžia pažeisti ranginę tvarką (Hirsch 1985: 40; Hirsch 1996: 40). Šios tvarkos išsaugojimas yra centrinis proporcingumo teorijos reikalavimas, kuris atskyrus principus, išsaugo savo griežtumą ir aiškiai nurodo leistinus veiksmus skiriant bausmes.

Iš to aišku, kad pripažįstant du proporcingumo principo vidinius reikalavimus atskirais principais, proporcingumo teorija nepraranda nieko ir įgyja daugiau tikslumo, aiškumo, atsparumo kritikai ir pajėgumo pateikti atsakymus į svarbiausius bausmių skirstymo klausimus.

IŠVADOS

Proporcingumo principo skirtingų apraiškų teisės filosofijoje ir reikšmės šiuolaikinėse baudžiamosios teisės teorijose tyrimas, leidžia daryti sekančias išvadas.

1) Proporcingumo principo susiejimui su šiuolaikinėmis retributyvistinėmis teorijomis įtakos turėjo tai, kad šios teorijos yra mišrios pripažįstamų bausmės tikslų atžvilgiu. Kadangi istoriškai susiformavo daug „porporcingumo“ koncepcijų, šis reikalavimas gali būti taikomas skirtingiems tikslams siekti.

2) Proporcingumo teorijoje individualios teisės yra svarbios ne kaip nuorodos į tam tikrą žmogaus prigimtį, o kaip valdžios prievartos panaudojimo teisėtumo matas.

3) Iš proporcingumo testo valdžios sprendimams įvertinti, proporcingumo principas baudžiamojame teiseje perima reikšmę, pagal kurią principo taikymas pateisina valdžios prievartos naudojimą, per jos apribojimą.

4) Analizuojamos per proporcingumo principą ir balansavimo sampratą, *naudos ir naštos* retribucinės teorijos pasirodo konceptualiai panašios į utilitaristines teorijas.

5) Proporcingumo principo tapatinimas su retribucinėmis teorijomis šiuolaikinėje baudžiamosios teisės filosofijoje yra sietinas su šio principo konceptualiniu suderinamumu su retribucinėmis *išraiškos* teorijomis.

6) Individualių pilietinių teisių koncepcija nėra retribucinėms *išraiškos* teorijoms tinkamas bausmės griežtumo apribojimo pagrindas, nes:

a) teisės yra konceptualizuojamos kaip nebūtinai teisėtam veiksmui ir nuolat teisėtai pažeidinėjamos, todėl negali tvirtai apriboti valstybės veiksmų;

b) teisių, kaip ir interesų, balansavimas yra labiau tinkamas *naudos ir naštos* bei konsekvencionalistinėms bausmės teorijoms.

7) Tvirčiausias bausmių griežtumo ribojimo pagrindas *išraiškos* teorijose yra pati bausmės, kaip pasmerkimo išraiškos samprata. Šios sampratos pajėgumas išryškėja du reikalavimus, sudarančius proporcingumo principą, atskyrus kaip du principus.

8) Interpretuojant proporcingumo principą, kaip galintį nustatyti tikslius bausmių dydžių santykius ir proporcijas, atsiranda priešprieša tarp teorijos tikslo įtvirtinti bausmes *mažinančiąją strategiją* ir ranginio proporcingumo reikalavimų. Toks interpretacijos būdas yra skatinamas „proporcingumo“ termino.

9) Nuopelno, pagal kurį turėtų būti baudžiama sampratą išplečiant toli už konkretaus padaryto nusikaltimo ribų, baudžiamosios teisės funkcijos ir veikimas prarastų pagrindą bei taptų sunkiai paaiškinamais. Todėl bandymai reikalauti tokio išplėtimo, patys nebūdami pagrįsti, negali kelti didelės grėsmės proporcingumo teorijų pagrįstumui.

10) Subjektyvistinis požiūris į bausmės patirtį prasilenkia su bausmės, kaip pasmerkimo išraiškos samprata, tačiau nepateikia tvirto pagrindo jos atsisakyti, todėl nemeta rimto iššūkio proporcingumo teorijoms.

11) Kadangi santykis tarp nusikaltimų ir bausmių negali būti interpretuojamas nei kiekybinės, nei kokybinės proporcijos prasme, „proporcingumo“ terminas nėra tikslus reikalavimų, keliamų šiam santykiui įvardinimo būdas.

12) Proporcingumo principas, reguliuojantis bausmių ir nusikaltimų santykinį pasiskirstymą, taip pat negali būti interpretuojamas visiškai kiekybine proporcijos prasme, kadangi pasmerkimą ir bausmės griežtumą matuojantys vienetai, paprastai negali būti prasmingai padalinami arba padauginami.

14) Bandymai tiksliais skaičiais įvertinti nusikaltimų sunkumą ir bausmių griežtumą neatitinka išraiškos teorijose taikomos proporcingumo sampratos, yra sunkiai pagrindžiami ir skatina kitokią principo interpretaciją bei kritiką jai, todėl jų turėtų būti atsisakoma.

15) Šiuolaikinėse retribucinėse teorijose proporcingumo principu vadinami du skirtingi principai, kurių atskyrimas:

a) padaro teorijas tikslesnes ir atsparesnes kritikai, nes padeda atskirti ir atsirinkti teorijai tinkamas „proporcingumo“ termino reikšmes;

b) išvengia prieštaravimo principo viduje;

c) išsaugo ir sustiprina pajėgumą siekti pagrindinių teorijos tikslų;

d) padidina teorijos galimybes išvesti principais pagrįstus atsakymus į bausmių skirstymo klausimus.

LITERATŪRA

1. Aristotelis. 1990. Nikomacho etika. In: *Rinkiniai raštai*. Sudarė A. Rybelis, iš sen. graikų k. vertė J. Dumčius. Vilnius: „Mintis“. Psl.: 61-273.
2. Aristotelis. 1997. *Politika*. Iš sen. graikų k. vertė M. Strockis. Vilnius: Pradai.
3. Ashworth, A. 2017. Prisons, Proportionality and Recent Penal History. *Modern Law Review*, 80(3): 473-488.
4. Bekarija, Č. 1992. *Apie nusikaltimus ir bausmes*. Iš italų k. vertė R. Burokas. Vilnius: „Minties“ Leidykla.
5. Bentham, J. 2000. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books.
6. Braithwaite, J. and Pettit, Ph. 1990. *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press.
7. Cohen-Eliya, M. and Porat, I. 2010. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2): 263-286.
8. Davis, J. 2002a. The Science of Sentencing: Measurement Theory and von Hirsch's New Scales of Justice. In: *Sentencing and Society: International Perspectives*. Edited by C. Tata and N. Hutton. London: Routledge. Psl.: 329-359.
9. Davis J. 2002b. Scaling Punishment: A Response to von Hirsch. In: *Sentencing and Society: International Perspectives*. Edited by C. Tata and N. Hutton. London: Routledge. Psl.: 366-368.
10. Davis, M. 1983. How to Make the Punishment Fit the Crime. *Ethics*, 93(4): 726-752.
11. Dobryninas, A, Čėsniėnė, I, Dobrynina, M, Giedraitis, V, Merkevičius, R. 2014. *Kriminalinės justicijos suvokimas visuomenėje*. Vilnius: Vilniaus Universiteto leidykla.
12. Duff, R. A. 2001. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press.

13. Duff, R. A. 2018. *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
14. Duus-Otterström, G. 2019. Weighing Absolute and Relative Proportionality in Punishment. In: *Of One-Eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit the Crime?* Edited by M. Tonry. Oxford: Oxford University Press. Psl.: 30-50.
15. Engle, E. 2012. The History of the General Principle of Proportionality: An Overview. *Dartmouth Law Journal*, 10(1): 1-11.
16. Engle, E. 2013. The General Principle of Proportionality and Aristotle. In: *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*. Edited by L. Huppes-Cluysenaer and N. Coelho. New York: Springer.
17. Ezorsky, G. 2015. The Ethics of Punishment. In: *Philosophical Perspectives on Punishment: Second Edition*. Edited by G. Ezorsky. Albany: State University of New York Press. Psl.: xi-xvii.
18. Fletcher, G. P. 2001. Criminal Theory in the Twentieth Century. *Theoretical Inquiries in Law*, 2(1): 265-286.
19. Frase, R. 2005. Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eight Amendment: 'Proportionality' Relative to What? *Minnesota Law Review*, 89(3): 571-651.
20. Gaylin, W. and Rothman, D. 1976. Introduction. In: *Doing Justice: The Choice of Punishments*. New York: Hill and Wang.
21. Gewirth, A. 1981. Are There any Absolute Rights? *The Philosophical Quarterly*, 31(122): 1-16.
22. Grotius, H. 2005. *The Rights of War and Peace: Three Volume Set*. Edited by R. Tuck. Translated from Latin by J. Barbeyrac. Indianapolis: Liberty Funds Inc.
23. Harcourt, B. E. 1999. The Collapse of the Harm Principle. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90(1): 109-194.
24. Hart, H. L. A. 2008. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press. Psl.:

1-27.

25. Hegel, G. W. 2000. *Teisės filosofijos apmatai: arba prigimtinės teisės ir valstybės mokslo metmenys*. Iš vokiečių k. vertė L. Anilionytė. Vilnius: Mintis.
26. Hirsch, A. von. 1976. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. New York: Hill and Wang.
27. Hirsch, A. von. 1985. *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*. Manchester: Manchester University Press.
28. Hirsch, A. von. 1992. Proportionality in the Philosophy of Punishment. *Crime and Justice*, 16(1): 55-98.
29. Hirsch, A. von. 1996. *Censure and Sanctions*. Oxford: Oxford University Press.
30. Hirsch, A. von. 2002. Scaling Punishments: A Reply to Julia Davis. In: *Sentencing and Society: International Perspectives*. Edited by C. Tata and N. Hutton. London: Routledge. Psl.: 360-365.
31. Hirsch, A. von. 2007. The „Desert“ Model for Sentencing: Its Influence, Prospects, and Alternatives. *Social Research*, 74(2): 413-434.
32. Hirsch, A. von. 2017. *Deserved Criminal Sentences*. Oxford: Hart Publishing.
33. Hirsch, A. von and Ashworth, A. 2005. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford: Oxford University Press.
34. Hirsch, A. von and Jareborg, N. 1991. Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, 11(1): 1-38.
35. Hobbes, T. 1999. *Leviatanas*. Iš anglų k. vertė K. Rastenis. Vilnius: Pradai.
36. Husak, D. 1990. „Already Punished Enough“. *Philosophical Topics*, 18(1): 79-99.
37. Husak, D. 2008. *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
38. Husak, D. 2019. The Metric of Punishment Severity: A Puzzle About the Principle of Proportionality. In: *Of One-Eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit*

- the Crime?* Edited by M. Tonry. Oxford: Oxford University Press. Psl.: 97-126.
39. Kant, I. 1870. *Die Metaphysik der Sitten*. Leipzig: Verlag der Dürr'schen Buchhandlung.
40. Kant, I. 1980. Dorovės metafizikos pagrindai. Iš vokiečių k. vertė K. Rickevičiūtė. Vilnius: „Mintis“.
41. Kardelis, N. 2007. *Vienovės įžvalga Platono filosofijoje*. Vilnius: Versus Aureus.
42. Kolber, A. J. 2009a. The Subjective Experience of Punishment. *Columbia Law Review*, 109(1): 182-236.
43. Kolber, A. J. 2009b. The Comparative Nature of Punishment. *Boston Law Review*, 89(5): 1565-1608.
44. Kolber, A. J. 2012. Unintentional Punishment. *Legal Theory*, 18(1): 1-29.
45. Kolber, A. J. 2013. Against Proportional Punishment. *Vanderbilt Law Review*, 66(4): 1141-1179.
46. Lacey, N. and Pickard, H. 2015. The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems. *The Modern Law Review*, 78(2): 216-240.
47. Lacey, N. 2016. The Metaphor of Proportionality. *Journal of Law and Society*, 43(1): 27-44.
48. Martinson, R. 1974. What Works? – Questions and Answers About Prison Reform. *The Public Interest*, 35(22): 22-54.
49. Matravers, M. 2019. The Place of Proportionality in Penal Theory. In: *Of One-Eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit the Crime?* Edited by M. Tonry. Oxford: Oxford University Press. Psl.: 76-96.
50. Mill, J. S. 1995. *Apie Laisvę*. Iš anglų k. vertė V. Radžvilas. Vilnius: Pradai.
51. Morris, N. 1974. The Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy. *Michigan Law Review*, 72(6): 1161-1180.

52. Morris, N. and Tonry, M. 1990. *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*. New York and Oxford: Oxford University Press.
53. Nozick, R. 2001. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Blackwell Publishers Ltd.
54. Poole, T. 2010. Proportionality in Perspective. *New Zealand Law Review*, 22(2): 369-391.
55. Platonas. 1995. Timajas. In: *Timajas. Kritijas*. Iš sen. graikų k. vertė N. Kardelis. Vilnius: Aidai., p. 49 – 159.
56. Ristroph, A. 2005. Proportionality as a Principle of Limited Government. *Duke Law Journal*, 55(2): 263-331.
57. Robinson, P. 1987. A Sentencing System for the 21st Century? *Texas Law Review*, 66(1): 1-61.
58. Ryberg, J. 2019. Proportionality and the Seriousness of Crimes. In: *Of One-Eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit the Crime?* Edited by M. Tonry. Oxford: Oxford University Press. Psl.: 51-75.
59. Sattar, A. 2016. Neo-Retributivism in the Embrace of Human Rights. *Socialism and Democracy*, 30(3): 55-81.
60. Stevens, S. S. 1946. On the Theory of Scales of Measurement. *Science*, 103(2684): 677-680.
61. Tonry, M. 2011. Introduction. In: *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*. Edited by: M. Tonry. Oxford: Oxford University Press. Psl.: 3-28.
62. Tonry, M. 2020. Is Proportionality in Punishment Possible, and Achievable? In: *Of One-Eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit the Crime?* Edited by M. Tonry. Oxford: Oxford University Press. Psl.: 1-29.