

UNIVERZA V LJUBLJANI  
PRAVNA FAKULTETA

Mojca M. Plesničar

**ODLOČANJE O SANKCIJI V KAZENSKEM POSTOPKU:  
PRIMERJALNOPRAVNI IN KRIMINOLOŠKI VIDIKI**

*Doktorska disertacija*

Mentorica: prof. dr. Katja Šugman Stubbs

Somentorica: prof. dr. Renata Salecl

Ljubljana 2013





## **IZJAVA O AVTORSTVU**

Podpisana Mojca M. Plesničar, rojena 7. maja 1982 v Šempetru pri Gorici, študentka doktorskega študija Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, izjavljam, da sem avtorica doktorske disertacije z naslovom: Odločanje o sankciji v kazenskem postopku (primerjalnopravni in kriminološki vidiki).

S svojim podpisom zagotavljam, da je predložena doktorska disertacija rezultat mojega samostojnega raziskovalnega dela ter da so vsa dela in mnenja drugih avtorjev citirana v sprotnih opombah in navedena v seznamu virov, ki je sestavni del predložene doktorske disertacije.

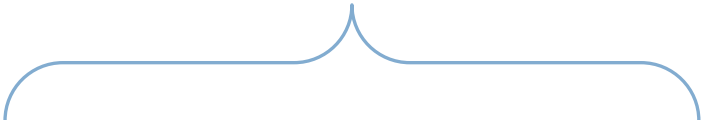
Zavedam se, da je plagiatorstvo, ne glede na obliko in način predstavljanja tujega avtorskega dela kot svojega, v nasprotju z akademsko etiko in s pričakovanimi moralnimi prepričanji pravnikarja ter pomeni hujšo kršitev pravil in predpisov, ki urejajo to področje, kot tudi posledic, ki jih ima takšno dejanje za predloženo delo in z njim povezani status.

Izjavljam tudi, da sem seznanjena z določili Pravilnika o doktorskem študiju Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

V Ljubljani, 5. april 2013


Podpis avtorice:





*Da gre za zapleten proces, dokazuje  
okoliščina, da danes – kljub naporom, ki  
jih je vložila v to teorija in kljub temu, da  
je sodna odmera kazni nujen sestavni del  
sodniškega dela in kazenskega prava od  
njihnih začetkov dalje – ni enotnosti o  
tem, ali gre za "umetnost" ali pa za  
racionalen proces.*

*Alenka Šelih, Sodna odmera kazni, s. 1*





# Kazalo

<b>1. poglavje: UVOD.....</b>	<b>1</b>
<b>2. poglavje: PRAVNI DEJAVNIKI PRI ODLOČANJU O SANKCIJAH.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 uvodno.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 neposredni vpliv.....</b>	<b>19</b>
2.2.1 namen kaznovanja.....	19
2.2.1.1 uvodno.....	19
2.2.1.2 dve skrajnosti teorij o namenu kaznovanja.....	20
2.2.1.3 teorije med obema skrajnostma.....	21
2.2.1.4 pomen jasnega namena kaznovanja.....	27
2.2.1.5 slovenske težave z namenom kaznovanja.....	29
2.2.1.5.1 pomanjkanje načelne ureditve.....	29
2.2.1.5.2 praktično razreševanje načelnega vprašanja.....	31
2.2.1.5.3 težave s praktičnim razreševanjem načelnega vprašanja.....	34
2.2.1.5.3.1 vprašanje storilcev.....	35
2.2.1.5.3.2 različne vrste sankcij.....	37
2.2.1.5.3.3 praksa prvostopenjskih sodišč.....	38
2.2.1.5.4 nujnost sistemske rešitve.....	41
2.2.2 kaznovalni okviri.....	43
2.2.2.1 uvodno.....	44
2.2.2.1.1 vprašanje načel.....	44
2.2.2.1.2 vprašanje pristojnosti.....	47
2.2.2.2 načini omejevanja diskrecije.....	50
2.2.2.2.1 obvezne kazni, obvezni minimumi.....	51
2.2.2.2.2 kaznovalne smernice.....	55
2.2.2.2.2.1 numerične kaznovalne smernice oz. kaznovalne tabele.....	56

2.2.2.2.2	opisne kaznovalne smernice .....	60
2.2.2.2.3	zakonski okviri .....	64
2.2.2.2.4	sodna praksa in sodniško samoomejevanje .....	72
2.2.2.2.5	nedoločene kazni .....	80
<b>2.2.3</b>	<b><i>okoliščine</i></b> .....	<b>85</b>
2.2.3.1	uvodno .....	85
2.2.3.2	okoliščine in namen kaznovanja .....	86
2.2.3.3	razlike v ureditvah glede upoštevanja okoliščin .....	90
2.2.3.4	razmisleki pri snovanju sistema upoštevanja okoliščin.....	93
2.2.3.5	nekatera postopkovna vprašanja glede okoliščin.....	98
<b>2.2.4</b>	<b><i>postopek odločanja o sankcijah</i></b> .....	<b>102</b>
2.2.4.1	uvodno .....	102
2.2.4.2	dvofazni postopek.....	104
2.2.4.2.1	angleška ureditev .....	105
2.2.4.2.2	ameriška ureditev .....	107
2.2.4.3	enofazni postopek.....	108
2.2.4.4	obrazložitev in pravna sredstva.....	111
2.2.4.5	pomen za širše razumevanje odločanja o sankcijah.....	114
<b>2.3</b>	<b>posredni vpliv</b> .....	<b>117</b>
<b>2.3.1</b>	<b><i>pogajanja o sankcijah</i></b> .....	<b>117</b>
2.3.1.1	uvodno .....	117
2.3.1.2	nagrajevanje priznanj.....	118
2.3.1.3	vloga tožilca .....	122
<b>2.3.2</b>	<b><i>zunanja pomoč</i></b> .....	<b>132</b>
2.3.2.1	uvodno .....	132
2.3.2.2	oškodovanci (žrtve) .....	132
2.3.2.3	strokovne službe.....	135
<b>2.3.3</b>	<b><i>pogojni odpust</i></b> .....	<b>138</b>



2.3.3.1	uvodno.....	138
2.3.3.2	razvoj in namen instituta.....	141
2.3.3.3	formalni in materialni pogoj za pogojni odpust.....	145
2.3.3.4	odločanje o pogojnem odpustu.....	147
2.3.3.5	sodni ali upravni model odločanja.....	151
<b>3.</b>	<b>poglavje: NEPRAVNI DEJAVNIKI PRI ODLOČANJU O SANKCIJAH .....</b>	<b>155</b>
<b>3.1</b>	<b>uvodno.....</b>	<b>157</b>
<b>3.2</b>	<b>razlike v kaznovanju .....</b>	<b>161</b>
3.2.1	<i>oblike razlikovanja.....</i>	<i>161</i>
3.2.2	<i>sistemske napake pri odločanju.....</i>	<i>163</i>
3.2.2.1	uokvirjanje.....	165
3.2.2.2	sidranje .....	169
3.2.2.3	druge napake pri odločanju.....	174
3.2.3	<i>razlikovanje, ki izhaja iz konkretnega primera (neupravičena neenakost).....</i>	<i>179</i>
3.2.3.1	okoliščine na strani obdolženega.....	181
3.2.3.1.1	rasna oz. etnična pripadnost .....	181
3.2.3.1.2	spol.....	183
3.2.3.1.3	videz.....	184
3.2.3.1.4	drugi dejavniki .....	185
3.2.3.2	okoliščine na strani žrtve .....	186
3.2.3.3	okoliščine na strani sodnika.....	188
3.2.3.3.1	socialne in osebnostne značilnosti sodnika .....	188
3.2.3.3.2	vloga čustev .....	194
<b>3.3</b>	<b>stopnjevanje kaznovanja .....</b>	<b>197</b>
3.3.1	<i>uvodno .....</i>	<i>197</i>
3.3.2	<i>politika in kaznovanje.....</i>	<i>200</i>

<b>4. poglavje: SKLEP .....</b>	<b>209</b>
<b>5. SENTENCING (COMPARATIVE AND CRIMINOLOGICAL ASPECTS).....</b>	<b>223</b>
<b>6. PRILOGE .....</b>	<b>233</b>
<b>7. TABELE .....</b>	<b>241</b>
<b>8. LITERATURA .....</b>	<b>243</b>





## 1. poglavje: UVOD

Ljudje si radi zamišljamo, da so področja, s katerimi se poglobljeno ukvarjamo na poklicni ali zasebni ravni izrednega pomena. Moje iluzije o veličini vprašanj, ki so me zanimala v okviru doktorskega študija, je že na prvem predavanju iz odločanja o sankcijah razblinil prof. Ashworth, eden izmed najbolj uveljavljenih sodobnih strokovnjakov s tega področja. Predavanje je namreč začel tako, da je študentom predstavil nepomembnost teme, s katero se bomo ukvarjali.

V skladu z uveljavljeno shemo »lija«, ki jo pripisujemo kazenskoopravnemu sistemu, namreč na njegovem najširšem delu najdemo vsa storjena kazniva dejanja, ki jih potem kazenskoopravni sistem preko mehanizmov ovadb, obtožb in nazadnje obsodb prefiltrira do njegovega najožjega dela, kjer se nahajajo pravnomočne obsodbe.<sup>1</sup> Če upoštevamo splošno znano dejstvo, da prijavljena oz. zaznana kriminaliteta predstavlja zgolj del(ček) vse kriminalne aktivnosti, ki je prisotna v družbi, hitro postane jasno, da ima kazenskoopravni lij v primerjavi z ogromno vstopno odprtino izjemno ozko izstopno odprtino. V takšni širši sliki predstavlja odločanje o sankcijah, ki nastopi le v tistem (majhnem) delu primerov, ki pridejo do obsodbe,<sup>2</sup> le majhno vprašanje in najbrž ne najpomembnejše.

Moja doktorska naloga bi se z zgornjim odstavkom lahko zaključila, če nekateri drugi dejavniki ne bi kazali na to, da vendarle ne gre za povsem obrobna in neznatna vprašanja. Brez dvoma je kaznovanje in z njim povezano odločanje o sankcijah najbolj vidni del kazenskega postopka (Ashworth 2007; Morgan in Clarkson 1995) in hkrati tisti del, do katerega je javnost najbolj kritična, saj pravno govorico, ki je neposvečenim velikokrat nerazumljiva, spravi na »realna tla«.

Obenem predstavlja odločanje o sankcijah tisti del kazenskega postopka, ki je za mnoge sodnike najtežji in najzahtevnejši. Tako na podlagi raziskav in intervjujev s

---

<sup>1</sup> Pri nas podobno govorimo o t.i. reki kriminalitete in jezovih kazenskoopravnega sistema (Bavcon *et al.* 2013).

<sup>2</sup> Pa še to ne v vseh, v različnih ureditvah je različno velik delež obsodilnih sodb rezultat pogajanj med tožilci in obdolženci, pri katerih klasično odločanje o sankcijah sploh ne pride v poštev.

sodniki ugotavljajo tuji avtorji (Ashworth 2010), podobnega mnenja pa je vsaj nekaj slovenskih sodnikov, s katerimi sem se imela priložnost neformalno pogovarjati. Eden izmed njih, ki ga še posebej cenim, je odkrito priznal, da je kljub dolgoletnim izkušnjam v fazi odločanja o sankciji vedno občutil precejšnje nelagodje, ko se je vsakič znova zavedel, da je od njegove odločitve oz. odločitve sodnega senata odvisno ne le abstraktno vprašanje pravičnosti, temveč mnogokrat tudi zelo konkretna prihodnost posameznika, ki je stal pred njim čakajoč na razsodbo.

Zelo podobno je temeljno težavo odločanja o sankcijah opisal ameriški sodnik Bennett, ki pravi:

Kot mlad sodnik z le dvema letoma izkušenj sem se pogovarjal s sodnikom, ki je bil moj mentor. [...] Povedal sem mu, da se pri odločanju o sankcijah soočam z izjemnimi težavami ter da to terja velik emocionalni davek. Rekel je: »Ne skrbi, Mark, sčasoma bo postalo veliko lažje.« Zaradi spoštovanja do njega mu nisem odgovoril, a sam sebi sem rekel, »Če bo kdaj postalo enostavno nekomu odvzeti pravico do svobode, se, prosim, ustrelj.« Nisem bil ustreljen in tudi nič lažje ni postalo.<sup>3</sup> (navajam po Maroney 2012, s. 9)

Za odločanje o sankcijah je poleg tega značilno, da predstavlja zaključek kazenskopravne in začetek penološke obravnave, da se torej pojavlja na stičišču zelo različnih konceptualnih in vsebinskih polj. Temu se pridružujejo še filozofski, sociološki, zgodovinski in predvsem psihološki vidiki kaznovanja, zaradi katerih je miselni proces na poti do končne odločitve izjemno zahteven in kompleksen. Podobno v svoji občasni kolumni razmišlja tudi sodnik Jančar, ki pravi celo, da

[...] si nikoli ne bi upal v kakšnem konkretnem primeru trditi, ali je bila odločitev glede kazni pravilna. (Jančar 2009a)

Mogoče se na prvi pogled zdi takšno obotavljanje sodnikov posledica njihove neizkušenosti ali celo neznanja, pa je resnica daleč od tega. Pri vprašanih kaznovanja gre za tako pomembne in daljnosežne odločitve, da bi bila vsakršna

---

<sup>3</sup> »Early in my second year as a judge I had a discussion about sentencing with a mentor judge ... I told him of the extraordinary difficulty and emotional toll I was encountering in sentencing. He said, "Don't worry, Mark, it will get much easier." Out of respect, I did not respond, but I said to myself, if it gets easy to deprive someone of their liberty please shoot me. I have not been shot, and it hasn't gotten any easier." Mark Bennett, *Heartstrings or heartburn*, *The Champion*, marec 2011, s. 26.

naglica, rutina ali ostra premočrtnost lahko zelo nevarna. Prav določeno nelagodje in posledična previdnost zagotavljata, da bo odločitev bolj pretehtana in kvalitetna, kot bi bila sicer.<sup>4</sup>

Seveda samo teža odločitve ne pojasni opisanih občutkov sodnikov. Sodnik skozi celoten kazenski postopek sprejema celo vrsto zahtevnih odločitev, mnogi bi na primer trdili, da je odločitev o krivdi bistveno bolj odločilna kot odločitev o sankciji, zato samo ta dejavnik ne more delovati kot ključni razlikovalni element.

Odločilno razliko gre iskati v sami naravi odločanja in odločitve o sankciji. Le-ta predstavlja v kazenskem pravu neke vrste anomalijo. Gre namreč za tisti del postopka, ki ga ni mogoče enostavno uokviriti v klasično formalno-logično razmišljanje, ki sicer v skladu z zahtevami po pravni varnosti in določnosti vlada v kazenskem pravu. Drugačnost odločanja o sankcijah ni nekaj, kar bi bilo načrtno in umetno vstavljeno v sistem, nasprotno, drugačnost izhaja iz narave odločitve same. Skozi ves kazenski postopek si različne odločitve sodišča v glavnem sledijo v neprekinjeni vzročni zvezi, pri čemer so navadno binarne narave, torej »da« ali »ne«, odločitev o krivdi obsojenega pa predstavlja zadnjo v vrsti teh odločitev. Odločitev o sankciji je od tega bistveno drugačna, saj ne gre za izbiro med dvema možnostma, temveč za oblikovanje nove rešitve ob upoštevanju množice pomembnih okoliščin.

Pri tem številni avtorji opozarjajo, da ne gre za povsem racionalen proces. Seveda je na eni strani sodnikova odločitev vnaprej določena z bolj ali manj ohlapno postavljenimi zakonskimi ali drugimi merili. Na razumski ravni sodnik določi, ali gre za bolj ali manj hudo obliko kaznivega dejanja, katere okoliščine, ki lahko delujejo olajševalno ali obteževalno, so prisotne, kakšna je pretekla sodna praksa v podobnih primerih in podobne dejavnike, ki sooblikujejo njegovo končno odločitev. A končna odločitev je bistveno več kot le matematična operacija, seštevek racionalno ovrednotenih dejavnikov. Sinteza vseh teh dejavnikov zahteva

---

<sup>4</sup> Tudi na splošno v življenju velja, da prevelika prepričanost v lastni prav ni vedno najboljša. Ameriški psiholog Tetlock (2005) je na primeru političnih analitikov pokazal, da je prav njihova trdna zaverovanost v lastna prepričanja glavni razlog za njihovo zmotno oceno aktualnih dogodkov in napovedi za prihodnost.

preseganje zgolj razumske ravni in terja določeno intuitivno spoznanje, ki postavljeno ob bok racionalnemu premisleku ponudi končno odločitev.

V tem smislu je odločanje o sankcijah zelo podobno igri pokra. S takšno analogijo nikakor ne želim podcenjevati pomena in vloge odločanja o sankcijah in ga zbanalizirati na raven ene izmed iger na srečo. Nasprotno, prikazati želim vso kompleksnost vprašanja, s katerim se ukvarja ta razprava.

Za dobre igralce pokra je značilno, da so izjemno inteligentni ljudje. Uspešni pokeraši velik del svojega uspeha dolgujejo svojim matematičnim sposobnostim, s katerimi skozi igro konstantno spremljajo statistiko in verjetnost uspešnosti kart, s katerimi igrajo. Z ustreznim racionalnim premislekom je mogoče v velikih turnirjih priti precej daleč, a na neki točki racionalnost ne zadostuje več.

Nihče ne ve, katera bo naslednja karta.

Tukaj v igro vstopijo čustva. Ko očitnega odgovora ni več, mora igralec pokra sprejeti odločitev z uporabo emocionalnega dela svojih možganov. Tako nejasna intuicija o njegovih kartah in nerazložljiva slutnja o njegovem nasprotniku postaneta odločilna dejavnika. Odločitev ne bo popolna – preveč negotovosti je za to – bo pa najboljša možna. Uganke potrebujejo več kot zgolj racionalnost.<sup>5</sup> (Lehrer 2009, s. 231)

Podobno torej velja tudi za odločanje o sankcijah. Stroka si je še vedno neenotna v tem, »ali gre za »umetnost« ali pa za racionalen proces« (Šelih 1990, s. 1), vse bolj pa se utrjuje stališče, da gre gotovo za več kot »le« racionalni proces (Ashworth 2010). Poleg tega odločanje o sankcijah ni zgolj pravna odločitev, temveč vselej vsebuje tudi moralno komponento, kar v debato nujno vnese nove ravni kompleksnosti (Henham 2012a).

\*

---

<sup>5</sup> »Nobody knows what card is coming next.

*This is where feelings come into play. Where there is no obvious answer, a poker player is forced to make a decision using the emotional brain. And so the vague intuition about his hand, their inexplicable hunch about his opponent, ends up becoming a decisive factor. The decision won't be perfect – there's too much uncertainty for that – but it's the best option. Mysteries require more than mere rationality.«*



Naslov doktorske naloge uporablja besedno zvezo »odločanje o sankciji« namesto bolj ustaljenih možnosti »izbira sankcije« ali »odmera kazni«, česar se skozi besedilo bolj ali manj dosledno držim. Osnovni namen takšnega poimenovanja je poudarek na *procesu* sprejemanja odločitve o sankciji, torej na sodnikovem aktu odločanja. S tem izrazom zajemam tako odločitve o vrsti sankcije kot tudi »podrejene« odločitve o vrsti in višini kazni. Izraz odmera kazni se zdi še posebej problematičen, saj daje vtis malodane matematične operacije, kar je seveda daleč od resnice.

Z izbranim poimenovanjem se tako želim približati angleški ustreznici »*sentencing*«, ki z etimološko korenino v latinski besedi »*sententia*« poudarja drugačne prvine te odločitve. V tem smislu izbrano poimenovanje bolj ustreza konceptu »individualizacije kazenskih sankcij« oz. »individualizacije kazni«, vendar sta pri nas oba pomensko razmeroma natančno izdelana, zato se zdi uvedba novega izraza vendarle primerna.

V zvezi z individualizacijo sankcij je pomembno ločiti med individualizacijo kot enim izmed temeljnih načel kazenskega prava ter individualizacijo kot procesom, ki se začne na zakonodajni, nadaljuje na sodni in zaključí za izvršilni (penitenciarni) ravni.

Individualizacija kot načelo kazenskega prava je značilna za kontinentalne pravne ureditve, vključno z našo, kjer je s prepletanjem teorije in sodne prakse dobila dvojno vsebino: iskanje pravičnosti in smotrnosti v postopku kaznovanja. Nasprotno je individualizacija kot načelo skoraj povsem nevidna v *common law* sistemih, kjer so jo kot relikv starih razmišljanj opustili po padcu rehabilitacijskega ideala.

Individualizacija kot proces v treh fazah pa je prisotna v obeh velikih pravnih krogih, le poimenovanja so nekoliko drugačna (Bavcon *et al.* 2013; Saleilles 2009, 2001; Frase 2001; Šelih 1990). Pri nas in na kontinentu govorimo o *zakonski individualizaciji*, ki zajema zakonodajalčevo odločitev o sankcijah, hierarhiji kaznivih dejanj, zakonsko postavljenih omejitvah diskreciji sodišča pri odločanju in podobno. Gre torej v splošnem za odločitve zakonodajalca o tem, kakšen sistem odločanja o sankcijah bo vzpostavil. V *common law* kontekstu te odločitve sodijo v

pojem »*pre-adjudication sentencing*«, torej odločitve, ki jih sprejme pristojni (kot bomo videli ne nujno zakonodajni) organ pred fazo sojenja.

Pri *sodni individualizaciji* gre za konkretizacijo abstraktnih možnosti, ki jih daje zakonodajalec, in njihovo aplikacijo na posamezni primer. Gre torej za odločanje sodišča v vsakem posameznem primeru ob upoštevanju kriterijev, ki jih postavljajo zakonske omejitve, pri čemer se pri nas navadno govori o kvalitativni in kvantitativni individualizaciji – prva predstavlja izbiro sankcije, druga pa določitev višine oz. strogosti izbrane sankcije. V anglo-ameriški literaturi je v tem smislu govor o »*sentencing strictu sensu*«, kar nakazuje na večji poudarek temu delu postopka v primerjavi s predhodnim in naknadnim.

*Penitenciarno individualizacijo* izvaja izvršilna veja oblasti, natančneje penitenciarnе institucije, v času izvrševanja kazenske sankcije. Gre za prilagajanje, lahko bi rekli celo »niansiranje« sankcije po njeni določitvi, seveda v mejah, ki so zakonsko dovoljene, in hkrati najbolj konkretno fazo izvajanja individualizacije. V *common law* kontekstu je v tem delu spet govor o »*post-adjudication sentencing*«.

Šele upoštevanje vseh treh faz individualizacije nudi celovit vpogled v odločanje o sankcijah (prim. Roberts 2009a), a takšno holistično gledanje se navadno izmika sodobnim razpravam. Gotovo k temu največ pripomore izjemna obširnost tematike, nič manj pomembna pa se ne zdi njena raznolikost.

Tudi ta razprava se tako omejuje na osrednji del individualizacije – torej sodno individualizacijo, pri čemer ostalih dveh ne puščam povsem ob strani. Kljub temu, da je osrednja tema odločanje sodišča, čemur je posvečenega največ prostora, ima v disertaciji mesto tudi zakonska individualizacija, ki odločanje sodišča nujno uokvirja. V tem smislu so torej razdelane odločitve v fazi pred sodno individualizacijo, ki jih sprejemajo različni sistemi in predstavljene njihove prednosti in slabosti. Penitenciarna individualizacija se na drugi strani pojavi predvsem v razdelku o pogojnem odpustu, ki predstavlja enega izmed temeljnih mehanizmov tovrstne individualizacije. Pri obeh oblikah individualizacije pa me predvsem zanima, kako sooblikujeta proces sodne individualizacije oz. še bolj natančno, kako odločitve glede kaznovanja, ki niso v rokah sodišča, vplivajo na njegovo odločanje.

Drugi del naslova doktorske disertacije razpravo zamejuje na kazenskopравни postopek. Slednje se na prvi pogled zdi nepotrebno, saj razprava o kaznovanju praviloma poteka znotraj kazenskopravnih okvirov. A tako je samo na prvi pogled.

Tudi v sodobni družbi kazenskopravne sankcije niso edina oblika kaznovanja, s katero se soočamo. Vprašati se smemo celo, ali so najpomembnejša. Gotovo najbolj korenito posegajo v posameznikove pravice, predvsem pa jih opredeljuje dejstvo, da jih na avtoritativni način izreka država kot zastopnica skupnih družbenih interesov.

A to nikakor ne pomeni, da druge sankcije ne obstajajo ali da so nepomembne. Sankcije moralne narave, ki si jih posamezniki namenjamo v vsakodnevnih interakcijah, imajo lahko podobno daljnosežne posledice kot kazenskopravne sankcije. Ne sicer na formalni ravni, na ravni posameznikovega vsakdana pa zagotovo. Pri kazenskopravnih sankcijah smo lahko vsaj prepričani, da sledijo določenemu predpisanemu postopku in so izrečene v skladu z razmeroma visoko postavljenimi standardi. Pri spontanah, družbenih, medijskih in podobnih reakcijah je takšno zmernost in pretehtanost nemogoče pričakovati.

Poleg kazenskopravnega okvira se pričujoča razprava še nekoliko dodatno zamejuje. V kazenskopravnem sistemu namreč ni le sodnik tisti, ki sprejema odločitve o sankcijah, tudi nekateri drugi akterji imajo v tem smislu določene pristojnosti. Tako so v prekrškovnem pravu denimo nosilci sankcioniranja pogosto že policisti sami, še bolj pa je v zadnjem času pomembna vloga, ki jo v kaznovanju nosijo tožilci.

Z uvajanjem raznih izbirnih mehanizmov se njihova vloga na tem področju krepi, v nekaterih sistemih je celo bistveno večja od sodnikove vloge, saj do klasičnega sodnega epiloga pride le zelo majhen odstotek primerov. Kljub temu njihovo odločanje ni zajeto v to razpravo, razen v delu, ki se neposredno dotika sodnikovega odločanja in morebitnega vpliva nanj. Celovita obravnava tožilskega odločanja o sankcijah je nekaj, kar bo morebiti lahko prinesla prihodnost.

Iz podnaslova disertacije sledi tudi dvodelna struktura besedila. V prvem delu disertacije se tako v resnici ukvarjam s pretežno primerjalnopravnimi vprašanji, pri čemer se je v določenih delih nemogoče izogniti temeljnim kriminološkim vprašanjem oz. bi takšno izogibanje bilo nenaravno, rezultat pa pomanjkljiva analiza primerjanih vsebin.

Prav polje odločanja o sankcijah je namreč izvrsten primer za ponazoritev potrebe po širšem pristopu do kazenskopravnih vprašanj z vključevanjem številnih spoznanj kriminološke, pravnoteoretične, filozofske, psihološke in še katere druge stroke, ki je že dolga leta značilen za slovensko kazensko pravo. Ta pristop je pomemben tudi sicer, v okviru vprašanj odločanja o sankcijah pa toliko bolj, saj gre za temeljna vprašanja glede kaznovanja v neki družbi, ki najbolj presegajo domet kazenskega prava.

V prvem delu tako obravnavam odločanje o sankcijah predvsem v okviru sodne individualizacije, z že omenjenimi dodatnimi poudarki iz zakonske in penitenciarne individualizacije. V tem delu me primarno zanima diskrecija sodnika in načini, kako jo različni sistemi zamejujejo. V tem smislu me na primer zanima, ali gre pri posameznih rešitvah za omejevanje sodnika ali za njegovo usmerjanje, kolikšen je prostor, prepuščen njegovi odločitvi, kako nanj vplivajo različne postopkovne rešitve in podobno.

Drugi del disertacije razpravo (še) bolj usmerja na kriminološko polje, saj se tu ukvarjam z vprašanji nepravni dejavnikov, ki vplivajo na odločanje o sankcijah. V tem smislu skušam sintetizirati spoznanja s področja kognitivne psihologije z nekaterimi raziskavami o razlikah v kaznovanju in pokazati realno sliko odločanja sodnika kot posameznika. Prav tako v tem delu nekaj prostora namenjam vprašanju sodnika kot člana družbe in vplivu, ki ga ima družbena realnost na njegove odločitve v konkretnih primerih.





# 1. del

## 2. poglavje: PRAVNI DEJAVNIKI PRI ODLOČANJU O SANKCIJAH

### 2.1 uvodno

### 2.2 neposredni vpliv

2.2.1 *namen kaznovanja*

2.2.2 *kaznovalni okviri*

2.2.3 *okoliščine*

2.2.4 *postopek odločanja o sankcijah*

### 2.3 posredni vpliv

2.3.1 *pogajanja o sankcijah*

2.3.2 *zunanja pomoč*

2.3.3 *pogojni odpust*





## 2.1 uvodno

Vsi sodobni sistemi odločanja o sankcijah imajo nekatere skupne značilnosti. Taka odločitev sledi formalnemu postopku, v katerem je obdolženi spoznan za krivega, nepristranski sodnik pa mu nato naloži kazen, s katero izrazi pravno, a tudi moralno obsodbo ravnanja, ki ga družba vnaprej prepoveduje. Tudi težave, s katerimi se soočajo različni sistemi v zvezi z odločanjem o sankcijah, so si podobne: do zapletov prihaja tako zaradi načelnih pomislekov o namenih in učinkih, ki jih kaznovanje poskuša doseči, kot zaradi praktičnih težav pri ugotavljanju vseh pomembnih dejstev za pretehtano odločitev. Povsod pa sta ključni vprašanji delovanje sodnika in njegova nepristranskost pri odločanju. Prav pri odločanju o sankciji ima namreč navadno sodnik najširše polje diskrecije, ki ga lahko napolnijo nedopustni elementi (Šelih 2009, 1990; Bagaric 2001; Tonry 1997). Kljub naštetim sorodnim točkam pa se pravni sistemi odločanja o sankcijah lotevajo na različne načine, pri čemer v soočanju z zadnjo dilemo sodnikovi diskreciji prepuščajo različno velik prostor. Ponekod so okviri, znotraj katerih se lahko giblje sodnik pri določanju kazni, izjemno ozki ali pa je kazen celo že vnaprej določena, sodnik pa le njen glasnik. Drugod je sodnikova diskrecija večja, postopek odločanja o kazni pa zato (vsaj navidezno) bolj zapleten (Ashworth 2009a; Petrovec in Plesničar 2009; Easton in Piper 2008; Tonry 2001; Tonry 1997; Šelih 1990).

V znanstvenih krogih zanimanje za različne oblike odločanja o sankcijah narašča šele v zadnjih desetletjih. S primerjalnega vidika so tako v literaturi precej podrobno predstavljene in razčlenjene ureditve, ki sodijo v družino *common law* držav, predvsem ZDA na zvezni ravni in ravni posameznih držav, ter sistem Anglije in Walesa znotraj Velike Britanije (Ashworth 2010; Roberts 2011b; Tonry 2011a, 1997; von Hirsch, Ashworth in Roberts 2009; Easton in Piper 2008; Rex in Tonry 2002; Tata in Hutton 2002; Tonry in Hatlestad 1997; Clarkson in Morgan 1995). Za kontinentalne ureditve je podobnih primerjalnih analiz zelo malo in navadno zajemajo le peščico skandinavskih držav, ki se tudi zaradi nizkega števila zapornikov, ki ga proizvedejo, anglo-ameriškim avtorjem zdijo »drugačne« in

vredne analize (Tonry in Frase 2001; von Hirsch, Ashworth in Roberts 2009).<sup>6</sup> Takšno stanje v znanstveni literaturi na nek način zrcali težave, ki jih z odločanjem o sankcijah zaznavajo posamezni sistemi. V kontinentalni Evropi odločanje o sankcijah očitno (še) ne predstavlja pereče tematike, saj praviloma ostaja zasidrano v zakonskih kodifikacijah in sledi dolgoletnim tradicijam, ki so jih na teh področjih države ustvarile. Nasprotno je v *common law* sistemih in še posebej v ZDA »sentencing« v zadnjih desetletjih doživel veliko pomembnih sprememb, ki so pripeljale do korenitih sprememb v velikosti zaporniške populacije in splošnem stanju kazenskopravnega sistema, zato je pozornost, ki jo stroka, vse bolj pa tudi javnost, namenja vprašanju kaznovanja, temu primerno večja.

Pričakovali bi, da bo pretok informacij o različnih ureditvah zato večji, a v resnici med različnimi sistemi prihaja do le malo izmenjav podatkov, še redkeje pa do »presaditev« rešitev iz enega sistema v drugega (Tonry 1997). Slednje pa je vendarle razumljivo in še zdaleč ne nujno negativno, saj enostavno »presajanje« posamičnih ukrepov iz ene ureditve v drugo zaradi različnosti kulturnih in družbenih okolij le redko prinese pričakovane rezultate (Nelken 2010, 2009; Karstedt 2001).

Sledeča razprava ni namenjena predstavitvi sistemov odločanja o sankcijah v domači ali tuji ureditvi. To prikazujejo posamezne znanstvene monografije, ki so izšle v preteklih letih in so plod skupnega dela številnih avtorjev, ki se ukvarjajo z vprašanji odločanja o sankcijah v lastnih ureditvah (von Hirsch, Ashworth in Roberts 2009; Tonry in Frase 2001; Tonry in Hatlestad 1997). Do določene mere vpogled v odločanje o sankcijah nudijo tudi primerjalnopravna dela s širšega kaznovalnega področja, ki postopek odločanja o sankcijah umestijo v širše okvire kazenskopravnega in pravnega sistema (Dammer in Albanese 2010; Heller in Dubber 2010; Newman 2010; Terrill 2009; Cavadino in Dignan 2006; Pratt *et al.* 2005; Pradel 2002). Praviloma v takšnih zbirnih monografijah posamični avtorji prikažejo lastni sistem, s katerim so podrobno seznanjeni, temu pa so pridana

---

<sup>6</sup> Še manj pozornosti je namenjene ureditvam iz drugih velikih pravnih sistemov, npr. ureditvam v državah Daljnega vzhoda, ureditvam v versko obarvanih pravnih sistemih in podobno (David in Grassmann 1998; David in Grassmann 1999), kjer je v neizvirnih jezikih mogoče najti le redke posamezne članke (Chen 2010; Ghassemi 2009; Lo, Dobinson, in Hong Chui 2004; Yue 2002) in bolj kot ne le shematične prikaze kazenskopravnih sistemov (Heller in Dubber 2010; Newman 2010).

posamezna poglavja, ki vprašanja sintetizirajo in tematiko osvetlujejo z različnih zornih kotov. Takšna sistemska primerjalnopravna metoda je koristna in za širši vpogled v problematiko ob ustrezni umestitvi v posamezni pravni sistem nujno potrebna (Karstedt 2001; David in Grassmann 1998). Na drugi strani pa ima take vrste primerjanje tudi nekatere pomanjkljivosti, ki so še posebej na področju kazenskega prava lahko zelo nevarne. Ob nepoznavanju ali zgolj površnem poznavanju siceršnjega delovanja posameznega sistema se namreč lahko posamezne rešitve prehitro zdijo ustrezne, privlačne in učinkovite, zato lahko pride do nekritičnega presajanja v sisteme, v katerih zaradi drugačnih okoliščin nikakor ne morejo delovati tako kot v izvorni ureditvi. Vzporedno primerjanje je poleg tega tvegano zato, ker so koncepti v različnih sistemih povsem drugačni in navidezno podobni pojmi ne delijo enake vsebine (Zaibert 2012; Nelken 2010, 2009; Karstedt 2001; David in Grassmann 1998).

Za potrebe tukajšnje razprave je enako ali celo bolj pomembno dejstvo, da bi bila takšna horizontalna analiza relevantnih sistemov nujno površna in tudi taka še vedno preobsežna in nepregledna v luči iskanih poudarkov. V izogib tem težavam bo zato primerjalna analiza temeljila na iskanju mehanizmov, s katerimi je v posamičnih sistemih omejen položaj sodnika oz. zmanjšana stopnja njegove diskrecije pri odločanju o sankcijah. Tako bosta v analizi uporabljeni osnovna primerjalnopravna metoda primerjanja institucij, ki za izhodišče jemlje pravno pravilo, ter funkcionalna metoda, ki izhaja iz pravnega problema (David in Grassmann 1998). Slednja je srž primerjave, saj izhaja iz konkretne situacije, v kateri sodnik odloča o sankciji za posameznega obdolženca. Primerjava institutov se ji pridruži v iskanju mehanizmov, ki so v posameznih sistemih vzpostavljeni za usmerjanje sodnika pri odločanju, kar je nujno izraženo v obliki pravnih pravil, a, kot bomo videli, ne nujno enakega ranga.

Iz nabora raznolikih konceptov in mehanizmov, ki v posameznih ureditvah zamejujejo sodnikov prostor proste presoje, so zato v nadaljevanju predstavljeni tisti, za katere je mogoče oceniti (prim. Roberts 2009a), da na njegovo polje diskrecije najbolj vplivajo: bodisi zelo omejujoče, bodisi dopuščajoč večjo stopnjo diskrecije.

Izbrane rešitve so razdeljene v dve skupini. V prvo so umeščene tiste, ki se odločanja o sankcijah dotikajo neposredno in o katerih ni dvoma, da ključno vplivajo na izbrane kaznovalne sankcije (prim. npr. Ashworth 2010; Roberts 2009a). Za izhodišče primerjave v tem delu sem uporabila slovenskega sodnika, kot predstavnik tipičnega kontinentalnega pravnega sistema, in omejitve njegove diskrecije, kot si sledijo oz. so si sledile v naši kazenskoopravni ureditvi. V tem smislu gre iskanje omejevalnih mehanizmov od bolj splošnega k bolj konkretnemu in s potrebnimi poudarki sledi ureditvi splošnega dela slovenskega kazenskega zakonika. Najprej bom razčlenila načelno in praktično vlogo »namena kaznovanja« pri omejevanju oz. usmerjanju sodnika, nato pa se bom osredotočila na posamezne rešitve, ki z zapovedovanjem kaznovalnih okvirov ali kar kazni samih v različnih sistemih ožijo polje sodnikove diskrecije pri kaznovanju. V tej luči bodo ovrednotene tudi druge rešitve, ki usmerjajo odločanje znotraj tako postavljenih okvirov, s poudarkom na raznih okoliščinah, ki lahko kazen znižajo ali zvišajo. Kot zadnji iz skupine dejavnikov, ki se neposredno dotikajo odločanja o sankcijah, bo analiziran še pomen postopka, po katerem se odloča o sankcijah, s poudarkom na ločnici med unitarnim in dvodelnim postopkom.

V drugo skupino predstavljenih institutov sem umestila rešitve, ki v odločanje o sankcijah vnašajo nek zunanji element, natančneje, zunanjega akterja, ki s svojo aktivnostjo omejuje možnosti sodnika pri odločanju o sankcijah (Ashworth 2010). Gre torej za mehanizme, ki odločitev o sankcioniranju posredno ali neposredno jemljejo iz rok sodnika. Zanje je značilno, da jim ob površnem pregledu ne bi nujno pripisali posebnega pomena za odločanje o sankcijah, pa je ta vendarle nezanemarljiv. V tem smislu bo razprava najprej tekla o pogajanjih glede kazni, ki so v številnih sistemih v rokah tožilstva in so primarno namenjena krajšanju sodnih postopkov, posredno pa vplivajo tudi na diskrecijo sodnika, da odloča o kaznih, saj mu navadno prepuščajo le možnost binarne izbire med potrditvijo ali zavrnitvijo takega sporazuma v celoti. V nadaljevanju bodo razčlenjene druge razmeroma nove rešitve, ki v odločanje o kazni poleg sodnika pritegnejo še druge akterje, npr. socialne delavce in penologe, ki pripravljajo t.i. predkaznovalna poročila (*presentence reports*), v katerih bolj ali manj obvezujoče predlagajo ustrezne ukrepe. Za konec bo prikazana še rešitev, ki gre še dlje in sodelovanje

sodnika praviloma povsem izključuje. Ta se pojavi na samem koncu kaznovalnega procesa (v primeru zaporne kazni), ko je obsojeni večji del kazni že prestal in se pojavi vprašanje pogojnega odpusta.



## **2.2 neposredni vpliv**

### **2.2.1 namen kaznovanja**

#### **2.2.1.1 uvodno**

Na vprašanje »zakaj kaznovati?« sodobna teorija ponuja različne odgovore. V iskanju najbolj prepričljivega se posamezne ureditve zatekajo k različnim rešitvam – bodisi se pretežno odločijo za eno utemeljitev in se drugim vsaj na načelni ravni izogibajo, bodisi v kaznovalni sistem vključijo več razlag, zakaj je kaznovanje v predpisani obliki nujno in utemeljeno, pri čemer nekatere ureditve vzpostavljajo hierarhijo med kaznovalnimi nameni, nekatere pa o teh razmerjih molčijo, bodisi izberejo za zakonodajalca najlažjo pot ne-opredelitve, kot bomo videli na slovenskem primeru.

Vprašanj namena kaznovanja se je mogoče lotiti iz številnih zornih kotov. Razmišljanja imajo lahko korenine v filozofskih, socioloških, psiholoških in drugih temeljih. Pri tem vsak vidik prinese nove uvide in spoznanja v materijo, predvsem pa praviloma pokaže, kako zelo široko je polje diskusije glede tega vprašanja. Za obvladljivo razpravo je zato nujno uokviriti razmišljanja z določenimi izhodiščnimi poudarki. V tem smislu je temelj te razprave zelo konkretno vprašanje sodnikovega odločanja o sankciji in njegov odnos do namena kaznovanja. Po kratkem pregledu teorij o namenu kaznovanja s poudarkom na mešanih teorijah, še posebej tistih, ki so relevantne za naš prostor, se zato diskusija osredotoči na teoretična in praktična razmišljanja o vlogi, ki jo igra sistemska odločitev glede namena kaznovanja pri odločanju o konkretni sankciji v posamičnih primerih. Po splošnem orisu pomena celovite rešitve znotraj kaznovalnega sistema, sledi analiza stanja v slovenski ureditvi, ki se je zakonsko določenemu namenu kaznovanja odrekla po osamosvojitvi. Skozi primere sodnih odločb z upoštevanjem spoznanj slovenske kazenskopravne in kriminološke teorije v nadaljevanju orišem neugodne razmere, v katerih se je (tudi) glede tega vprašanja znašel slovenski kazenskoopravni sistem, in očrtam pot, ki bi lahko razjasnila trenutno stanje.

### 2.2.1.2 dve skrajnosti teorij o namenu kaznovanja

Izhodišči za razmišljanja o namenih kaznovanja tudi dandanes ostajata dve: retributivnost ali utilitarnost, mednju pa se uvršča veliko število vmesnih teorij.<sup>7</sup> V slovenskem in širšem evropskem prostoru je v istih okvirih pogosto govor o absolutnih in relativnih ter mešanih teorijah (Bavcon *et al.* 2013; Ambrož 2008; Petrovec 2007, 1998a; tudi Tella in Tella 2006).

Retributivne ali absolutne teorije temeljijo na tezi, da namen kaznovanja leži v preteklosti in ga je mogoče najti v kaznivem dejanju, ki je bilo izvršeno (*punitur quia peccatum est*). V skladu s tem pojmovanjem je kazen povračilo (retribucija) za storjeno zlo, pri čemer ne gre za maščevanje, temveč za vnaprej predviden in formaliziran postopek reagiranja na storjeno protipravno ravnanje. Ta razmišljanja, ki v moderni dobi izhajajo iz Kantovih in Heglovih misli, se kitijo s pomembno predpostavko, v skladu s katero je vsak posameznik svobodno bitje, moralni agent, ki mu s kaznijo ne smemo odvzeti ali omejiti te osnovne svobode, zato kazen nikakor ne sme biti usmerjena na posameznika ali k doseganju družbeno koristnih ciljev, temveč je usmerjena le na dejanje, ki je bilo storjeno. Ključni koncept v okviru teh razmišljanj je sorazmernost, torej ustrezno razmerje med storjenim kaznivim dejanjem in pripadajočo kaznijo, ki je podlaga za razmišljanje o pravičnosti v kaznovanju (prim. Tonry, 2011b; Ambrož, 2008; Tella in Tella, 2006; Petrovec, 1998a; Hegel, 1996; Kant, 1996).

Nasprotno utilitarne teorije smisel kaznovanja vidijo v možnostih za spremembe v prihodnosti (*punitur ne peccetur*), tako na ravni posameznika kot tudi na ravni drugih članov družbe. Od tod izhajata dve (v kontinentalnem svetu bolj prisotni) smeri specialne in generalne prevencije, ki smisel kaznovanja iščeta bodisi v spreminjanju (spreobrnitvi) storilca (specialna prevencija) bodisi v vplivanju na

---

<sup>7</sup> Podroben pregled vseh teorij in konceptov je za potrebe tukajšnje razprave preobširen. V nadaljevanju se nato omejujem na nič več kot shematičen oris posameznih smeri, pri čemer me najbolj zanima vpliv posamezne teorije na sodnikovo polje diskrecije pri odločanju. Za podrobnejši primerjalni pregled teorij o namenih kaznovanja glej npr. Tonry (2011a), kjer so posamezne teorije predstavljene tako z izvirnimi besedili njihovih začetnikov kot sta npr. Kant in Bentham, kot tudi s stališči sodobnikov o njihovem razvoju in današnji vsebini. Glede odločanja o sankcijah nudijo (v anglo-ameriških okvirih) dober pregled npr. von Hirsch, Ashworth, in Roberts (2009). V slovenskem prostoru se je z vprašanjem namenov kaznovanja širše ukvarjal Petrovec (2007, 1998a), glej tudi Ambrož (2008).



bodoče vedenje drugih ljudi (generalna prevencija), ki lahko učinkuje z negativnega (zastraševanje) ali pozitivnega (utrjevanje pravnih pravil) izhodišča (Bavcon *et al.* 2013; Ambrož 2008; Tella in Tella 2006; Beccaria 2002; Petrovec 1998a; Bentham 1996).

Opisano predstavlja dva skrajna pola na premici kaznovalnih namenov, a v čisti obliki ju je mogoče najti le v izvirnih znanstvenih teorijah Kanta in Hegla na eni ter Benthama na drugi strani, nikakor pa ne v sodobnih teorijah, še manj pa praksi (Tonry 2012, 2011b; Ambrož 2008; Tella in Tella 2006). Na tej ravni se namreč pojavljajo predvsem mešane teorije.

### **2.2.1.3 teorije med obema skrajnostma**

Z oznako »mešane« med sodobnimi teorijami označujemo tiste, ki vsebujejo posamezne elemente obeh skrajnosti, jih na različne načine razvrščajo in vrednotijo,<sup>8</sup> izhajajoč iz drugačnih predpostavk pa nekatere nove teorije v kaznovalno sliko vnašajo dodatne uvide (npr. koncept obnavljalne oziroma restorativne pravičnosti)<sup>9</sup>. Tonry (2011b) v tem smislu predvsem v okviru anglo-ameriških razprav, kjer je retributivizem v zadnjih desetletjih neizogiben, izpostavlja štiri različice, ki so še posebej relevantne tudi za postopke odločanja o sankcijah: omejevalni retributivizem, skandinavsko asimetrično proporcionalnost, teorijo sorazmerne zaslužene kazni in empirično teorijo zaslužene kazni.

*Omejevalni retributivizem*, ki ga je prvi predlagal Norval Morris v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja, se zaveda ene ključnih praktičnih pomanjkljivosti klasičnega retributivizma, to je, da je upoštevanje zgolj sorazmernosti premalo natančno merilo za izbiro ustrezne kazni. Težavo reši tako, da sorazmernost uporabi zgolj kot kriterij za določitev spodnje in zgornje mejo kaznovanja in tako

---

<sup>8</sup> Bagaric (2001) v tem smislu govori o kompromisnih teorijah (*compromise theories*), saj nove različice iščejo srednjo pot med eno in drugo skrajnostjo.

<sup>9</sup> Teorije restorativne pravičnosti izhajajo iz povsem drugačnih predpostavk kot klasične teorije: Završnik (2008) v tem kontekstu govori kar o novi paradigmi. Ključna pri njih ni sama kazen, temveč postopek, skozi katerega pridemo do razrešitve situacije, ki je nastala s kaznivim dejanjem in ki zahteva sodelovanje vseh prizadetih. Glej tudi Tonry 2011b; Van Ness in Heetderks Strong 2010; Zernova 2007; Bošnjak 1999.

ustvari polje »ne nepravičnih« kazni (*not unjust*). Kazni zunaj tega polja so nepravične, ker so bodisi prenizke, bodisi previsoke in tako ne zadostijo zahtevam retributivnosti, v postopku natančnejše določitve kazni znotraj tega razpona pa so sorazmernostnemu kriteriju priključeni alternativni (tudi utilitarni) kaznovalni cilji. Kot izhodišče za odločanje je Morris predvidel spodnjo mejo, ki jo postavlja sorazmernost, od koder se lahko kazen zvišuje glede na druge dopustne okoliščine (Frase 2004; Morris in Tonry 1990; Morris 1974). Idejo omejevalnega retributivizma v zadnjem času intenzivno razvija predvsem Richard Frase, ki nadaljuje Morrisovo tradicijo, a jo nadgrajuje s sodobnimi elementi. V tem smislu predlaga nov »vseobsegajoči« model, v skladu s katerim sorazmernost še vedno ostaja ključna meja, preko katere kazen ne sme, pod to mejo pa lahko nanjo vplivajo številni drugi dejavniki (Frase 2013).

Podobno *skandinavski različici retributivizma* poudarja zgornjo mejo sorazmernosti, a ob tem dopušča upoštevanje drugih usmeritev, v švedskem primeru recimo generalne preprečitve (zastraševanja) v primeru vožnje pod vplivom alkohola ali rehabilitacije v primeru mladoletnih storilcev kaznivih dejanj (von Hirsch in Jareborg 2009). Podobno je veljalo na Finskem pred spremembami zakonodaje leta 2003, ko so predvsem v zvezi z mladoletniki sicer retributivni model dopolnjevali rehabilitativni elementi (Lappi-Seppälä 2001).

*Teorija zaslužene kazni (just deserts)*, ki se je od svojih začetkov (von Hirsch 1976) do danes že precej spreminjala, v svojih sodobnejših različicah poudarja predvsem pomen sorazmernosti in manj pozornosti posveča absolutnim višinam kazni. V tem smislu je treba ločiti med relativno sorazmernostjo (*ordinal proportionality*), ki skrbi za to, da so razmerja med kaznimi za različna kazniva dejanja ustrezna razmerjem glede resnosti teh kaznivih dejanj, ter absolutno sorazmernostjo (*cardinal proportionality*), ki tako izgrajeno lestvico relativne sorazmernosti postavlja v dejanskost in kaznivim dejanjem pripiše realne posledice (von Hirsch 1983).<sup>10</sup> Za zagovornike sorazmerne zaslužene kazni je ključnega pomena prva, torej relativna sorazmernost, medtem ko priznavajo, da je absolutna sorazmernost

---

<sup>10</sup> Podrobneje o težavah v zvezi s postavljanjem takšnih lestvic, umeščanjem kaznivih dejanj in samo navidezno matematično preprostostjo takšne operacije glej zanimiv dvogovor med Daviesovo in von Hirschem (Davies 2002a, 2002b; von Hirsch 2002).

odvisna od družbenih dejavnikov in spremenljiva, a opozarjajo, da previsoke kazni niso v skladu z osnovnim namenom kaznovanja, torej izkazom ustrezne graje, sorazmerne storjenemu kaznivemu dejanju (Tonry 2011b; von Hirsch 2009a; von Hirsch in Ashworth 2005).<sup>11</sup> Podobno velja za *empirično teorijo zaslužene kazni*, katere zagovorniki dodatno poudarjajo, da morajo biti absolutno določene kazni v skladu z »intuicijo« večine, če želi pravo ohraniti legitimnost in moralno prepričljivost (Tonry 2011b).

Tudi nekateri vidiki utilitarnih teorij v anglo-ameriškem kontekstu ponovno pridobivajo veljavo. *Onesposabljanje (incapacitation)* kot oblika specialne preprečitve pomeni odstranitev storilca iz družbe, ki je lahko začasne ali trajne narave, odvisno od ocenjene nevarnosti storilca (von Hirsch *et al.* 2009 - 3. poglavje). Nasproti izločitvi pogosto stojijo rehabilitativni programi, ki postopoma znova vstopajo v kaznovalne sisteme anglo-ameriškega sveta, a so praviloma zasnovani le za posamezne skupine storilcev in ne na splošno (Ashworth 2010).

V zvezi z *generalno preprečitvijo* je zunaj kontinentalnega kroga največ pozornosti posvečene zastraševalni vlogi kazni (*deterrence*). Na njeni osnovni premisi, da strožje kazni bolj odvrčajo storilce od kaznivih dejanj kakor blažje (glej npr. Posner, 1985), je gradil zlasti razvoj v anglo-ameriških sistemih od sedemdesetih let naprej. Teza, ki deluje zdravorazumsko in je zaradi hitrih rezultatov, ki jih obeta, priljubljena zlasti med snovalci kriminalitetnih politik, je bila s številnimi raziskavami že večkrat ovržena, nasprotna Beccarijeva ugotovitev, da je najbolj učinkovita najverjetnejša in ne najstrožja kazen, pa se je v njih praviloma potrjevala.

Za naš prostor so pomembne še nekatere druge teorije o namenih kaznovanja, ki so bolj značilne v kontinentalnih, predvsem nemških razpravah.<sup>12</sup> Ambrož (2008) tako izčrpno predstavlja *preventivne mešane teorije*, ki v skladu s kontinentalnim izročilom iščejo ustrezno razmerje med retribucijo na eni ter specialno in generalno preprečitvijo na drugi strani. V nasprotju s skandinavskimi rešitvami, ki

---

<sup>11</sup> V tej luči je ključno vprašanje, na podlagi katerih kriterijev bo določeno t.i. sidrišče, torej povezava med relativno in absolutno lestvico sorazmernosti. Podrobneje o tem Lippke (2012).

<sup>12</sup> Za strnjen pregled nemških teorij o kaznovanju glej Dubber 2005.

med njimi vzpostavljajo hierarhijo, se preventivne mešane teorije povsem odrečejo sleherni retribuciji, izhajajoč iz predpostavke, da kazensko pravo ni naravnano idealistično, temveč zgolj stvarno-utilitarno. Posledično tudi idealistična komponenta retributivizma (izravnava storjenega zla) nikakor ne spada v kazenskopravne okvire, zato ne more biti osnova za iskanje namena kaznovanja.<sup>13</sup> Kljub načelni izključitvi retributivistične logike, pa njeno ključno orodje, torej sorazmernost, tudi znotraj preventivnih mešanih teorij ohranja pomembno vlogo. Sorazmernost v okviru pojmov »krivda« in »zaslužena kazen« predstavlja omejitve siceršnje tretmanske naravnosti kaznovanja, v ekscesih, do katerih bi sicer zelo verjetno prihajalo v imenu rehabilitacije.

Tudi Petrovec (1998a, 1998b) zavrača absolutne teorije in v povezavi s teorijo komunikacije dokazuje, da je nemogoče s kaznijo ne vplivati na obsojenega oziroma doseči nekaj, kar bi bilo »čisto kaznovanje«. V tem smislu pravi, da ima

[v]se, kar kaznovalec stori, in vse, česar iz določenih razlogov ne stori, [...] vpliv na obsojenčevo dožemanje kazni in s tem na njegovo vedenje v bodočnosti. (Petrovec 1998, s. 144).

Ob vseh humanističnih pomislekih, ki jih vidi v retributivni logiki, se Petrovec tudi zaradi take nemožnosti ne-komunikacije v kaznovanju zavzema za vrnitev k izhodiščem tretmanske ideologije, še posebej v okvirih socio-terapevtskih konceptov, ki so v Sloveniji uspešno delovali v preteklosti, pri čemer zavrača klasične utilitaristične težnje po učinkovitosti in namesto njih izpostavlja prostovoljnost, nujnost omejevanja navzgor in ideje humanistične filozofije, psihologije in penologije.<sup>14</sup>

Iz teh kratkih očrtov posameznih teorij je mogoče razbrati, da sodobni čas pozna množico načelnih utemeljitev za kaznovanje, pri čemer se sodobni avtorji oddaljujejo od »čistih« modelov in razvijajo mešane teorije, s katerimi poskušajo

---

<sup>13</sup> Nasprotno v razpravi o poslanstvu in funkcijah sodobnega kazenskega prava meni Bavcon, ki pravi, da »kazensko pravo ne more biti ne vrednostno, ne socialno nevtrarno«. (Bavcon 2007, s. 13)

<sup>14</sup> Pomen komunikacije v kaznovanju v enem izmed novejših sestavkov poudarja tudi Duff (2009), ki pa v nasprotju s Petrovcem komunikacijo tesno poveže z retribucijo, ki na storilca naslavlja vrednostno sodbo o njegovem ravnanju. Obenem Duff v skladu s tem, na kar opozarja Petrovec, priznava, da je za to, da upravičimo kakršnokoli kaznovanje, ki presega zgolj izrek opomina, nujno zajeti tudi nekatere pojme utilitarističnih teorij, zato sestavi novo podvrsto mešanih kaznovalnih teorij. Podobno tudi Henham 2012b.

zajeti najboljše iz obeh skrajnosti. V različnih rešitvah jih izhajajoč iz retributivnosti večina poudarja nujnost omejitve kaznovanja navzgor, navadno preko koncepta sorazmernosti (prim. Petrovec 1998a), hkrati pa tudi posamezne specialno in generalno preventivne elemente, (predvsem) v zadnjem času znova povezane tudi z rehabilitativnimi težnjami (Tonry 2012; Tonry 2011b; von Hirsch, Ashworth in Roberts 2009).

V tem je sodobni čas nekoliko drugačen od preteklega razvoja dogodkov, v katerem je prihajalo do cikličnega menjavanja prevladujoče ideologije (Petrovec 1998a). Po več izmenjavah retributivnih in utilitarističnih teorij na mestu vladajoče ideologije v kaznovanju v preteklih stoletjih je tudi v sredini dvajsetega stoletja sledilo obdobje popolne in nekritične predanosti utilitarističnim in rehabilitativnim ciljem. Različno glede na okolje (bolj v anglo-ameriških sistemih, bistveno manj v kontinentalnih (Šelih 2009, 1990; Petrovec 1998a, 1998b))<sup>15</sup> je v tem času v imenu rehabilitacije prihajalo do resnih zlorab in manipulacij pri delu z obsojenimi, kar je po znameniti (a danes evidentno napačni (Ward in Maruna 2007; Raynor 2004; Cullen in Gendreau 2001)) Martinsonovi ugotovitvi, da tako ali tako »nič ne učinkuje« (Martinson 1974), pripeljalo do zloma rehabilitativne ideologije in odprlo vrata retributivnim idejam. Te so (spet bolj izrazito v anglo-ameriških sistemih, medtem ko se je kontinentalna Evropa vsaj deloma temu trendu izognila) korenito spremenile podobo ne le teoretičnih razprav, temveč tudi zakonodajnih in izvršilnih posegov v materijo kaznovanja in delovanje zaporskih institucij. Kar se je (vsaj deloma) rodilo iz odpora proti nebrzdanim posegom v pravice posameznika (glej npr. von Hirsch, 1976), pa se je v povezavi z neoliberalnimi težnjami na eni in neokonzervativnimi težnjami na drugi strani izrodilo v sistem, ki ga ni mogoče opravičiti v okviru nobene izmed opisanih kaznovalnih teorij (Tonry 2012, 2011b; Weisberg 2012; Petrovec 1998a; Šelih 1990).

Posamezni eminentni avtorji v tem smislu izpostavljajo neskladje med teoretičnimi razpravami in praktičnimi rešitvami (Tonry 2012, 2011b; Weisberg 2012). Tonry

---

<sup>15</sup> Zlasti za področje nekdanje Jugoslavije je značilno, da se ni povsem odreklo konceptu rehabilitacije (Zgaga 2009), a tudi pri nas ima ta ideologija svoje kritike. Proti rehabilitativnim usmeritvam se je tako v času osamosvajanja v slovenskem prostoru postavil npr. Zebec Koren (1992), ob razpravah glede novega kazenskega zakonika leta 2008 pa npr. Debenjak (2008).

tako opozarja, da so se v zadnjih desetletjih v anglo-ameriškem okolju pojavile kaznovalne rešitve, ki jih ni mogoče utemeljiti s prav nobeno uveljavljeno kaznovalno teorijo. Kot primer izpostavi »*three strikes*« mehanizme, ki jih bom podrobneje predstavila v nadaljevanju, za katere je značilno, da storilčevo tretje kaznivo dejanje neizogibno vodi v dolgotrajen (25 let) ali celo dosmrtni zapor ne glede na resnost posameznih kršitev. Primera, ki ga je potrdilo kalifornijsko vrhovno sodišče, v katerem je bil obsojeni zaradi kraje treh palic za golf, kar je bila njegova tretja kršitev,<sup>16</sup> obsojen na dolgotrajno zaporno kazen, tako ni mogoče opravičiti niti skozi prizmo retributivnih teorij (ni nobene sorazmernosti med kršitvijo in kaznijo) niti skozi prizmo utilitarnih teorij (kazen je prestroga, da bi lahko dosegla zastavljene cilje rehabilitacije) niti s katero od mešanih teorij (za omejevalni retributivizem npr. presega zgornjo mejo, ki je postavljena s sorazmernostjo, za teorijo zaslužene kazni ruši vzpostavljeno lestvico relativne sorazmernosti, ipd). »*Three strikes*« mehanizmi v današnjem času niso osamljeni, podobno neopravičljive so tudi številne druge »moderne« rešitve, npr. obvezni minimumi pri odločanju o kazni, dosmrtna kazen brez možnosti pogojnega odpusta (*life without the possibility of parole – LWOP*), nedoločeno trajanje kazni za »nevarne« storilce, ipd.

Opisani primeri so zrasli na ameriških tleh in le redko našli mesto zunaj anglo-ameriškega kroga držav, pa še znotraj tega le v omejenem obsegu. Kljub temu se nam tudi zaradi pomoči globalizacije in »amerikanizacije« takšne rešitve zdijo domače in vse manj nenavadne, zato njihov vpliv še zdaleč ni nepomemben. Pomembno je, da se zavedamo, da kljub umeščenosti v sodobni kaznovalni sistem taki ekscesi nikakor ne spadajo v kaznovalne koncepte, ki jih je v zadnjih dvesto letih razvila sodobna družba in s katerimi opravičujemo kaznovalne posege v posameznikove pravice, in sicer niti v utilitaristične, niti v retributivistične, niti v mešane, temveč predstavljajo odklon od izdelanih miselnih tokov. Tonry (2011) opozarja, da ravno take kaznovalne rešitve kažejo, da »v sodobnem času pojem pravične kazni ni jasen, temveč v najboljšem primeru zamegljen in nekoherenten, v

---

<sup>16</sup> Gre za primer *Ewing v. California*, 583 U.S. II (2003), navedeno po Tonry (2011b, s. 23).

*najslabšem pa kar ne obstaja več*«.17 Ob njihovem utemeljevanju in opravičevanju se tako ni mogoče sklicevati na teorije o namenu kaznovanja, zato (predvsem) ameriška sodišča uporabljajo s kaznovanjem povsem nezdržljiv koncept demokratičnosti. V prej omenjenem kalifornijskem primeru Ewing se tako vrhovni sodniki sprašujejo, kako naj vendar sodišče poseže ali, še mnogo huje(!), sploh dvomi v rešitve, ki jih je na podlagi volje ljudstva sprejelo demokratično izvoljeno predstavniško telo.18

#### **2.2.1.4 pomen jasnega namena kaznovanja**

Prikazana slika postavi pod vprašaj vlogo kaznovalnih teorij v sodobni družbi, a hkrati pokaže, kako je videti realnost, v kateri takšne teorije nimajo mesta. Z načelnega vidika je popolnoma nesprejemljivo, da se kaznovanje, ki je izrazito vrednostno nabito področje in hkrati izjemno posega v pravice posameznika, izvaja in spreminja brez jasne vizije glede tega, čemu služi in kako ga lahko utemeljimo. Ashworth (2010) celo meni, da nejasnost in nedorečenost vodilne kaznovalne ideologije oziroma razmerij med različnimi ideologijami nista v skladu s sodobnimi pojmovanji koncepta pravne države oz. vladavine prava (*rule of law*), saj je polje, ki je prepuščeno diskreciji sodnika v konkretnem primeru, absolutno preširoko in v neskladju z zahtevami po pravni varnosti. Takšno stanje namreč dopušča, da v formalno kaznovanje vstopajo prepričanja posameznih sodnikov o namenih kaznovanja, kar močno presega običajne in sprejemljive utemeljitve polja diskrecije, v skladu s katerimi je diskrecija namenjena individualizaciji sankcije, torej prilagoditvi konkretne kazni okoliščinam konkretnega primera in konkretnega storilca. Odločanje o namenu kaznovanja pa, kot opozarja tudi Ashworth, nikakor ni stvar individualizacije sankcije, saj gre za širše vprašanje kaznovalne politike, na katero ne more odgovarjati individualni sodnik, temveč politika in družba na splošno (Ashworth 2010; Garland 1991).

---

17 »[C]ontemporary conceptions of just punishment are at best muddled and morally incoherent and at worst non-existent.« (Tonry 2011b, s. 24)

18 Kot pronicljivo opozarja Tonry, se sodniki ob takem razmišljanju niso vprašali, na kakšen način nastajajo takšni zakoni, koliko nanje vplivajo čustveni, politični in ideološki dejavniki ter kako malo »ljudstvo« pravzaprav ve o dejanskih postopkih kaznovanja in izvrševanja kazenskih sankcij. (*ibid.*)

Ob načelnih se v razpravi o namenu kaznovanja pri odločanju o sankcijah pojavljajo tudi čisto praktični pomisleki zoper sistemsko neurejenost vprašanja. Prav sistemska nejasnost in neenotnost sodnikov glede vprašanja, čemu služi kaznovanje, je namreč v skladu z ugotovitvami več raziskav eden od ključnih virov neenotne kaznovalne prakse (Henham 2012a; Ashworth 2010; Wandall 2008; Mannozi 2002; Doob in Brodeur 1995; Canadian Sentencing Commission 1987; Palys in Divorski 1986; Hogarth 1971). Izsledki različnih študij tako potrjujejo intuitivno spoznanje, da je izhodišče kaznovanja tisto, ki začrta, kakšna kazen bo izrečena v praksi (Šelih 1990; Kobe 1959). Med sodniki ni enotnosti glede namena kaznovanja, kar v kombinaciji s sistemsko nerazrešenim vprašanjem namena kaznovanja pomeni, da v posamičnem primeru sodnik za izhodišče vzame lastno prepričanje o tem, čemu naj bo kaznovanje namenjeno. To, da so prepričanja sodnikov, ki torej vodijo (vsaj miselni) proces določanja sankcije kljub določeni stopnji »poklicne indoktrinacije« vendarle zelo različna, najbrž ne potrebuje posebne razprave.

Različne ureditve poznajo različne načine razreševanja vprašanja namena kaznovanja. Ob klasičnih možnostih – izbrati eno ali ne izbrati nobene – se v sodobnosti praviloma uporablja takšna ali drugačna kombinacija različnih namenov, kar ob predpostavki, da je med njimi na ustrezen način vzpostavljeno določeno razmerje, še vedno zagotavlja dovolj koherenten sistem (Ashworth 2010).

V evropskem prostoru je v zvezi z ureditvijo namena kaznovanja pomembno Priporočilo Sveta Evrope št. R (92) 17 (Council of Europe 1993), ki se ukvarja z vprašanjem konsistentnosti v odločanju o kaznih in skupaj s pripadajočim memorandumom države spodbuja k določni opredelitvi namenov kaznovanja. Ob tem poudarja, da je izjemnega pomena tudi določitev razmerij med njimi, še posebej v primerih, kjer lahko prihaja do konfliktov. Za primer dobre prakse je v memorandumu navedena švedska ureditev, v kateri je kot glavni namen kaznovanja določena retributivna teorija zaslužene kazni, kot pomožni pa so za



različne skupine kaznivih dejanj in storilcev določeni drugi nameni (von Hirsch in Jareborg 2009; Council of Europe 1993).<sup>19</sup>

## 2.2.1.5 slovenske težave z namenom kaznovanja

### 2.2.1.5.1 pomanjkanje načelne ureditve

Z vidika načelnih in praktičnih pomislekov ter tudi mednarodnih dokumentov s področja odločanja o sankcijah je slovenska ureditev že na prvi pogled zelo pomanjkljiva. Zakonodajalec namreč s prvimi spremembami kazenskega zakonika po osamosvojitvi leta 1994 ni nadomestil prejšnjega 33. člena KZ SFRJ,<sup>20</sup> ki je določal namen kaznovanja v stari državi. Ta je izhajal iz utilitarističnih izhodišč in poudarjal specialno in generalno prevencijo, temu pa dodal še ideološko komponento v duhu socialistične ureditve.<sup>21</sup> Zaradi spremembe režima je izpad slednje seveda razumljiv in pričakovan (Bele 2007; Petrovec 2007), manj ustrezna pa je v luči predstavljenih pomislekov odločitev, da se iz zakona povsem izloči načelna opredelitev namena kaznovanja (Šelih, 1994; podobno kritičen je Petrovec, 1998b).

Nova določba, ki je uredila odmero kazni in je do danes ostala praktično nespremenjena, je v želji po objektivizaciji kaznovanja poudarila sorazmernost kazni s storilčevo krivdo in težo kaznivega dejanja.<sup>22</sup> Na tak način so snovalci zakona želeli poudariti *pravičnost* kazni pred njeno *koristnostjo* in se izogniti

---

<sup>19</sup> Po prej navedeni Tonryjevi klasifikaciji tako urejanje predstavlja skandinavsko različico retributivizma (Tonry 2011b). Za prikaz memoranduma v slovenščini glej tudi (Šelih 2009).

<sup>20</sup> Uradni list SFRJ, št. 44/76, 34/84, 74/87, 57/89, 83/89, 3/90, 38/90, Uradni list RS - stari, št. 35/90, 37/90, 4/91, 10/91, 20/91, Uradni list RS/I, št. 17/91 - ZUDE, Uradni list RS, št. 55/92 - ZVDK in 63/94 - KZ.

<sup>21</sup> Besedilo člena se je glasilo:

»V okviru splošnega namena kazenskih sankcij (drugi odstavek 5. člena) je namen kaznovanja:

- 1) preprečevati storilcu kazniva dejanja in ga prevzgojiti;
- 2) vzgojno vplivati na druge, da ne bi delali kaznivih dejanj;
- 3) krepiti moralo socialistične samoupravne družbe in vplivati na razvoj družbene odgovornosti in discipline občanov.«

<sup>22</sup> Besedili prvega odstavka 41. člena KZ in prvega odstavka 49. člena KZ-1 sta enaka in se glasita:

»Storilcu kaznivega dejanja odmeri sodišče kazen v mejah, ki so z zakonom predpisane za to dejanje, glede na težo storjenega dejanja in storilčevo krivdo.«

V KZ-1 je sorazmernost pri odmeri kazni poudarjena tudi med temeljnimi določbami v 3. členu, ki govori o sistemu kazenskih sankcij.

pastem sodobnih trendov pretiranega poudarjanja (zlasti generalne) prevencije, ne pa se povsem odreči rehabilitativnim idejam (Šelih 2009,1994).

Namen kaznovanja se je v primerjavi s prejšnjim torej spremenil, bolj ali manj eksplicitno (Kosem 2001; Petrovec 1998b) je bila dodana retributivna komponenta sorazmernosti, a velik del prejšnjih določb, ki so izhajale iz rehabilitativnega namena, je ostal nespremenjen (Petrovec 1998a, 1998b). Ob tem je mogoče oceniti, da kaznovanje v slovenskem sistemu sledi več teorijam o namenu kaznovanja, s čimer načeloma ni nič narobe, težava je v tem, da na abstraktni ravni nameni niso jasno določeni, niti ni vzpostavljeno jasno razmerje med njimi.

Navedeno predstavlja še večjo zagato, če v sliko vključimo raziskavo, ki jo je nekaj let po opisani zamenjavi kaznovalne paradigme med slovenskimi sodniki opravil Petrovec (1998a, VII. poglavje). Ta je ugotovil, da so sodniki v 57 odstotkih z neodobravanjem sprejeli črtanje načelne določbe o namenu kaznovanja, a kar je še pomembneje, da so njihova mnenja o tem, čemu je kaznovanje namenjeno, zelo različna. V odprto zasnovanem vprašanju, pri katerem so morali pojasniti, v čem vidijo namen kaznovanja, so opisali kar devetnajst različnih namenov, ki jih Petrovec razvrsti v celoten spekter znanih konceptov: od utilitaristično rehabilitacijskih do retributivnih in še dlje – posamezni sodniki so v kaznovanju posameznikov videli način zaščite splošno sprejetih moralnih in družbenih norm ter pravičnosti na splošno. Ob tem je skoraj tri četrtine sodnikov menilo, da so nameni kaznovanja pri kaznovanju mladoletnih storilcev drugačni kot pri polnoletnih storilcih, dve tretjini pa, da je namen kaznovanja drugačen glede na storjeno kaznivo dejanje (Petrovec 1998a, s. 180-184).

Takšne odgovore so sodniki dali kmalu po spremembah zakonodaje in utemeljeno lahko sklepamo, da je šlo v glavnem za sodnike, ki so svoje delo opravljali v času pred njimi, ko je bil namen kaznovanja še del zakonodajnega urejanja. To seveda ne pomeni, da so sodniki čez noč spremenili svoj pogled na kaznovanje, prav gotovo so različna stališča imeli že prej, je pa prejšnja načelna določba o namenu kaznovanja njihova stališča uokvirjala in zamejevala. Kljub temu je mogoče

utemeljeno pričakovati, da dolgoletni okvir vsaj nekoliko tudi so-oblikuje mnenje posameznika in da je raznolikost mnenj z minevanjem let vse večja in bolj izrazita.

#### **2.2.1.5.2 praktično razreševanje načelnega vprašanja**

Nastalo praznino z uveljavljanjem enotne prakse postopoma zapolnjujejo sodbe višjih in vrhovnega sodišča, ki se ukvarjajo z vprašanjem kaznovanja. Za preverjanje, kako se tega lotevajo, sodobna spletna orodja ponujajo razmeroma preprosto rešitev. Na spletni strani slovenskih sodišč je namreč dostopna sodna praksa na ravni višjih in vrhovnega sodišča od osamosvojitve naprej.<sup>23</sup> Le ta s pomočjo geselskega iskalnika omogoča kvalitativno analizo sodb, ki se bolj ali manj podrobno ukvarjajo tudi z vprašanjem namena kaznovanja. V naslednji kratki analizi so zajete vse sodbe na ravni višjih in vrhovnega sodišča, ki jih iskalnik poveže z geslom »namen kaznovanja«. <sup>24</sup> Od leta 1993, ko se pojavi prva taka sodba, do danes je takšnih objavljenih sodb 197, pri čemer se večina vprašanja namena kaznovanja loteva le površno in ob strani, posamezne sodbe pa so za našo razpravo izjemnega pomena, saj jasno odgovarjajo na vprašanje, kako sodna praksa v odsotnosti načelne zakonske rešitve pojmuje koncept kaznovanja.

Iz dveh razlogov se zdi s tega vidika najpomembnejša sodba Vrhovnega sodišča RS z opravilno številko I Ips 130/2009, 8. maj 2009. Pomembna je najprej zato, ker gre za sodbo Vrhovnega sodišča, torej najvišjega (rednega) sodnega telesa v naši ureditvi, ki zato nosi najvišjo moralno in formalno stopnjo zavezanosti, ki jo še dopušča naš sistem, še pomembnejše pa je dejstvo, da v njej Vrhovno sodišče zelo jasno izrazi svoje razumevanje namena kaznovanja.

Z izvršitvijo kazenske sankcije se uresničuje splošen namen izrekanja kazenskih sankcij, to je zagotoviti spoštovanje prava in preprečiti grobe kršitve ali ogrožanje pravnih vrednot, zavarovanih s kazensko zakonodajo. S kaznijo (še posebej zaporno, kot edino prostostno kaznijo) se uveljavljata dva temeljna namena: povračilnost (retribucija) in preprečevanje (prevencija). Oba navedena namena je mogoče doseči z ustrezno individualizacijo kazni, to je z njeno prilagoditvijo

---

<sup>23</sup> Dostopno na: <http://sodnapraksa.si/> (dostopano 5. 3. 2013).

<sup>24</sup> Analiza je bila opravljena maja 2012.

nevarnosti konkretnega kaznivega dejanja in storilčevi osebnosti ali drugače povedano: s prilagoditvijo kazni teži dejanja in krivdi ter primerjavo z enakimi dejanji drugih storilcev (pravičnost) in kaznijo, ki vpliva na storilčevo bodoče vedenje in vedenje drugih, da ne bi delali kaznivih dejanj (smotrnost). (Sodba I Ips 130/2009, 9. točka)

Iz navedka je jasno, da je sodna praksa po opustitvi načelne opredelitve namena kaznovanja ohranila dediščino utilitarnih ciljev (prevencija, v slovenskem kontekstu tradicionalno izrazito vezana na rehabilitativno oziroma socio-terapevtsko usmeritev) ter ji dodala »nov« koncept retribucije. V tem smislu sledi teoretičnim razpravam na tem področju (Bavcon *et al.* 2013; Selinšek 2007; Bele 2001; Šelih 1994), ki ravno tako razlikujejo med »pravičnostjo« (retributivni element) in »smotrnostjo« (utilitarni element) kazni.

Pri tem predvsem npr. Bavcon in drugi (2013) poudarjajo, da ima pravičnostni namen (zgolj) omejevalno vlogo in da povračilnost predstavlja zgornjo mejo še dopustne sankcije, s čimer slovenski sistem približujejo Morrisovi različici omejevalnega retributivizma. Na tak način je razrešena dilema, na katero opozarja npr. Bagaric (2001), ali naj sorazmernost deluje kot omejevalni ali določevalni dejavnik. Po prvi različici, ki je uveljavljena tudi pri nas, je sorazmernost merilo, ki postavi zgornji in (s posameznimi izjemami) spodnji okvir kaznovanja, s čimer je poskrbljeno za »pravičnost« kazni. Znotraj tako postavljenih meja pa igrajo pomembnejšo vlogo rehabilitativni in preventivni elementi, ki se v naši ureditvi zrcalijo skozi olajševalne in obteževalne okoliščine (»smotrnost«). Druga možnost, do katere je Bagaric utemeljeno bolj kritičen, pa je določevalna vloga sorazmernosti, pri kateri sorazmernost predstavlja edini relevanten kriterij za odločitev o kazni in tako izključuje kakršnekoli utilitarne elemente.

Iz analiziranih sodb slovenskih sodišč veje logika, ki smiselno sledi stališčem slovenske teorije o omejevalni vlogi sorazmernosti, pri čemer sodišča meje še sprejemljive stopnje sorazmernosti postavljajo v zakonu postavljeni kaznovalni okvirji za posamezna kazniva dejanja.

[...] To stori z uporabo splošnih pravil za odmero kazni in višino kazni določi ob upoštevanju teže dejanja in stopnje storilčeve krivde (prvi odstavek 41. člena KZ). Nato pa sodišče upošteva tiste okoliščine, ki vplivajo na to, da bo kaznen v tem

okviru manjša ali večja (olajševalne in obteževalne okoliščine). Veljavno kazensko pravo opredeljuje olajševalne in obteževalne okoliščine primeroma in so lahko objektivne ali subjektivne, glede na to, ali se nanašajo na kaznivo dejanje in njegove objektivne značilnosti, ali pa na storilčevo krivdo in na njegovo osebnost. Sodišče tako pri odmeri kazni upošteva poleg krivde tudi težo dejanja, kar je treba razumeti tako, da sodišče odmerja kazen na podlagi krivde *v okviru vrednotenja, ki je izraženo že s samim inkriminiranjem dejanja v kazenskem zakoniku*. (Sodba I Ips 323/2008, 18. december 2007, 6. točka; poudarek M.M.P.)

S spremembo zakonodaje leta 2008 se razumevanje namena kaznovanja v slovenskem sistemu ni bistveno spremenilo. Iz 3. člena KZ-1 z naslovom »Sistem kazenskih sankcij«, ki v drugem odstavku določa, da je

[z]a kaznivo dejanje [...] v zakonu vedno predpisana kazen, ki se izreče storilki oziroma storilcu [...] v sorazmerju s težo dejanja in njegovo krivdo,

bi sicer bilo mogoče sklepati, da zakonodajalec z izrecnim poudarjanjem načela sorazmernosti že med temeljnimi določbami poudarja pomen retributivnosti nad prevencijo, vendar bi bilo tako branje prenagljeno. Citirano določbo gre brati v luči načela zakonitosti (Bele 2007) in ne v smislu določanja namena kaznovanja. Takšno je, kot kaže, tudi razumevanje slovenskih sodišč: v eni izmed novejših odločb celjsko višje sodišče tako pravi:

Kazenske sankcije so odziv države na storjeno kaznivo dejanje. Njih funkcija oziroma družbena korist se odraža v specialni in generalni prevenciji (zastraševalni učinek) ter izločevalni in povračilni funkciji. Generalno in specialno preventivna funkcija z grožnjo oziroma izvršitvijo kazni vplivata na ravnanje posameznika. Načelo sorazmernosti med težo kaznivega dejanja in stopnjo storilčeve krivde je bil kot zakonsko določena norma uvedeno v KZ-1994. Obenem pa je ta zakonik opustil navajanje namenov kaznovanja, kakor ga je poznalo prej veljavno kazensko pravo. Tudi KZ-1 namenov kaznovanja ni vključil med svoje norme. Po mnenju avtorjev KZ-1 pa pravičnost kazni določenih zakonu in sodbi sama vključuje že tudi individualno in specialno prevencijo, zato obojega ni treba postavljati še kot poseben namen kaznovanja. Pravičnost v kaznovanju se lahko doseže z načelno opredelitvijo, da naj bo kazen po vrsti in višini sorazmerna s kaznivim dejanjem (to ustvarja že zakon s predpisovanjem kazni za posamezno kaznivo dejanje) in krivdo (to ustvarja sodišče v izrečeni sodbi). KZ-1 se torej ne odpoveduje specialno in generalno preventivni funkciji kaznovanja in njenim učinkom. (VSC sklep II Kp 13189/2009, 22. marec 2011)

Podobno je mogoče sklepati tudi iz drugih določb o odmeri kazni v KZ-1, ki ohranjajo večino rešitev, za katere je Petrovec že ob spremembah leta 1994 presodil, da delujejo izrazito utilitaristično (tretmansko) (Petrovec 1998a, 1998b).

Tudi novela KZ-1B, ki je precej sprememb prinesla prav na področju izrekanja kazenskih sankcij, predvsem z izpeljavo koncepta pogajanj o krivdi in pripadajočih ugodnosti pri kaznovanju, bistvenih novosti v zvezi s temeljnim namenom kaznovanja ni prinesla. Glede na to, da nimamo temeljne določbe, bi bilo sicer mogoče razpravljati, da je dodatek k 49. členu o odmeri kazni, ki pravi, da mora sodišče poleg vseh prej veljavnih okoliščin upoštevati tudi

pričakovani učinek kazni na prihodnje življenje storilca v družbenem okolju[,]

znova bolj rehabilitativno usmerjen in da uvaja celo dvorezni koncept kriminalne prognoze (von Hirsch in Kazemian 2009; Monahan 2006; Brinc 2003), a takšno sklepanje se znova zdi prenačljeno, saj bo na morebitni učinek te spremembe treba počakati (če se bo kakršenkoli učinek sploh pokazal).

Iz navedenega je mogoče razbrati, da namen kaznovanja v slovenski ureditvi kljub neobstoju posebne zbirne določbe vendarle ni povsem nejasen. Upoštevaje odločitve slovenskih instančnih sodišč in teoretične razprave je mogoče izpeljati, da sistem temelji na eni izmed oblik mešanih teorij, pri čemer sorazmernost kot element retributivnosti deluje omejevalno, znotraj njenih meja pa še vedno prevladujeta generalna in specialna prevencija (vezana na rehabilitacijo oziroma reintegracijo) kot elementa utilitarnosti. V tej luči se zdi potreba po takšni načelni opredelitvi v zakonu manj izrazita, a vendar znotraj sistema obstajajo tudi določene nejasnosti, ki jih zrcalijo tako analizirane sodbe kot tudi odgovori sodnikov v Petrovčevi (1998a) raziskavi, zaradi katerih se zdi konceptualna razrešitev vprašanja še kako potrebna.

#### **2.2.1.5.3 težave s praktičnim razreševanjem načelnega vprašanja**

Težave, ki se pojavljajo zaradi načelne nedorečenosti namena kaznovanja, se nanašajo predvsem na bolj specifične primere, ko je namen kaznovanja (lahko) različen bodisi glede na storilce bodisi glede na vrsto izbranih kazenskih sankcij

oziroma kaznivih dejanj. Dodatne dvome v ustreznost uveljavljene rešitve, torej razreševanje vprašanja namena kaznovanja v praksi, odpira še analiza dejanskega stanja, ki ni vedno takšno, kot bi ga pričakovali.

#### **2.2.1.5.3.1 vprašanje storilcev**

Najbolj značilni primeri, ko se namen kaznovanja razlikuje od sicer uveljavljenga splošnega namena kaznovanja, so tisti, v katerih se kot storilci kaznivega dejanja pojavljajo mladoletniki. Splošno sprejeto je pojmovanje, da se mladoletniška kriminaliteta bistveno razlikuje od kriminalitete odraslih in da je tako zaradi njenih značilnosti kot zaradi stopnje psihološkega razvoja mladoletnih storilcev primerna drugačna kazenskopravna obravnava (glej npr. von Hirsch *et al.* 2009 - 7. poglavje). V slovenskem prostoru je bilo s kaznovanjem mladoletnikov v preteklih letih precej preglavic, predvsem zaradi sprememb KZ-1, glede namena kaznovanja pa prav posebnih razprav ni bilo. KZ v še veljavnem delu o mladoletnikih v 73. členu tako izrecno določa, da je namen

vzgojnih ukrepov in kazni za mladoletnike [...], da se mladoletnim storilcem kaznivih dejanj z varstvom in s pomočjo, z nadzorstvom nad njimi, njihovim strokovnim usposabljanjem in razvijanjem njihove osebne odgovornosti zagotovijo njihova vzgoja, prevzgoja in pravilen razvoj.

Tudi med sodniki v Petrovčevi raziskavi je bilo že devetdesetih letih ob takšni definiciji nekaj nesoglasja glede namena kaznovanja, tri četrtine sodnikov je namreč menilo, da je drugačen od namena kaznovanja odraslih storilcev, ena četrtnina pa posebnih razlogov za razlikovanje namena ni videla.<sup>25</sup> Da dajejo sodnikipri kaznovanju mladoletnikov še vedno poudarek vzgoji in prevzgoji, je upoštevajoč trende pri izrekanju kazni desetletje pozneje ocenila tudi Filipčičeva (2007).

Kljub temu je očitno, da v praksi ni vse tako, kot bi pričakovali. Vrhovno sodišče je tako leta 2004 zapisalo:

---

<sup>25</sup> Ob tem je mogoče, da so tako menili sodniki, ki tudi pri odraslih storilcih niso prepoznali retributivnih namenov kaznovanja, ali obratno, da so tako menili sodniki, po mnenju katerih za mladoletne storilce enako veljajo tudi retributivni elementi.

Pri sklicevanju na namen izrekanja kazenskih sankcij zoper mladoletnike (73. člen KZ) zagovornica spregleda, da gre tudi za ukrepe zoper storilce kaznivih dejanj in da namen teh sankcij ni zgolj v zagotavljanju mladoletnikove vzgoje, prevzgoje in pravilnega razvoja, čeprav je to v ospredju, temveč mora biti ob tem upoštevano tudi *uresničevanje celovite vloge kazenskih sankcij*; to pomeni, da se koristi mladoletnika, na katere se sklicuje zagovornica, upoštevajo sorazmerno s potrebami družbe. (Sodba I Ips 257/2004, 13. oktober 2005; poudarek M.M.P.)

Takšna interpretacija Vrhovnega sodišča je vsekakor presenetljiva, potrjuje pa rezultate merjenja socialne klime v prevzgojnem domu v letih 2000 in 2006, kjer je večina mladoletnikov in velika večina zaposlenih menila, da je primarni namen zapiranja prestopnikov v prevzgojni dom prav kaznovanje in ne vzgoja (Filipčič *et al.* 2010).

Čeprav je zakonsko besedilo vsaj v razmerju do kaznovanja mladoletnikov razmeroma jasno in povsem rehabilitativno zasnovano, očitno v praksi omogoča tudi interpretacije, ki širijo namen takšnega kaznovanja. Če torej na eni strani lahko trdimo, da sodna praksa »rešuje« problem nedoslednosti zakona pri določanju namena kaznovanja, je na drugi strani prav primer kaznovanja mladoletnikov pokazatelj, da se na takšno prakso v vseh primerih ne gre zanašati, saj lahko v sistem vpelje dvomljive rešitve. Sklicevanje na »celovito vlogo kazenskih sankcij«, kot jo pojmuje sodna praksa, je sicer dosledno, a v primeru mladoletnikov lahko s pomočjo logične, systemske in teleološke razlage (Pavčnik 2004) pridemo do spoznanja, da je takšna interpretacija najbrž nasprotna od tega, kar je želel zakonodajalec s posebno določbo o namenu kaznovanja pri mladoletnikih. Ob tem velja poudariti, da takšna ocena ne izhaja nujno (le) iz moje vrednostne ocene opredelitve sodišča, ki v kaznovanju mladoletnikov poleg rehabilitativnih in vzgojnih vidi še druge namene, temveč tudi iz sklepanja, da gre za sistemsko neustrezno rešitev. V primeru polnoletnih storilcev gre namreč za neke vrste (pravno) praznino, ki jo s prakso zapolnjujejo sodišča, v primeru mladoletnikov pa takšna (pravna) praznina ne obstaja, saj je zakonsko besedilo dokaj jasno pri določanju namena kaznovanja mladoletnih storilcev, zato je tako široka interpretacija sodišča nepotrebna in celo neprimerna.

Osnutek zakona o obravnavanju mladoletnih prestopnikov (Filipčič *et al.* 2010), ki bo izpeljal izločitev mladoletniškega kazenskega prava iz kazenskega zakonika, kot



to predvideva KZ-1, sledi dosedanji zakonski (in ne sodniški) formulaciji ter močno poudarja pomen vzgoje in prevzgoje pri mladoletnikih, za katere tudi sicer velja, da so rehabilitativne težnje širše sprejemljive (von Hirsch *et al.* 2009 - 7. poglavje, zlasti Zimring, 2009; Petrovec, 1998a). Morebiti bo dosledna izločitev mladoletniškega kaznovanja skupaj s poudarkom na specializaciji osebja, ki se s primeri mladostniške kriminalitete ukvarja, prinesla spremembe tudi v pojmovanju sodišč, vsekakor pa bi jasna načelna določba o namenu kaznovanja pripomogla k čistejši sliki, vsaj kar se tiče mladoletnikov.

#### **2.2.1.5.3.2 različne vrste sankcij**

Razlikovanje namena kaznovanja glede na različne značilnosti storilcev se ne ustavi le pri ureditvi za mladoletne ali polnoletne storilce, temveč se skozi kazenski zakonik na nek način zrcali tudi pri uporabi različnih vrst kazenskih sankcij. Ob kaznih, s katerimi se primerjalno gledano kazenskopravna in kriminološka teorija najbolj ukvarjata, poznamo pri nas (in drugod) še druge vrste kazenskih sankcij: opominjevalne ter (po novem spet oziroma še vedno (KZ-1B)) varnostne ukrepe. Za uporabo teh sankcij, katerih podrobna razčlenitev presega cilje te doktorske naloge, so značilne drugačne okoliščine kot za uporabo klasičnih kazni, zato je razumno sklepati, da ima njihova uporaba tudi drugačen osnovni namen (Šelih 2007a; Bavcon *et al.* 2013). Zapisano velja v manjši meri za sankcije opominjevalne narave, ki bolj kot drugačno vrsto sankcije po svoji vsebini pomenijo stopnjevanje sankcije (npr. pogojna obsodba v. zaporna kazen), v večji meri pa za varnostne ukrepe, na kar nakazuje tudi slovenska sodna praksa:

V 5. poglavju KZ, ki ureja vrste varnostnih ukrepov in njihovo izrekanje, sicer ni naveden namen varnostnih ukrepov, vendar je očitno, da se tudi varnostni ukrep odvzema vozniškega dovoljenja po 68. členu KZ lahko izreče zato, da se odstranijo okoliščine, ki bi lahko vplivale, da bi storilec ponavljal kazniva dejanja. (Sodba I Ips 223/98, 12. november 1998)

Drugo vprašanje, ki bi ga bilo ravno tako treba razrešiti, pa se ne tiče posebne skupine storilcev, temveč posebne skupine kaznivih dejanj. Upošteva zelo različno naravo ravnanj, ki jih prepoveduje KZ, in tudi različno naravo sankcij, ki jih za ta dejanja predpisuje, bi pričakovali, da se v takih primerih razlikuje tudi njihov namen. Zelo različen je npr. smisel kaznovanja v primeru kaznivega dejanja

oboroženega roba, kaznivega dejanja posilstva ali kaznivega dejanja povzročitve smrti iz malomarnosti v prometni nesreči. Nekatere tuje ureditve takšno razlikovanje upoštevajo in za posamezne skupine kaznivih dejanj predpisujejo drugačno načelno vodilo pri kaznovanju. V že citiranem švedskem primeru je tako v sicer retributivnem sistemu pri kaznivih dejanjih, ki so posledica vožnje pod vplivom alkohola, v ospredju generalno preventivni učinek, predvsem v obliki zastraševanja, saj so kazni na ordinalni lestvici kaznovanja postavljene izjemno visoko. Za takšno razlikovanje se zavzema tudi prej opisano Priporočilo Sveta Evrope in pripadajoči memorandum, ki navaja, da samo dosledno umeščanje podobnih primerov ustrezne skupine in razlikovanje med različnimi, omogoča doseganje ustrezne stopnje pravičnosti tudi pri iskanju namenov kaznovanja (Council of Europe 1993).

Čeprav teorija takšno razlikovanje pozna (Bavcon *et al.* 2013), je jasno, da v slovenski kazenskoopravni ureditvi takšnega razlikovanja ni, saj ob tem, da manjka načelna določba o namenu kaznovanja, seveda niso predpisani niti ustrezni drugačni nameni kaznovanja za posamična »posebna« kazniva dejanja.

#### **2.2.1.5.3.3 praksa prvostopenjskih sodišč**

Poleg opisanih primerov, v katerih ima praktično razreševanje vprašanja o namenu kaznovanja pomembne pomanjkljivosti, pa se daleč največje tveganje kaže v stopnji upoštevanja odločitev višjih in Vrhovnega sodišča v praksi prvostopenjskih sodišč, ki igrajo pri odločanju o sankcijah največjo vlogo. Kljub načelni izdelanosti koncepta namena kaznovanja na ravni Vrhovnega sodišča se namreč v praksi prvostopenjskih sodišč pojavljajo zelo različne interpretacije tega, čemu je kaznovanje v posameznem primeru namenjeno.

a) [...] v naši kazensko pravni ureditvi ni več zakonsko določen namen kaznovanja, tako da sklicevanje zagovornice na specialno preventivne učinke nima teže. Kriterij za izbiro kazni je teža kaznivega dejanja in stopnja obtoženčeve kazenske odgovornosti, cilj, ki ga z izbiro kazenske sankcije zasleduje, pa je v prvi vrsti načelo pravičnega kaznovanja. Ob upoštevanju tega načela pa [j]e glede na težo obravnavanega dejanja [...] kljub vsemu, kar govori v prid obtoženemu in je izpostavila njegova zagovornica, na mestu le izrek zaporne kazni. (Sodba Okrožnega sodišča v Kranju K 157/2006, 21. julij 2008)

b) Po mnenju sodišča bo izrečena zaporna kazen na obtoženko vplivala vzgojno tako, da takih in podobnih dejanj ne bo več ponavljala. (Sodba Okrožnega sodišča v Murski Soboti K 144/99, 5. maj 2000),

c) Tako se pokaže, da je kazen [...] povsem utemeljena, upravičena in tista spodnja meja zaporne kazni, ki še odtehta težo, nastanek in posledice očitane kaznivega dejanja[.] Sodba Okrožnega sodišča v Celju K 57/2004, 3. maj 2000)

č) Sodišče je prepričano, da tako [določena kazen ustreza] teži storjenih kaznivih dejanj in stopnji obtoženkine kazenske odgovornosti ter da bo tako izrečena [...] kazen na obtoženo vplivala v zadostni meri, da medčloveških odnosov ne bo več urejala tako, da bi globoko posegala v pravice drugih ljudi ter s tem tvegala svojo svobodo. (Sodba Okrožnega sodišča v Mariboru K 422/2005, 23. maj 2006)

d) Kazen je primerna tako obdolženkinemu dejanju, kakor tudi obdolženkini osebnosti in bo zanjo zadostno opozorilo, da se v kaj takega kljub svojim zatrjevanim vedeževalskim sposobnostim ne bo več spuščala.

Na podlagi tako ugotovljenih okoliščin je sodišče obdolžencu izreklo kazen [...], ki je primerna tako njegovemu dejanju, kakor tudi njegovi osebnosti. (Sodba Okrožnega sodišča v Krškem, K 40/2000, 23. junij 2000)

e) Upoštevajoč vse okoliščine, ki vplivajo na to, ali bo ta kazen večja ali manjša, je sodišče [...] izreklo sedem let mladoletniškega zaporu v upanju, da no ta kazen tako vzgojno vplivala nanjo kot na druge, da podobnih ali drugih kaznivih dejanj ne bodo izvrševali. (Sodba Okrožnega sodišča v Slovenj Gradcu Km 2/2000, 7. april 2000)

Že kratek pregled teh naključno izbranih odlomkov sodb, ki utemeljujejo kaznovanje v vsakem posameznem primeru, pokaže, da stališča sodišč glede namena kaznovanja niso enotna. Ob tem velja omeniti, da so izbrani primeri, ki odločitev o sankciji razmeroma podrobno utemeljujejo, v nasprotju s številnimi drugimi, ki globlje od zakonsko zahtevane minimalne obrazložitve sploh ne gredo (Petrovec in Plesničar 2009). Po drugi strani je jasno, da sodišča odločitev o sankciji prilagodijo posamičnemu primeru in v mnogočem je mogoče prikazane odlomke sodb brati v luči posamičnih primerov, in ne kot pokazatelje načelnih pogledov na namen kaznovanja.

Kljub temu vsaj nekateri citati odločitev v konkretnem primeru izpeljejo iz splošnega, tako je npr. v primeru a), ki specialno prevaranje povsem izključi kot

morebitni dejavnik pri odločanju o sankciji in v katerem sodišče samo interpretira spremembo zakonodaje ter namen kaznovanja v nasprotju s prej navedeno argumentacijo Vrhovnega sodišča ter stališči teorije. Temu nasprotno je argumentiranje sankcije v primeru b), ki specialno prevencijo izpostavi kot ključni kriterij za odločitev.

Iz navedenih primerov je mogoče razbrati določen premik v bolj retributivno smer v primerjavi s stanjem pred črtanjem določbe o namenu kaznovanja, pa tudi v primerjavi s pogledi instančnih sodišč in seveda stališči teorije (prim. Petrovec, 2007, 1998b). Prav drugačen splošni utrip (kolikor ga je mogoče zaznati na podlagi posamičnih primerov in kakor izhaja iz trendov v kaznovanju) je tisti, ki nakazuje, da praktično razreševanje načelnih vprašanj ne nudi dovolj trdne podlage za konsistentno odločanje o sankcijah.

V slovenskem sistemu odločitve instančnih sodišč niso neposreden pravni vir, običajno pa se jim pripisuje pomembna vloga predvsem (ali vsaj) v skupni obliki enotne in ustaljene sodne prakse. Ob tem se odpirajo številna vsebinska vprašanja glede tega, kaj predstavlja tako enotno in ustaljeno sodno prakso ter koliko le-ta zavezuje nižja sodišča (Štajnpihler 2011), zato je ob odsotnosti načelnega pravnega mnenja Vrhovnega sodišča brez podrobne analize težko govoriti o tem, kaj predstavlja ustaljeno prakso v zvezi z namenom kaznovanja. Vsekakor sodbe Vrhovnega in višjih sodišč poudarjajo oba vidika kaznovanja – pravičnost in smotrnost, s čimer namen kaznovanja napolnjujejo tako z retributivnimi kot utilitarnimi vsebinami, vprašanje pa je, ali je takih odločitev dovolj, da sestavljajo strnjeno verigo, ki že predstavlja ustaljeno sodno prakso. Poleg tega tudi ob obstoju takšne sklenjene verige odločitev ostaja odprto vprašanje glede stopnje zavezanosti nižjih sodišč k taki sodni praksi, saj v zvezi s tem obstajajo različna stališča (*ibid.*).

Že iz navedene peščice posamičnih primerov pa je očitno, da prvostopenjska sodišča ne sledijo vedno pogledom instančnih sodišč, niti niso med seboj enotna v razumevanju namena kaznovanja, čeprav številne obrazložitve uporabljajo sintagmo »da bo dosežen namen kaznovanja«. Očitno je torej, da praktično razreševanje tako pomembnega načelnega vprašanja ne zadostuje.

#### **2.2.1.5.4 nujnost sistemske rešitve**

Z načelnega vidika so pomisleki glede prepuščanja vprašanja namena kaznovanja praktični razrešitvi še bistveno tehtnejši kot morebitne posamezne težave v praksi. Vprašanje namena kaznovanja predstavlja izhodiščno normo, na kateri bi moral temeljiti ves kaznovalni sistem in ki bi ji moralo slediti ne le izrekanje sankcij, temveč tudi njihovo izvrševanje. Iz zgoraj zapisanega in iz navedenih mednarodnih raziskav izhaja, da jasnost v tem izhodišču prinaša številne koristi, predvsem v smislu doslednega, enotnega odločanja o sankcijah s strani različnih sodišč. Ob vseh različnih pogledih na kaznovanje, ki danes obstajajo, lahko enotno izhodišče omili globoke razlike in odločevalce zaveže k upoštevanju od zunaj postavljenega namena.

Medtem ko se praktiki navadno manj navdušeno ukvarjajo z načelnimi vprašanji, kar je z vidika njihove sistemske vloge razumljivo in najbrž tudi primerno, se slovenska kazenskopravna teorija v zadnjem času bolj zaveda potrebe po ponovni umestitvi določbe o namenu kaznovanja med temeljne določbe kazenskega zakonika. S spremembami v KZ-1 je bila priložnost za to kljub drugačnim predlogom žal zamujena in s predlogi novih sprememb temeljne kazenske zakonodaje je nujno treba biti skrajno previden. Vendar se vseeno zdi, da bi takšna načelna razrešitev vprašanja na prakso lahko vplivala blagodejno v smislu poenotenja in razčiščenja stališč, iz katerih sodniki izhajajo pri kaznovanju.

Ob tem velja poudariti, da se zdi uveljavljena koncepcija namena kaznovanja, kot jo interpretirajo instančna sodišča in kot jo ponuja ustaljena slovenska kazenskopravna teorija, ustrezna in ne kliče po korenitih spremembah. V njej sorazmernost kot izraz pravičnosti, ki se je uveljavila v zadnjih desetletjih, deluje omejevalno, znotraj njenih (zakonsko postavljenih) meja pa ima prednost kriterij smotrnosti, pri nas izrazito vezan na rehabilitativno logiko, ki skozi proces individualizacije lahko privede do sankcije, ki bo zadovoljila tako vprašanje pravičnosti kot tudi koristnosti. Za še čistejšo rešitev bi bilo smiselno jasneje razmejiti različni vlogi, ki jih takšna ureditev namenja obema skrajnima kaznovalnima izhodiščema, s čimer bi preprečili prevlado retributivnosti, h kateri se zadnja leta nagiba tudi naš sistem.

Tako temeljno določbo bi bilo treba dopolniti in nadgraditi s posameznimi rešitvami glede razlik med storilci kaznivih dejanj (v zvezi z mladoletniki bi to lahko storil že prihajajoči zakon o obravnavanju mladoletnih prestopnikov, in to neodvisno od rešitev, ki so ali niso v temeljnem kazenskem zakonu), glede različnih vrst sankcij in različnih vrst kaznivih dejanj. Takšne rešitve bi, izhajajoč iz temeljne norme, lahko utrdile razmerja med posameznimi nameni kaznovanja in jih prilagodila posamičnim različnim primerom. Tako bi bil na eni strani sistem bolj natančen in specifičen glede (potrebni!) razlik v kaznovanju, obenem pa bi predstavljal celovit sistem, ki bi bil trdnejši in bolj odporen na trenutne razmere ter popularne kaznovalne trende, kot je sedanji. Utemeljiti bi bilo treba tudi nekatere rešitve v naši zakonodaji, ki bistveno odstopajo od klasične utemeljitve namena kaznovanja, s čimer merim tako na dosmrtni zapor na eni strani kot tudi na poseben razlog za odpustitev kazni na drugi (drugi odstavek 27. člena KZ-1). Za oboje je sicer mogoče najti bolj ali manj prepričljive argumente, a njihova artikulacija je nujna, če si želimo prizadevati za koherenten sistem. Enako velja tudi za na novo uvedeno možnost pogajanj o krivdi, pri katerih gre v samem bistvu prav za pogajanje o sankciji, ki tudi rušijo siceršnjo strukturiranost namenov kaznovanja, in (tudi) v zvezi s tem odpirajo številna vprašanja, na katera bo treba v prihodnosti odgovoriti.<sup>26</sup>

Vsekakor se upošteva mednarodna priporočila, raziskave in razvoj pri nas v zadnjih desetletjih zdi, da je pravo mesto za urejanje tako ključnega vprašanja, kot je namen kaznovanja, samo temeljni kazenskoopravni zakon.

---

<sup>26</sup> Več o tem glej v razdelku, namenjenemu prav pogajanjem glede sankcije.

## 2.2.2 kaznovalni okviri

Uokvirjanje kaznovalnih možnosti je ena osnovnih značilnosti sodobnih kaznovalnih sistemov, a temelji v skozi stoletja in tisočletja utrjeni težnji po nadzorovanju tega pomembnega segmenta pravnega urejanja (glej npr. Škrubej, 2010; Kambič, 2006; Studen, 2004; Saleilles, 2001; Vilfan, 1996).

S pravnega vidika je omejevanje diskrecije sodnikov pri določanju kazni v sodobnih sistemih nujno, saj samo vnaprej dovolj določna sankcija zagotavlja spoštovanje osnovnih načel kazenskega prava. V tem oziru sta ključni načelo zakonitosti, predvsem njegova zahteva po določnosti, ki se skozi postopek določanja kazni sooča z drugim temeljnim načelom – načelom individualizacije kazenskih sankcij. Po drugi strani zahteva po omejenosti diskrecije ponekod odpira vprašanja pristojnosti – v tej luči je pomembno, kdo je tisti, ki mu je v nekem sistemu zaupana omejitev kaznovanja in postavljanje kaznovalnih okvirov. Z obema temeljnima vprašanjema se bom ukvarjala v začetku tega odseka.

V nadaljevanju bodo predstavljene rešitve, ki so se razvile v različnih pravnih sistemih, stopnjevale od najbolj omejujočih do najbolj ohlapno zastavljenih omejitev sodnikove diskrecije (Ashworth 2009a; Roberts 2009a; glej tudi George 1959). Na eni skrajnosti tako najdemo vnaprej natančno določene »obvezne« kazni za posamezna kazniva dejanja (*mandatory sentences*) skupaj z vnaprej postavljenimi minimumi z razmeroma malo prostora prepuščenega diskreciji sodnika (*mandatory minimum sentences*). Podobno zožena je sodnikova diskrecija v primeru kaznovalnih tabel (*sentencing grids*), ki so se razvile v nekaterih ameriških zveznih državah ter na zvezi ravni in na podlagi (dveh) vnaprej določenih kriterijev sodniku odmerijo minimalen prostor za odločitev o kazni. Več prostora je navadno dopuščenega v drugi različici kaznovalnih smernic, kjer le te niso numerične, temveč opisne narave, kakršna je na primer značilna za angleški sistem. Še bolj je sodišče pri odločanju o sankcijah svobodno v klasičnih kontinentalnih pravnih ureditvah, kjer okvire sodnikovi odločitvi postavljajo za posamezna kazniva dejanja v zakonu določeni kaznovalni okviri, ki pa so praviloma zastavljeni bistveno širše kot v primeru kaznovalnih tabel ali opisnih

smernic, jih pa do določene mere omejuje vloga sodne prakse. Na drugi skrajnosti, kjer je omejitev sodnikove diskrecije pri kaznovanju (vsaj na videz) minimalna, najdemo nedoločene kazni (*indeterminate sentences*), ki se ponekod kljub drugačnemu trendu pojavljajo bodisi kot ostanek starega sistema ali kot na novo uvedene možnosti.

## **2.2.2.1 uvodno**

### **2.2.2.1.1 vprašanje načel**

Načelo zakonitosti in načelo določnosti kot njegov sestavni del sta v kazenskem pravu še posebej pomembni, saj sta določnost in jasnost določb, ki so podlaga za najhujše posege v pravice posameznika, v sodobni družbi temeljnega pomena (Bavcon *et al.* 2013; Bavcon 2007; Bele 2007). Obenem pa je v zvezi s kaznovanjem nujno, da je dovolj jasno določeno ne le dejanje, za katerega je predpisana izbrana kazen, temveč tudi kazen sama. Stopnje določnosti take kazni so različne, od povsem natančno določene kazni za posamezno kaznivo dejanje, do minimalnega ali srednjega razpona možnosti pri kaznovanju, pa do najširšega razpona, ki omogoča izbiro sankcij od najmilejše pa do najhujše, pri čemer sta obe skrajnosti redkejši, pogostejše pa vmesne različice (prim. (Ashworth 2009a; tudi Bavcon *et al.* 2013; Roberts 2009a).

Pomemben argument, ki poudarja potrebo po natančn(ejš)i vnaprejšnji določitvi sankcije je tudi temeljno pravno načelo enakosti. Prav empirično ugotovljena neenakost v kaznovanju je v preteklih desetletjih v zahodnih državah, predvsem v ZDA, pospešila razmah bolj določnih, celo obveznih sankcij, katerih osnovni namen je bil poenotenje sodne prakse (tudi) pri kaznovanju ter posledična utrditev načela enakosti (Ashworth 2010; Tonry 2009a; Baker in Roberts 2008; Bavcon 2007; Pradel 2002; Barberger 2001; Šelih 1990). A kar se je zdelo v teoriji imenitna rešitev, je v stvarnosti, prepleteni s številnimi političnimi, ekonomskimi in ideološkimi interesi, pripeljalo do številnih absurdov in ekscesov, ki smo jim priča v današnji ameriški stvarnosti in o katerih več v nadaljevanju (Weisberg 2012;



Stuntz 2011; Bavcon *et al.* 2013; Šelih 2009, 1990; Tonry 2009a; Wacquant 2009a, 2009b; Pratt 2007).

Težave z natančno določenimi sankcijami se ne pojavljajo samo na praktični, temveč tudi na načelni ravni. Ključni »problem« v tej zvezi namreč predstavlja drugo temeljno načelo kazenskega prava: načelo individualizacije kazenskih sankcij, ki zahteva, da izrečena kazen ustreza konkretnemu kaznivemu dejanju, ki je bilo storjeno, in konkretnemu storilcu, ki ga je storil (Bavcon *et al.* 2013; Bavcon 2007). Smiselne vzporednice slovenskemu načelu individualizacije najdemo v praktično vseh sodobnih kazenskopravnih sistemih, saj predstavlja »enega izmed temeljev modernega kazenskega prava« (Sutherland *et al.*, 1992, s. 340; podobno Tonry, 2001). Predvsem v anglo-ameriških okvirjih pa so njegovo vzporednico, zajeto pod imenom »*adjustment principle*«, v zadnjih desetletjih neločljivo povezali s konceptom rehabilitacije. Posledično je s padcem rehabilitacijske ideologije v zaton poniknilo tudi načelo individualizacije (Brownlee 1996; Sutherland, Cressey in Luckenbill 1992; Allen 1981).

V evropskem kontinentalnem prostoru<sup>27</sup> in še posebej pri nas do tega ni prišlo, saj je načelo individualizacije kazenskih sankcij ohranilo pomembno, če ne kar ključno vlogo pri odločanju o sankcijah. V slovenskem sistemu je načelo individualizacije tako glavno vodilo postopka v zvezi z izbiro ustrezne kazni. Kljub nedefiniranosti na zakonodajni ravni, dolgoletni zasidranosti tega načela v kazenskopravni teoriji povsem sledi tudi sodna praksa (vsaj na drugi in tretji stopnji), ki zelo jasno pojasnjuje tudi razmerje med obema na videz nasprotujočima si načeloma:

Vrhovno sodišče pa nadalje ugotavlja tudi, da sodišče ni kršilo 14. člena Ustave, saj ravno individualizacija kazenskih sankcij, ki jo omogoča 41. člen kazenskega zakona, zagotavlja spoštovanje tega načela. Določbe 1. odstavka 41. člena KZ zavezujejo sodišče ne samo glede tega, da kazen odmeri v mejah, ki so z zakonom predpisane za to kaznivo dejanje, ampak tudi glede tega, da se kazen odmeri po teži storjenega kaznivega dejanja in ob upoštevanju storilčeve krivde, po 2.

---

<sup>27</sup> Posebno mesto nosi individualizacija kazenskih sankcij (*individualisation ou personnalisation judiciaire de la peine*) v francoski ureditvi (Saleilles 2001; tudi Henham 2012a). Doob in Brodeur (1995) sicer opozarjata na izjemno razširitev osnovnega koncepta individualizacije, ki naj bi izvorno služil le razlikovanju med navadno in politično motivirano kriminaliteto, a ostajata pri tem bolj kot ne osamljena, koncept individualizacije pa razumljen pretežno tako kot v našem kontekstu.

odstavku istega člena pa mora sodišče pri odmeri kazni upoštevati še olajševalne in obteževalne okoliščine. Šele na podlagi teh okoliščin lahko podrobneje ovrednoti storilčevo ravnanje, kot je to zajeto v opisu kaznivega dejanja in določenih sestavinah krivde (individualizacija kazenskih sankcij). Načelo enakosti pred zakonom namreč ni prizadeto, če je podana pravna in dejanska podlaga za neenako obravnavanje. (Sodba I Ips 303/2001, 12. junij 2003)

Tudi nadaljnji razčlembi načela individualizacije, kot jo pojmuje slovenska teorija, sodna praksa v enaki meri sledi in, kot smo videli v razdelku, ki je temu posvečen, z njima zapolnjuje tudi praznino glede systemske nedorečenosti namena kaznovanja. Pri tem gre za dva ključna elementa načela individualizacije v naši ureditvi: pravičnost in smotrnost.

Oba navedena namena je mogoče doseči z ustrezno individualizacijo kazni, to je z njeno prilagoditvijo nevarnosti konkretnega kaznivega dejanja in storilčevi osebnosti ali drugače povedano: s prilagoditvijo kazni teži dejanja in krivdi ter primerjavo z enakimi dejanji drugih storilcev (pravičnost) in kaznijo, ki vpliva na storilčevo bodoče vedenje in vedenje drugih, da ne bi delali kaznivih dejanj (smotrnost). (Sodba I Ips 130/2009, 21. maj 2009)

Pravičnost sama je seveda preveč abstrakten pojem, da bi ga bilo mogoče dosledno in enotno vnašati v pravni in sodni sistem brez dodanih konkretizirajočih kriterijev, glede na katere jo lahko vsaj približno vrednotimo. Temeljno merilo za udejanjenje pravičnosti v konkretnem primeru je v sodobnem kazenskem pravu načelo sorazmernosti med kaznivim dejanjem in sankcijo, ki je v osnovi podobno nedoločno kot pojem pravičnosti, a postane dovolj konkretno, ko njegov obseg vzpostavijo zakonsko postavljeni kaznovalni okviri (Bavcon *et al.* 2013). Skrb za pravičnost je v tem smislu v veliki meri že na plečih zakonodajalca, ki vzpostavlja lestvice relativne in absolutne sorazmernosti, ko med seboj primerja in vrednoti različna kazniva dejanja in jim v obliki sankcij pripisuje realne posledice (Ashworth 2010). Še bolj se konkretizira skozi sodno prakso in skrb za njeno enotnost, pri vsakem posameznem primeru pa je skrb za pravičnost tista, ki narekuje primerjanje konkretnega kaznivega dejanja z množico drugih ravnanj, ki padejo znotraj ali zunaj meja inkriminacije ter določitev takšne kazni, ki na spektru dopustnih sankcij ustreza ugotovljeni stopnji resnosti kaznivega dejanja. Kriterij

pravičnosti je tako bolj usmerjen h kaznivemu ravnanju, k dejanju samemu, in v tem smislu bolj udejanja retributivistične poglede na kaznovanje.

Kriterij smotrnosti je na drugi strani bolj prepleten z utilitarističnimi ali preventivskimi nagibi, v našem okolju pa izrazito tudi z rehabilitacijskimi tendencami. Kriterij smotrnosti tako zadovoljuje načelo generalne in predvsem specialne prevecije, saj napotuje na sankcijo, ki bo ne le pravična, temveč tudi smotrna v tem, da je z njo mogoče ciljati na spremembe v bodočem vedenju avditorija, predvsem seveda obsojenega, ter na povečanje njegove konformnosti v tem smislu, da bo nevarnost za nadaljnja kazniva dejanja z njegove strani kar najmanjša. Ob tem je nujno vsakič znova poudariti, da kriterij smotrnosti pri odločanju vedno sledi kriteriju pravičnosti in da ima pravičnost pri odločanju o sankcijah praviloma prednost, ko sta si v nasprotju (Bavcon *et al.* 2013). S tem se zagotavlja spoštovanje sodobnih trendov v kaznovanju, ki zamejujejo možnosti države, da kaznovanje zlorablja za pretirano poseganje v osebnost in vedenje posameznika.

Individualizacija kazni je v tem smislu uspešna tedaj, ko sodišče uspe izbrati sankcijo, ki ustreza obema temeljnima kriterijema – pravičnosti in smotrnosti. Takšno odločanje zahteva upoštevanje vseh relevantnih okoliščin primera; od teže dejanja in storilčeve krivde pa vse do številnih drugih okoliščinah, ki nujno vplivajo na (kazensko)pravno oceno posamičnega življenjskega primera.

#### **2.2.2.1.2 vprašanje pristočnosti**

Na to, kako pereče je v posamezni ureditvi vprašanje o subjektu, ki naj znotraj sistema uokvirja kaznovalne možnosti, vpliva več dejavnikov. Gotovo je veliko odvisno od vrste ureditve, siceršnje razdelitve oblasti v njej, družbeno-političnih razmer in podobno, še bolj pomembno pa se zdi pragmatično vprašanje, kdo nosi odgovornost za postavljanje kaznovalnih okvirov v času razprave in kdo je razpravo spodbudil.

Zelo poenostavljeno bi lahko rekli, da se v sistemih, kjer je razdelitev oblasti (tudi) v zvezi s kaznovanjem tradicionalno zasidrana in ustaljena, vprašanje ustrečnosti

takšne ureditve ne pojavlja prav pogosto. Za primer lahko vzamemo klasične kontinentalne ureditve, kjer v razmejitvi pristojnosti med sodno in izvršilno vejo oblasti na področju kaznovanja od sprejetja modernih zakonov dalje praktično ni bilo korenitih sprememb (Henham 2012a; Bavcon *et al.* 2013; Saleilles 2001). Razdelitev oblasti je v primeru kaznovanja zato razmeroma jasna, zakonodajalec sprejema temeljne in splošne odločitve v zvezi s kriminalitetno politiko, pri čemer ne le inkriminira posamična ravnanja, za katera presodi, da zahtevajo takšno obravnavo, temveč postavlja tudi splošne okvire za kaznovanje takšnih ravnanj.<sup>28</sup> Pri tem so lahko okviri bolj ali manj določni, a v tipičnih ureditvah sodni veji oblasti prepuščajo (več kot) dovolj prostora za individualizacijo kazenskih sankcij. Izvršilni veji je običajno prepuščeno izvrševanje sodnih odločitev, pri čemer je prav pri kaznovanju pogosto mogoča tudi visoka stopnja upravljanja in nadzora s strani sodnih oblasti.<sup>29</sup>

Nasprotno se je v zadnjih desetletjih predvsem v angleškem sistemu razplamtela debata o tem, katera izmed vej oblasti naj odloča, kako kaznovati. V splošnem je seveda načelo delitve oblasti razmeroma jasno in razdelano tudi v angleški (in drugih *common law*) ureditvi, a prav v zvezi s kaznovanjem posamezna vprašanja niso povsem dorečena (Ashworth 2010; Roberts 2009a; O'Flaherty 2002). Od začetka dvajsetega stoletja dalje je namreč v tem sistemu teža odločitve o kazni vse bolj prehajala povsem v roke sodstva. Tako so bile odpravljene dotlej predpisane spodnje meje pri kaznovanju ter postopno pod splošnejšo definicijo združena prej posamezno določena kazniva dejanja, ki so posledično izgubila lastne ožje kaznovalne okvire (Ashworth 2010; Thomas 1974). V zadnjih desetletjih pa so se tudi znotraj tega »tradicionalno«  
ohlapnega sistema pojavile reforme, ki so stremele k omejitvi sodniške diskrecije in so zrasle iz želje po večji določnosti, hkrati pa mestoma tudi strogosti sistema. Motivacija je bila pogosto (a ne zmeraj) povezana s političnimi, predvsem volilnimi premisleki in željo prikazati pobudnika kot ostrega do kriminalitete (*tough on crime*), a je hkrati pritisnila na žulj sodstva,

---

<sup>28</sup> Določene omejitve pri kaznovanju tako postavljajo nekatere konvencije in protokoli Organizacije Združenih narodov in Sveta Evrope ter notranji predpisi Evropske Unije.

<sup>29</sup> Ob tem seveda ne gre pozabiti na nevarnost neformalnih pritiskov, ki jih lahko izvršilna veja oblasti ali politika nasploh izvaja v zvezi s preganjanjem in kaznovanjem, tako nad tožilstvom kot tudi nad sodstvom. Dogodki zadnjih let pri nas so v tej zvezi zelo zgovorni. Glej tudi Cerar (2012). Več o možnostih sodnega izvrševanja kazenskih sankcij glej v odseku o pogojnem odpustu.

ki je takšne reforme videlo kot vmešavanje v njegove naloge in krnjenje neodvisnosti. Argument posegov v sodniško neodvisnost pa se je vendarle razmeroma hitro umaknil iz javne razprave, praktično povsem izginil pa po letu 1997 in takratnih spremembah kazenske zakonodaje na tem področju. Lord Bingham, tedanji *Chief Justice* in siceršnja avtoriteta v angleški sodniški in pravni stroki, je takrat povsem jasno razmejil med vprašanjem ustavnosti in vprašanjem primernosti urejanja kaznovalnih vprašanj s strani parlamenta. Z ustavnega vidika je takšno urejanje ocenil (in za njim praktično vsi drugi) kot povsem sprejemljivo in celo naravno, saj je v splošnem kaznovanje vprašanje, ki je globoko »politične in ne ustavnopravne narave.«<sup>30</sup> Dejansko vprašanje – torej ali je primerneje, da kaznovalne okvire postavlja zakonodajalec ali sodišča sama, pa v angleškem sistemu še ni zamrlo in se pojavlja tudi v sodobnih strokovnih diskusijah (Ashworth 2010).

Kljub temu se je sistem v zadnjih desetletjih spremenil v smer večjega omejevanja sodniške diskrecije, pri čemer tega ne počne parlament ali vlada neposredno, temveč so bila v ta namen oblikovana različna strokovna telesa (*Sentencing Advisory Panel, Sentencing Guidelines Council, zdaj Sentencing Council*), ki so skrbela za določanje smernic za kaznovanje. Njihova sestava se je spreminjala, a ključna mesta in večino v njih so praviloma zavzeli izkušeni sodniki ali uveljavljeni znanstveniki (Roberts 2012c; Ashworth 2010, 2006, 2001; Wasik 2008). Kljub temu so vplivi politike tudi v angleškem okolju bolj neposredni, ob novih smernicah se namreč hkrati spreminja tudi zakonodaja, s katero parlament neposredno vpliva na kaznovalne okvire, tako npr. z uvedbo nedoločenih kazni (*indeterminate sentencing*) leta 2005 ali uvajanjem minimalnih kazni za posamična kazniva dejanja.

---

<sup>30</sup> »This is, in the widest sense, a political question – a question of what is beneficial for the polity – not a constitutional question.«  
Lord Bingham, The courts and the constitution, King's College Law Journal, 1996, navedeno po Ashworth (2010, s. 53).

### 2.2.2.2 načini omejevanja diskrecije<sup>31</sup>

Že uvodoma je bilo nakazano, s katerimi načini omejevanja diskrecije se bom ukvarjala v tem razdelku. Pri tem se zdi pomembno poudariti, da gre za malo več kot shematične prikaze posameznih ureditev, saj bi podrobna predstavitev vsakega izmed njih zdaleč presegla okvirje ene ali celo par doktorskih nalog.

Poleg tega se v spodnjem prikazu omejujem na ureditve t.i. zahodnega sveta, čemur botruje več dejavnikov. Na eni strani je ključna že sama dostopnost informacij – že uvodoma je bilo pojasnjeno, da je literatura o kaznovanju oz. odločanju o sankcijah v ureditvah, ki ne sodijo v kontinentalni ali anglo-ameriški pravni krog, izjemno redka. V tem pogledu izrazito zaostaja že literatura o kontinentalnih ureditvah, ki je v primerjavi s *common law* sistemi zelo podzastopana in podrobnejšega primerjalnopravnega pregleda sploh (še) ne nudi. Dodatno k takšnemu samoomejevanju prispeva vprašanje možnosti za spoznavanje in razumevanje tujih sistemov, o katerih ne le, da ni literature, temveč imam(o) z njimi izjemno malo stika (Nelken 2010). S tega vidika se zdi izbor bolj domačih oblik soočanja z vprašanji kaznovanja ne le bolj relevanten za naše področje, temveč tudi bolj realen v smislu razumevanja pravnih nians in dejanskih posledic njihove uporabe. Nenazadnje pa k omejitvi na za naše okolje pomembnejše sisteme nekoliko doprinesejo tudi časovno-prostorski ter smotrnostni pomisleki, saj bi obširnejši pregled na eni strani ponudil še manj natančen vpogled v posamične ureditve, hkrati pa potencialno zamajal koherentnost celotnega prikaza.

Sosledje spodnjih prikazov skuša slediti kriteriju omejevanja sodniške diskrecije in gre od bolj do manj omejujočih rešitev. Pri takšnih ocenah je med različnimi avtorji najti nekatere razlike, a v grobem se zdi spodnji vrstni red ustrezen in primerljiv z drugimi podobnimi analizami (Ashworth 2009a; Tonry 2001).

---

<sup>31</sup> Posamezni deli tega odseka se deloma naslanjajo na Petrovec in Plesničar 2009.

### 2.2.2.2.1 obvezne kazni, obvezni minimumi

Angleški poimenovanji »*mandatory sentences*« ter »*mandatory minimum sentences*« in ustrezajoča slovenska prevoda »obvezne kazni« ter »obvezni minimumi« so nekoliko zavajajoči. Kazni in minimalne kazni, o katerih bo govor v tem razdelku, so sicer res obvezne v smislu, da jih sodnik mora izreči, a podobno zavezujoči, vsaj v primerjavi z obveznimi minimumi so zakonski okviri, ki jih pozna večina kontinentalnih ureditev, pa v tem primeru ne uporabljamo omenjenih poimenovanj.

S poimenovanjem obvezne kazni in obvezni minimumi se v kontekstu razprav o odločanju o sankcijah navadno označuje rešitve iz *common law* ureditev, s katerimi so se te odzvale na ocenjeno preširoko diskrecijo v sredini dvajsetega stoletja. Za razliko od kontinentalnih ureditev, kjer je polje odločanja sodišča kljub določenima minimumu in maksimumu še vedno razmeroma široko, je za te anglo-ameriške rešitve značilno, da polje sodnikove diskrecije bodisi zožijo na minimum, bodisi povsem izločijo. Običajno v to skupino tako štejemo vnaprej predpisane minimalne kazni, politiko treh prekrškov (*three strikes*), obvezne dosmrtna kazni brez možnosti pogojnega odpusta in podobne rešitve, ki so značilne predvsem v ameriških kaznovalnih sistemih in so v zadnjih desetletjih postale tamkajšnja značilnost (Frase 2013, 2001; Petrovec in Plesničar 2009; Šelih 1990).<sup>32</sup>

S posameznimi oblikami obveznih kazni in minimumom pa se soočajo tudi druge ureditve: za Singapur je tako npr. značilna najstrožja možna obvezna kazen – smrtna kazen, ki jo sodišča morajo izreči v primerih preprodaje drog »večjih« količin (15g) (McDermott 2010). Tudi nekatere kontinentalne države se na trenutke spogledujejo z izjemno zmanjšano diskrecijo sodišča: Francija je tako leta 2007 v boju proti povratništvu sprejela rešitev, v skladu s katero mora sodišče (ob zelo ozkih izjemah) povratnikom izreči najmanj tretjino zakonsko predpisane kazni (Henham 2012a).

---

<sup>32</sup> Do določene mere sta možnost obveznih kazni sprejela tudi npr. avstralska (N. Morgan 2002) in južnoafriška (Van Zyl Smit 2002) ureditev, a v takšne skrajnosti kot ameriški vrstniki tamkajšnji zakonodajalci niso šli.

Kljub takim primerom so daleč najbolj značilne ameriške rešitve, ki se pojavljajo v različnih oblikah. Tonry (2009a) na prvem mestu tako našteva obvezne kazni, določene za posamezna kazniva dejanja ali skupine kaznivih dejanj – najbolj značilna je ureditev kaznivih ravnanj povezanih z drogami na zvezni ravni, ki je v preteklih desetletjih izjemno postrojila zvezni kazenski sistem in je tarča številnih kritik. Tak primer je denimo predpisana minimalna kazen 5 let zapora za prodajo 10 (ali več) gramov kokaina. Tudi druga oblika obveznih kazni je vezana na posamezna kazniva dejanja, a bolj posredno – obvezna je le takrat, ko so izpolnjeni določeni pogoji. Obvezni pribitek dveh let zapora za kazniva dejanja, pri izvršitvi katerih je bilo uporabljeno strelno orožje, je primer takšne ureditve. Tretja možnost pa se bolj kot na kaznivo dejanje samo ozira na njegovega storilca in njegove značilnosti – najbolj tipičen je primer upoštevanja storilčeve predkaznovanosti in pribitki na tej podlagi. Najznačilnejši je v tem okviru primer kalifornijske politike »*three strikes*«, kjer v skladu z bejzbolsko analogijo tretji (istovrstni) prestopki iz nekaterih skupin kaznivih dejanj (npr. nasilna, spolna, povezana z drogo) avtomatično pomeni najmanj 25-letno zaporno kazen (glej tudi Zimring, Hawkins in Kamin 2003).<sup>33</sup>

Argumentov, ki jih zagovorniki navajajo v prid takšnim kaznovalnim rešitvam je več (Ashworth 2009a; Tonry 2009a; Zimring, Hawkins in Kamin 2003). Ključno je dosledno spoštovanje načela enakosti – če so kazni vnaprej predpisane in za vse enake, potem je enakost pri kaznovanju zagotovljena. S tem je povezana izrazita jasnost takšnih določb – zgolj minimalna interpretacija je potrebna zato, da posameznik razume njihovo vsebino in razbere zagroženo kazen. Ker je kazen praktično neizbežna, takšne rešitve zagotavljajo izjemno visoko stopnjo pravne varnosti. Kot zadnja izmed ključnih značilnosti takšnih rešitev pa se navadno navaja njihova preventivna funkcija – zaradi visoke stopnje jasnosti in neizbežnosti ter izjemne strogosti naj bi takšne zagrožene kazni delovale izrazito zastraševalno in s tem preprečevale bodoča kazniva ravnanja.

---

<sup>33</sup> Ob tem Spohnova (2002) pomembno opozarja, da tovrstne rešitve niso novost zadnjih desetletij dvajsetega stoletja, temveč le variacija starih predpisov, t.i. *habitual offender statutes*, ki so že v osemnajstem stoletju v anglo-ameriških ureditvah služili soočanju s povratniki in zanje določali pribitke kazni. Še posebej pa je zanimiv podatek, da so ti »drakonski« zakoni iz preteklosti določali pribitke v bistveno manjšem razponu od današnjih (5-10 let v osemnajstem stoletju, 25-40 let ali celo dosmrtni zapor v dvajsetem).



Na takšne argumente ponujajo še številnejši kritiki izjemno natančne, načelne in empirično utemeljene odgovore (Frase 2013; Cano in Spohn 2012; Chen 2012, 2000; Ross 2012; Erik in Cassell 2010; Ashworth 2009a; Tonry 2009a; Ulmer, Kurlychek in Kramer 2007; Spohn 2002). Na argumente enakosti, jasnosti in doslednosti najbolje odgovarjajo empirične izkušnje iz sistemov, ki so takšne rešitve sprejeli in kažejo na to, da kljub navidezni preprostosti določb v teoriji, obstaja kopica možnosti za njihov obid ali izigravanje v praksi. Najznačilnejši in najbolj opazen je prenos diskrecije s sodnika (ki o sankciji praktično ne odloča več) na tožilca, ki lahko z (dopustno) manipulacijo z obtožnico izrazito vpliva na morebitni izid posameznega primera. Izkušnje kažejo, da tako tožilci kot tudi sodniki pogosto na bolj ali manj inovativne načine zaobidejo stroga pravila in s tem dosegajo učinek, ki je ravno nasproten želenemu cilju pravne varnosti (Frase 2013; Chen 2012; Tonry 2009a; Ulmer, Kurlychek in Kramer 2007).

Drug ključni protiargument je usmerjen proti pretirano poenostavljenemu konceptu generalne prevencije, ki ga predstavlja zastraševanje. Predvsem med pripadniki ekonomske pravne šole je bila poenostavljena povezava med kaznijo kot »ceno« za kaznivo dejanje in sposobnostjo posameznika za (ekonomsko) racionalno odločitev v konkretnem primeru nekaj časa izjemno popularna (glej npr. Posner 1985; Posner 1998; kritično npr. Tonry 2009a). Desetletja empiričnih raziskav so takšne povezave v glavnem ovrgle in enako velja za ocenjevanje učinkovitosti obveznih kazni in obveznih minimumov (Tonry 2009a; Worrall 2004; Zimring, Hawkins in Kamin 2003; Spohn 2002; von Hirsch, Burney in Wikström 1999).

Velika večina literature na temo obveznih kazni in obveznih minimumov v zaključkih ugotavlja, da se rešitve v tej smeri kljub morebitnim ustreznim načelnim razlogom v praksi niso obnesle najbolje. Različne zvezne države so sicer oblikovale različne rešitve, ki so tudi različno stroge ter ponekod delujejo bolje, drugod slabše (Spohn 2002), a splošna ocena nikakor ni pozitivna. Nasprotno, prav te rešitve, ki so bile predvsem vpeljane kot eno izmed ključnih orožij v »boju proti drogam« so (v sodelovanju z drugimi okoliščinami) pripeljale do situacije, ko je ameriški kaznovalni sistem povsem izgubil stik z ostalim svetom (Blumstein 2012; Tonry 2012, 2009b; Weisberg 2012; Wacquant 2009a, 2009b; Simon 2007; Cavadino in

Dignan 2006; Whitman 2003; Garland 2001; Mauer 2001). Številni avtorji prav te iniciative krivijo za v zadnjih desetletjih strmo rastoče trende zaprtih oseb, ki za vsaj desetkrat presegajo primerljive evropske države (Walmsley 2011). Nesmotrno zastavljen in zelo strog sistem je tako izjemno razširil kazenskopravno mrežo, pri čemer ni izpolnil namenov, zaradi katerih je bil oblikovan – neenakosti pri kazenskopravnih obravnavanjih je več (Buchhandler-Raphael 2013; Cano in Spohn 2012; Tonry 2009a; Ulmer, Kurlychek in Kramer 2007; Spohn 2002), kriminalitete pa je sicer manj, a korelacije s strožjim kaznovanjem nikakor ni mogoče potegniti (Zimring 2007).

Spremembe so zato na tem področju nujne in, kot kaže razvoj dogodkov v zadnjem času, tudi razmeroma verjetne. V povezavi z ekonomsko krizo, zaradi katere si ZDA tako velikega kaznovalnega kompleksa ne morejo več privoščiti, tudi načelni pomisleki, na katera že desetletja opozarja stroka, pridobivajo na veljavi. V tej luči je pomenljiva odločitev kalifornijskih volivcev, ki so se novembra 2012 na referendumu z veliko večino odločili za amandma k tamkajšnjemu *three strikes* zakonu (Proposition 36)<sup>34</sup>, ki je prejšnjo ureditev vsaj za odtenek omilil. Medtem ko je prejšnja ureditev za prva dva »prestopka« zahtevala, da sta najhujši vrsti kaznivih dejanj (*serious or violent felony convictions*), je za tretji prestopok, ki je nujno vodil v dolgotrajno zaporno kazen, zadostovala kakršnakoli kazenskopravna obsodba (tudi za manj huda kazniva dejanja, denimo krajo kosa mesa v mesnici ali kosa pice v piceriji (Spohn 2002)). Po sprejetju sprememb leta 2012 so pogoji tudi za tretji prestopok enaki kot za prva dva.

Tudi drugod po ZDA se v zadnjih letih vrstijo spremembe na kaznovalnem področju, ki grejo v smer zmanjševanja represije (Porter 2013). Kljub temu je naivno pričakovati, da bodo spremembe na tem področju drastične in hitre (Erik in Cassell 2010), saj politična realnost takšnih sprememb ne omogoča. Vse od Dukakisa dalje je namreč ena največjih bojzani ameriških (in vse bolj tudi evropskih) politikov, da bi izpadli »mehki« v boju proti kriminalu, četudi za ceno

---

<sup>34</sup> Besedilo predloga skupaj z argumenti za in proti in kratko zgodovino zakona je mogoče najti na spletni strani <http://voterguide.sos.ca.gov/propositions/36/> (dostopano 31. 12. 2012).

racionalnega kazenskopravnega sistema (Lacey 2007; Pratt 2007; Cavadino in Dignan 2006; Garland 2001).

#### **2.2.2.2 kaznovalne smernice**

Kaznovalne smernice (*sentencing guidelines*) so razširjene predvsem po državah *common law*, kjer so se pojavile v zadnjih desetletjih dvajsetega stoletja v odgovor na »padec« rehabilitacijske ideologije z izjemno široko sodniško diskrecijo.

Njihovemu pojavu je botrovalo več dejavnikov, ki so drugačni glede na posamične ureditve, a jih je mogoče strniti v dve glavni skupini: na eni strani so pomembno vlogo odigrali vse bolj dostopni podatki o neenakosti pri kaznovanju in pristna želja po večji doslednosti in pravni varnosti, na drugi strani pa tudi zmanjšano zaupanje v sodišča in njihovo svobodo pri odločanju o sankcijah vezano na ideje rehabilitacije, ki so čedalje bolj izgubljale na veljavi. Predvsem v ZDA so zato smernice v veliki meri zamenjale dotedanji (pretežno enotni) sistem nedoločenih kazni, katerega lastnosti so se v očeh javnosti praktično čez noč iz prednosti spremenile v slabosti. Uvedba smernic za odmero kazni je torej izhajala iz želje zagotoviti enakost v kaznovanju, predpostavka, katere zmotnost so avtorji novega koncepta razmeroma hitro dojel, pa je bila, da je mogoče iz procesa odmere kazni izločiti vse osebne elemente (starost, spol, socialni položaj, pretekle zasluge), ki jih je nujno mogoče ovrednotiti le na subjektivni in ne objektivni ravni (Ashworth 2009a; Roberts 2009a; Reitz 2001; Šelih 1990).

Pomembno za obe obliki smernic, ki bosta podrobneje analizirani v nadaljevanju, je, da je bilo njihovo ustvarjanje zaupano organu, ki ni del sodne oblasti. Še več, drugače kakor v kontinentalnih ureditvah, kjer okvire kaznovanju večinoma postavlja zakonodajalec s krovnim kazenskim zakonom, so se *common law* ureditve odločile nalogo postavitve bolj ali manj omejujočih okvirjev za kaznovanje zaupati nekemu »neodvisnemu« telesu, sestavljenemu iz različnih profilov, deloma sodnikov in državnih uradnikov in deloma strokovnjakov s področja kazenskega prava in kriminologije, navadno imenovanemu komisija za kaznovanje (*sentencing commission*). Opisano je nekoliko ironično, saj se je ta proces dogajal ravno v času,

za katerega Loader (2006) slikovito pravi, da so v njem padli še zadnji »Platonski varuhi« in je zaupanje v »stroko« povsem izzvenelo.

Kljub temu se je zdelo, da je prav s pomočjo posebnih delovnih teles, ki bi se ukvarjala samo z vprašanji kaznovanja mogoče ustvariti sistem, ki bi bil bolj pravno določen in sistematičen ter neodvisen od sodnikovih trenutnih vzgibov (Frankel 1973, 1972). Frankel, ki je kot sodnik prvi predlagal omejitev sodniške (in probacijske) diskrecije, je naletel na hvaležen avditorij, ki je njegove ideje ne samo sprejel, temveč tudi nadgradil.<sup>35</sup> Tako je poleg odprave arbitrarnosti v odločanju komisijsko določanje kaznovalnih smernic dobilo še druge pomembne vsebine, ne nujno skladne s prvotno zamisljivo. Poleg osnovnega izenačevanja standardov so tako različne komisije upoštevale še množico drugih okoliščin, tako so ponekod kaznovanje prilagajale zmožnostim penalnega sistema in velikostim zaporom, drugod pa upoštevale predvsem zakonodajalčeve težnje po strožjem kaznovanju storilcev (Reitz 2001).

#### **2.2.2.2.1 numerične kaznovalne smernice oz. kaznovalne tabele**

V Združenih državah so se smernice za odmero kazni najprej pojavile na ravni posameznih zveznih držav, nato pa še na zvezni ravni. V začetku so bile smernice pretežno prostovoljne, njihov namen pa je bil poenotenje sistema kaznovanja. Sčasoma so (vsaj) ponekod dobile obvezno naravo – v jurisdikcijah, ki so tako odločitev sprejele, sodniki torej od njih niso smeli odstopati (Ashworth 2009a; Tonry 2009b, 1997; Šelih 1990).

Do danes je smernice v takšni ali drugačni obliki sprejela približno polovica ameriških zveznih držav, med njimi pa so precejšnje razlike v obliki in obsegu (Stith 2012; Frase 2005; Reitz 2001). Kljub temu je mogoče oceniti, da najbolj značilno ameriško rešitev predstavljajo numerične smernice oz. kaznovalne tabele

---

<sup>35</sup> Neposredni povod za spremembe pri odmerjanju kazni v ZDA je dal seminar na pravni fakulteti Yale leta 1974, katerega avtorji nikakor niso imeli v mislih poti, ki jo je nov sistem ubral potem, ko se ga je dotaknila politika (Stith in O'Neill 2003).

(*sentencing grids*), podobne prvi izmed takšnih rešitev, ki je bila zasnovana v sedemdesetih letih v zvezni državi Minnesota (Ashworth 2009a). Ob tem je zanimiva podrobnost, da so sodobne ameriške smernice izjemno podobne sistemu kaznovanja, ki si ga je v začetku dvajsetega stoletja za Italijo zamislil italijanski kriminolog Enrico Ferri, eden izmed vidnejših Lombrosovih učencev. Ta je vseboval natančno določitev dejavnikov, pomembnih za odločitev o kazni, skupaj z navodili o kaznovalni aritmetiki, s pomočjo katere naj bi sodnik različne dejavnike združil v enovito kazen. Tak sistem se je Ferrijevim sodobnikom zdel pretirano mehanski in zapleten, predvsem pa je dajal vtis, da sodnik pri odločanju samo »kljuka« posamezne dejavnike in sešteje skupni izid. Pomenljivo Stithova in Cabranes (1998) opozarjata, da Italija zaradi teh razlogov Ferrijevega sistema ni nikoli sprejela, medtem ko je za nekatere sodobne ureditve v ZDA mogoče trditi, da so mu povsem podobne.

Smernice, kot so jih najprej oblikovali v Minnesoti, so ene najstarejših, hkrati pa veljajo za ene bolj domišljenih in tudi bolj uspešnih sodobnih različic (Stith 2012; Ashworth 2009a; Frase 2005; Reitz 2001), zato jih velja podrobneje preučiti. Komisija za kaznovanje je pri snovanju novega sistema za izhodišče sprejela eno izmed sodobnih verzij retributivistične ideologije, teorijo zaslužene kazni. Znotraj tega so se odločili še za nekaj pomembnih načelnih usmeritev, med drugim naslednje: med kaznovanjem premoženjskih kaznivih dejanj na eni strani in nasilnih kaznivih dejanj na drugi so želeli vzpostaviti razliko, pri čemer bi bila nasilna kaznova dejanja bistveno strožje kaznovana od premoženjskih; na višino kazni naj bi vplivala predvsem dva dejavnika, morebitna storilčeva predkaznovanost ter resnost kaznivega dejanja, pri čemer bi morala resnost kaznivega dejanja nujno imeti večjo težo; pri vzpostavljanju celotnega sistema kaznovanja je bilo potrebno upoštevati absolutno število mest na voljo v zaporih po državi, pri čemer so vsaj sprva želeli ostati znotraj takratnih okvirov (Ashworth 2009a; Frase 1990; Parent 1989).

Rezultat dela komisije je znana in pogosto reproducirana tabela, ki ima na navpični osi enajst kategorij kaznivih dejanj, v katere so umeščena vsa kazniva dejanja, na vodoravni osi pa sedem kategorij glede na storilčevo predkaznovanost. Kombinacija obeh dejavnikov sodišču ponudi razmeroma natančno določeno

sankcijo, pri čemer je ločnica med zapornimi in ne-zapornimi kaznimi jasno določena, pri zapornih kaznih pa je podan razpon v mesecih, ki je manjši pri nižjih kaznih in nekoliko večji pri višjih. Upoštevanje tako dobljenega razpona je za sodnika obvezno, od smernic lahko odstopi le, če so za to podane izjemne in pomembne okoliščine, ki so tudi vnaprej predvidene v smernicah. V vseh takšnih primerih je nujna obširna obrazložitev takšnega kaznovanja zunaj postavljenih okvirjev (Minnesota Sentencing Guidelines Commission 2012a, 2012b).

#### Priloga 1 – *Minnesota sentencing guidelines grid*

Po različnih ocenah, predvsem s strani piscev iz držav *common law*, so opisane smernice ena boljših rešitev in so bile zgled za snovanje številnih drugih ureditev v ZDA in tudi drugje (Stith 2012; Ashworth 2009a; Frase 2005, 1990; Reitz 2001; Tonry 2001). Od njihovega sprejema dalje naj bi se precej izboljšala enakost v kaznovanju, kaznovanje za premoženjska kazniva dejanja se je nekoliko omililo v primerjavi s prejšnjim sistemom, višja sodišča pa so izdelala razmeroma določen sistem možnosti odstopanja od smernic (Ashworth 2009a; Spohn 2002). Avtorji so predvsem naklonjeni možnosti, ki je kaznovalni sistem dolga leta držala na sprejemljivi ravni, torej sprotnemu prilagajanju smernic zmožnostim kaznovalnega sistema. Kljub temu je bilo v zadnjih letih nekaj posegov v smernice, ki so sistem vsaj za nekatere storilce nekoliko postrožila, vsi taki posegi pa so bili posledica političnih pritiskov k strožjemu kaznovanju (Ashworth 2009a).

Drug, precej manj uspešen primer ameriških smernic, so smernice in posledične kaznovalne tabele za kazniva dejanja na zvezni ravni ZDA. Te so nastale nekoliko kasneje, sredi osemdesetih let in so, čeprav zelo podrobne, veliko manj domišljene od nekaterih predhodnic po zveznih državah.

Osnovna napaka zvezne kaznovalne komisije (*US Sentencing Commission*) je bila po Ashworthovem (2009) mnenju že v izhodiščnem izogibanju izbire ene vodilne kaznovalne teorije. Namesto enega temeljnega namena kaznovanja se je komisija odločila za zbir različnih namenov, med katerimi ni vzpostavila ustreznih hierarhičnih razmerij. Drug temeljni problem predstavlja izjemna strogost kaznovalnega sistema, ki so ga zvezne smernice vzpostavile, pri čemer niso sledile zgledu Minnesote in strogemu kaznovanju z zapornimi kaznimi niso postavile

nikakršnih omejitev. Nasprotno, v kombinaciji z obveznimi in minimalnimi kaznimi je vzpostavljeni sistem postal gonilnik vse hitreje rastočega števila zapornikov v ZDA (Ashworth 2009a; Mauer 2001; Reitz 2001; Tonry 2001, 1997; Stith in Cabranes 1998).

Ključna težava zveznih smernic pa je (bila) njihova izjemna natančnost in posledična zapletenost pri razumevanju in uporabi (Ashworth 2009a; Stith in Cabranes 1998; Tonry 1997, 1993). Namesto enajstih kategorij kaznivih dejanj kot v primeru Minnesote namreč zvezne smernice poznajo kar 43 takšnih kategorij. Poleg takšne osnovne razmejitev »osnovne« različice kaznivih dejanj poznajo dodatne kriterije, ki kazen nujno zvišajo, če sodnik ugotovi njihov obstoj, v nekaterih primerih pa nekoliko znižajo. Ti dodatni kriteriji so običajno natančno določeni (npr. uporaba hladnega orožja pri izvršitvi kaznivega dejanja, vrednost ukradenega blaga, ipd.), lahko pa so tudi zelo ohlapni in zato na široko odprti za interpretacijo (npr. sprejemanje odgovornosti za kaznivo dejanje). Ob tem smernice na vodoravni osi ohranjajo šest stopenj glede na predhodno kaznovanost storilca, pri čemer ni pomembno samo število predhodnih obsodb, temveč tudi resnost kaznivih dejanj, zaradi katerih so bile obsodbe izrečene. Upoštevanje vseh opisanih okoliščin usmeri sodnika za posamezno »okence« v kaznovalni tabeli, ki mu nudi razmeroma majhen razpon kazni, znotraj katerega se lahko odloča. Od tega lahko izjemoma odstopa, pri čemer izjeme niso tako natančno določene kot v primeru Minnesote, niti ni tako jasna sodna praksa v zvezi s tem.<sup>36</sup>

Zvezne smernice so bile od konca osemdesetih let obvezne, kar pomeni, da so jih zvezni sodniki nujno morali upoštevati pri kaznovanju, ta okoliščina pa se je spremenila v letih 2004 in 2005, ko je ameriško Vrhovno sodišče s tesno večino razsodilo, da so obvezne smernice za odmero kazni protiustavne.<sup>37</sup> Vrhovno sodišče smernic s primerom *Booker* sicer ni prepovedalo, so pa od leta 2005 dalje smernice »le« svetovalne narave in služijo zveznim sodnikom kot pripomoček pri

---

<sup>36</sup> Podrobneje si je postopek uporabe in same smernice mogoče ogledati na spletni strani zvezne komisije za odmero kazni: <http://www.ussc.gov> (dostopano 11. 12. 2012). Računalniški program, ki postopek za laike (in sodnike) zelo poenostavi je mogoče najti na spletni strani: <http://www.sentencing.us> (dostopano 11. 12. 2012).

<sup>37</sup> Najprej na ravni zvezne države *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004), nato pa še na zvezni ravni: *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). Podrobneje o posledicah navedenih odločitev glej Berman 2007; V. A. Roberts 2007; Frase 2005; Reitz 2005.

kaznovanju. Pri tem mora zvezni sodnik kazen še vedno najprej izračunati glede na smernice, nato pa jo sme dosoditi tudi zunaj tako določenih okvirjev, a mora tako odločitev podrobno razčleniti. Ob tem obstaja »domneva razumnosti« sankcije, ko sodnik ostaja znotraj smernic, za primere, ko se odloči za sankcijo zunaj njih, pa o tem lahko odločajo višja sodišča. Kljub temu so odstopi od smernic navzdol razmeroma redki (v okrog deset odstotkih primerov), odstopi navzgor pa izjemno redki (Roberts 2007).

Poleg izjemnega porasta števila zaprtih oseb kot ene izmed posledic zveznih smernic za kaznovanje (Mauer 2001) posamezni avtorji opozarjajo še na njihove druge negativne posledice. Tako so analize pokazale, da je, podobno kot v primeru obveznih in minimalnih kazni, po njihovem sprejemu prišlo do precejšnje preusmeritve moči iz sodniških v tožilske roke. Osnovni način za izogib smernicam so namreč postala pogajanja med tožilstvom in obrambo, s čimer so tožilci dobili precejšnjo moč v postopku kaznovanja (Stith in Cabranes 1998; Schulhofer in Nagel 1990). Druga težava kljub osnovnemu cilju enakosti ostaja neenako kaznovanje, predvsem v smislu rasnih razlik, ki ga smernice niti zdaleč niso izkoreninile (Kautt 2009; Stith in Cabranes 1998).

#### **2.2.2.2.2 opisne kaznovalne smernice**

Druge države iz družine *common law* se večinoma niso odločile za ameriški sistem tabel za kaznovanje, temveč so izbrale rešitev, ki je bolj podobna kontinentalnemu zakonskemu urejanju materije. Razlika je seveda v tem, da smernice v glavnem sprejemajo podobno oblikovana telesa kot v ZDA, torej ne zakonodajalec, temveč z izvršile strani oblikovano posebno telo. Podobnost z zakonskim urejanjem pa je v tem, da so okvirji za kaznovanje postavljeni opisno in podobno kot kontinentalne rešitve navadno postavljajo zakonski minimum in maksimum kaznovanja, med katerima je razpon nekoliko večji kot v ameriških tabelah. So pa takšne smernice kljub podobnosti navadno bolj podrobne od zakonskega urejanja materije in v tem smislu sodnikovo diskrecijo bolj omejujejo.



Tipičen primer smernic, na podlagi katerih so jih razvijali tudi v drugih ureditvah, so kaznovalne smernice, ki veljajo v Angliji in Walesu. Te so se skozi čas spreminjale, ravno tako se je spreminjalo telo, ki jih je sprejemalo. Strnjen zgodovinski in vsebinski pregled v zvezi z angleškimi smernicami nudi npr. Roberts 2012a, 2012c; glej tudi Ashworth 2010, 2006, 2001; Wasik 2008, 2003.

Do devetdesetih let prejšnjega stoletja je bilo odločanje o sankcijah v angleškem okolju v glavnem prepuščeno diskreciji sodišč, z dvema izjemama: sodniško diskrecijo so v posameznih primerih omejevala (redka) zakonska določila, ki so določala obvezne kazni, drug omejevalni mehanizem pa je bil praktično identičen kontinentalnim rešitvam, torej nadzor s strani višjih sodišč (predvsem *Court of Appeal*) preko ustvarjanja ustaljene sodne prakse, ki ima v *common law* okolju še poseben pomen (Roberts 2012a).

Konec devetdesetih let je bilo ustanovljeno prvo telo, posebej namenjeno ustvarjanju nove kaznovalne sheme, *Sentencing Advisory Panel*, ki pa je bilo še vedno do določene mere podrejeno *Court of Appeal*, saj je to sodišče smelo njegove nasvete v zvezi z odločanjem o sankcijah sprejeti, spremeniti ali povsem zavrniti, v praksi pa jim je navadno sledilo in v sodno prakso umestilo ob ustreznem primeru. Leta 2003 je v igro posegla zakonodajna oblast, ki je ustanovila novo telo, *Sentencing Guidelines Council*, z namenom ustvarjanja koherentnega sistema smernic za kaznovanje. To je združilo opisni model podajanja okvirjev, ki je bil dotlej značilen za smernice ustvarjene s strani *Court of Appeal*, ter bolj strukturiran model, ki je bil že dlje časa v uporabi v pomoč nižjim sodiščem, na katerih sodijo laiki (*magistrates' courts*). Vsaka smernica (navadno za posamezni sklop povezanih kaznivih dejanj) je tako sestavljena iz dveh delov – opisnega, ki opisuje značilnosti kaznivega dejanja ter okoliščine, ki vplivajo na njegovo resnost, in tabelarnega, ki kaznivo dejanje razdeli tako, da posamezne oblike razdeli v tri ali štiri skupine, znotraj teh pa še več kategorij in za vsako izmed njih določi ustrezen kaznovalni razpon. Smernice, ki jih je takšen način ustvaril *Council*, niso bile obvezne v ameriškem smislu, od sodnikov pa se je zahtevalo, da so jih ob odločanju upoštevali (dikcija *have regard to*) ter morebitni odstop pojasnili v obrazložitvi (Ashworth 2009a).

Nova ureditev je prišla z letom 2009, ko je *Coroners and Justice Act 2009* obe prejšnji telesi nadomestil z novim, imenovanim *Sentencing Council for England and Wales*. Ta je dobil nekatere dodatne naloge v primerjavi s svojima predhodnikoma, predvsem pa je bila sprememba namenjena preučitvi okoliščin, ki so v preteklih desetletjih pripeljale do izjemnega porasta števila zapornikov v Veliki Britaniji, ter pripravi učinkovite strategije za spopadanje s to težavo. Kot pretirano omejujoč je bil zavrnen ameriški model numeričnih smernic, zato je novo sestavljeni svet načrtal novo podobo angleških smernic (Sentencing Commission Working Group 2008; Lord Carter of Coles 2007).

Prve smernice izdelane po novih merilih so stopile v veljavo šele junija 2011 in služijo kot model za nadaljnje delo sveta (Sentencing Council 2011). Nova struktura je bolj kompleksna od prejšnjih, hkrati pa še vedno manj zavezujoča in manj mehanična kot ameriške različice. Osnova za odločanje sodišč naj bi tako postalo odločanje v več korakih, ki naj jim sodišče v vsakem konkretnem primeru sledi, pri vsakem izmed njih pa je dopuščeno razmeroma široko polje diskrecije.

#### Priloga 2 – *Sentencing Council: Assault - Definitive guideline*

Roberts (2012a) na primeru vloma natančno pojasni celoten postopek odločanja o sankciji, a podroben prikaz se zdi za tukajšnjo razpravo preobširen. Na kratko: kaznivo dejanje vloma je glede na posledice kaznivega dejanja in stopnjo storilčeve krivde razdeljeno v tri kategorije, od najbolj do najmanj resne oblike. Prvi korak v odločanju za sodišče predstavlja umestitev konkretnega primera v eno izmed teh kategorij, pri čemer mora upoštevati vse naštete okoliščine olajševalne ali obteževalne narave. Za vsako izmed kategorij je določen razpon kazni, znotraj njega pa še »izhodiščna točka« (*starting point*) kot nevtralna sankcija, na podlagi katere lahko sodišče v naslednjem koraku odloča o višanju ali nižanju glede na ustrezne okoliščine primera. Za resnejše kategorije je poleg tega določen prag (*custodial threshold*), ki naj ga sodišče upošteva pri odločanju o morebitni zaporni kazni in mora v primeru takšne odločitve biti presežen, poleg tega pa mora sodišče presoditi, ali je zaporna kazen res »neizogibna« in ali je morebiti primerna pogojno odločena zaporna kazen. V naslednjih korakih mora nato sodišče upoštevati še

posebne (bolj ali manj sporne) okoliščine, npr. zmanjšanje kazni zaradi sodelovanja z organi pregona ali priznanja, povečanje kazni zaradi povratništva in podobno.

Smernice so za sodišče zavezujoče, a v razmeroma ohlapnem smislu – sodišče mora pri kaznovanju ostati med zgornjo in spodnjo mejo podano za celotno kaznivo dejanje, ni pa dolžno upoštevati natančnejših okvirjev za posamezne kategorije znotraj kaznivega dejanja (Roberts 2011a). Po dosedanjih izkušnjah z novo ureditvijo angleška sodišča smernice upoštevajo veliko bolj dosledno kot prej, za leto 2011 statistika kaže, da sta zunaj smernic bila odločena samo dva odstotka vseh primerov, kar gre gotovo vsaj delno pripisati tudi izjemno širokemu razponu, h kateremu so sodniki zavezani (Roberts 2012c). Podobno uspešne naj bi bile smernice tudi pri rezanju kaznovalnega elana angleških sodnikov, a vsaj en praktičen primer v takšno uspešnost vnaša precej dvomov.

Kmalu po uveljavitvi nove kaznovalne ureditve je v Angliji prišlo do velikih družbenih nemirov in posledično velike količine povezanih kaznivih dejanj, do katerih so sodišča pristopila izjemno hitro in izjemno ostro. V izogib morebitnim omejitvam je precedenčna odločitev sodišča v primeru *R. v. Carter & Ors*<sup>38</sup> vpeljala razlikovanje med »normalnimi« kaznivimi dejanji in kaznivimi dejanji storjenimi v času nemirov. Ta so po mnenju sodišča tako preseгла okvirje normalne kriminalitete (*»completely outside the usual context of criminality«*), da je dopustno kaznovanje zunaj veljavnih kaznovalnih smernic, v ta namen pa je sodišče samo oblikovalo nove kaznovalne okvirje, ki so jim sledile tudi nadaljnje odločitve v zvezi s kaznivimi dejanji povezanimi z nemiri.<sup>39</sup> Takšno postopanje je kritiziralo pritožbeno sodišče (*Court of Appeal*), a predvsem zato, ker redna sodišča niso pristojna za ustvarjanje smernic, ne pa zato, ker bi bila njihova odločitev napačna (Roberts 2012a).

---

<sup>38</sup> *R. v. Carter & Ors* (Sentencing Remarks) [2011] EW Misc 12 (CrownC).

<sup>39</sup> Razlike v kaznovanju so bile ogromne. Za kaznivo dejanje, ki bi bilo v normalnih razmerah kaznovano z globo ali 26 tedni zapora (z upoštevanjem obteževalnih okoliščin do 40 tednov zapora), je obsojeni zaradi povezave z nemiri lahko bil kaznovan s kar do 364 tedni (7 let) zapora (Roberts 2012a).

Druge *common law* ureditve, na primer Nova Zelandija in Avstralija, poznajo smernice, ki so bolj ali manj podobne angleškim, predvsem tistim pred spremembami leta 2009. Kot opozarja Roberts (2012a) so v teh ureditvah smernice praviloma bolj zavezujoče, niso pa neznani niti poskusi kombiniranja z različnimi obveznimi kaznimi ali obveznimi minimumi (Young in King 2010; Young in Browning 2008; Edney in Bagaric 2007).

Smernice opisne narave so v zadnjem času razmeroma »priljubljene« in tudi posamezne kontinentalne ureditve, sicer zavezane drugačnemu urejanju materije, razmišljajo o njihovi potencialni uvedbi (Monsieurs, Vanderhallen in Rozie 2011).

#### **2.2.2.2.3 zakonski okviri**

Za države kontinentalnega pravnega kroga je značilno zakonsko urejanje kaznovalnih okvirov (Cruz 1999). V literaturi je o takšnih ureditvah razmeroma malo razprav, ki bi bile dostopne tudi v prevodu. Prispevki o odločanju o sankcijah, navadno izpod peresa avtorjev v *common law* sistemih, so tako običajno zunaj lastnih okvirjev usmerjeni pretežno le k skandinavskim državam (von Hirsch in Jareborg 2009; Frase 2001; Lappi-Seppälä 2001), ki jih zoperstavljajo lastni ureditvi, pri čemer je seveda težišče prispevkov na primerjavi med različnimi sistemi. Poleg tega nekateri avtorji opozarjajo tudi na razlike med skandinavskimi in kontinentalnimi ureditvami, pri čemer slednje puščajo povsem ob strani (Ashworth 2009a).

Medtem ko je med sistemi na kontinentu veliko podobnosti pri urejanju vprašanj glede odločanja o sankcijah, se primerjave, po meni dostopnih podatkih, sistematično ni lotil še nihče, pisci, ki večinoma izhajajo iz nemškega sistema, ostajajo zgolj pri shematičnih predstavitev lastne ureditve (Albrecht 2012; Streng 2007; Nestler 2003; Weigend 2001), iz drugih ureditev pa zapisov v angleškem jeziku praktično ni.

Za kontinentalne sisteme je značilno (vsaj pretežno)<sup>40</sup> enotno urejanje kazenske zakonodaje, ki jo celovito obsegata temeljni kazenski zakon in zakon o kazenskem postopku, kar je samo po sebi pomembna razlika v primerjavi z npr. angleškim sistemom (Ashworth 2010). Takšnemu urejanju je do nedavnega v celoti sledila tudi slovenska ureditev, ki je šele v novejšem času in omejenem obsegu pristala na nekatere specialne zakone s področja kazenskopravnega urejanja (Zakon o kazenski odgovornosti pravnih oseb, prihajajoči Zakon o mladoletnikih), saj je v skladu s prevladujočo teorijo enotnost kazenskopravnega urejanja eden izmed pomembnih branikov pravne varnosti in predvidljivosti kazenskega sistema (Bavcon *et al.* 2013; Šelih 2007b). Takšno enovito zakonsko urejanje pa tudi v zvezi z odločanjem o sankcijah omogoča enotno ureditev materije, kakršne anglo-ameriški sistemi ne poznajo. V kontinentalnih sistemih, katerih dober primer je lahko prav slovenski, je tradicija zakonskega urejanja materije dolga in tako korenitih sprememb, kot so se v zadnjih desetletjih dogajale v anglo-ameriških ureditvah, ki so v kratkem času prehodile pot od popolne diskrecije sodišč do popolne determiniranosti sankcij, tu ni bilo.

Zakonsko urejanje odločanja o sankcijah je tako običajen način njihovega razreševanja v kontinentalnih državah. Med državami so določene razlike, Ashworth (2009) npr. opozarja, da je za skandinavske države značilna bistveno jasnejša določitev namena kaznovanja in temeljnih dilem v zvezi s tem kot v drugih (npr. nemški) ureditvah. A razlike vsaj v grobem niso tako velike, da ne bi bilo mogoče teh različnih sistemov združiti v eno skupino.

Zakonsko urejanje odločanja o sankcijah v vseh primerjanih sistemih temelji na nekaterih značilnostih, ki se v samem bistvu navezujejo na značilnosti pravnega urejanja v kontinentalnem pravnem krogu. Tudi za zakonsko urejanje odločanja o sankcijah je značilna dvodelnost, ki izhaja iz ločevanja temeljnih kazenskih zakonov na splošni in posebni del, kar je zgodovinsko značilno za praktično vse kontinentalne ureditve. V splošnem delu so tako navadno urejena vprašanja namena kaznovanja, vrst sankcij, splošnih minimumov in maksimumov, določanja

---

<sup>40</sup> Navedeno npr. ne velja za Italijo, kjer inkriminacije lahko vsebuje več različnih zakonov (Padovani 2008; Manna in Infante 2000).

primerne kazni (odmera kazni v ožjem pomenu), olajševalnih in obteževalnih okoliščin, vprašanje kaznovanja v primeru stekov več kaznivih dejanj ter vprašanja kaznovanja obsojencev in vštevanja pripora. Nekatere ureditve so pri tem bolj, druge manj sistematične, a navedena vprašanja urejajo vse primerjane rešitve.

Med bolj sistematične zakone sodita npr. nemški *Strafgesetzbuch* (StGB),<sup>41</sup> ki ta vprašanja ureja v tretjem poglavju pod naslovom *Pravne posledice dejanja*, in švedski *Brottsbalken*,<sup>42</sup> ki jim namenja (nenaslovljen) tretji del zakonika. Podobno slovenski KZ-1 (in pred njim že KZ) ta vprašanja ureja v četrtem in deloma še v naslednjih poglavjih do desetega. Nekoliko manj sistematična sta npr. italijanski in francoski pristop, saj italijanski *Codice Penale*<sup>43</sup> ta področja sicer ureja v petem poglavju prve knjige, pod naslovom *O spreminjanju, določanju in izvrševanju kazni*, francoski *Code pénal*,<sup>44</sup> pa v tretjem delu prve knjige pod naslovom *O kaznih*, a pri obeh je mogoče najti številne odločitve, ki sicer (po slovenskih in npr. nemških merilih) sodijo v splošni del, tudi v posebnem delu pri posamičnih kaznivih dejanjih.

Drugi temeljni del zakonskega urejanja odločanja o sankcijah pa je najti v posebnih delih posameznih kazenskih zakonov, ki za vsako kaznivo dejanje posebej določajo specifični kaznovalni okvir. Ob tem se različne ureditve znova razlikujejo ne le glede tega, kako stroge kaznovalne okvirje postavljajo, temveč, kar je bolj pomembno v okviru te razprave, tudi glede tega, kako širok razpon prepuščajo odločitvi sodišča v konkretnem primeru. Odločilno pri tem je tudi vprašanje, kako podrobno so posamezna kazniva dejanja razčlenjena oz. koliko (blažjih in hujših) oblik neke vrste kaznivega dejanja pozna ureditev.

Spodnja tabela predstavlja zelo grobo primerjavo kaznovalnih razponov za najhujša kazniva dejanja zoper življenje, pri čemer sem kot podlago uporabila slovensko razdelitev kaznivih dejanj. Kot izhaja že iz same tabele, še bolj jasno pa iz posameznih kazenskih predpisov, vse primerjane ureditve v načelu kaznujejo

---

<sup>41</sup> Dostopen na <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm> (dostopano 12. 1. 2013).

<sup>42</sup> Dostopen na <http://www.government.se/sb/d/3926/a/27777> (dostopano 12. 1. 2013).

<sup>43</sup> Dostopen na <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653> (dostopano 12. 1. 2013).

<sup>44</sup> Dostopen na <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (dostopano 12. 1. 2013).

primerljiva ravnanja, a jih pri tem na različne načine opredeljujejo, grupirajo in, ne nazadnje, kaznujejo. Iz table so namenoma izločene pomembne okoliščine, ki v vsakem posameznem sistemu delajo ureditev koherentno, v tako grobi primerjavi pa bi zastrle sliko, ki jo želim prikazati. Tako je npr. zaradi slovenskega »sidrišča« izpadlo kaznivo dejanje umora na zahtevo, ki ga poznata nemška in italijanska ureditev. Detomor kot posebno obliko poznajo samo slovenska, švedska in italijanska ureditev, ne pa (več) nemška in francoska. Francoski kazenski zakon pozna ločeno kaznivo dejanje umora z zastrupitvijo, kar je v drugih ureditvah navadno zajeto v definiciji kaznivega dejanja umora. Različno je v opisanih sistemih opredeljena tudi povzročitev smrti kot posledica povzročitve telesne poškodbe – v Italiji npr. kot ločeno kaznivo dejanje (*omicidio preterintenzionale*),<sup>45</sup> podobno v Nemčiji, pri nas pa kot nastanek hujše posledice, inkriminiran znotraj kaznivega dejanja povzročitve telesne poškodbe. Takšnih razlik je še nekaj in so seveda pomembne v okviru primerjanja inkriminacij temeljnih kaznivih dejanj, na tem mestu pa nas bolj zanimajo razlike v kaznovalnih možnostih, ki jih ureditve prepuščajo sodiščem, zato si v tabeli drznem uporabiti tako poenostavitev.

*Tabela 1 – Kaznovalni razponi za kazniva dejanja zoper življenje v izbranih evropskih ureditvah (vir: Kazenski zakoniki posameznih ureditev, glej op. 41-44)<sup>46</sup>*

	Slovenija	Nemčija	Švedska	Italija	Francija
Uboj	115. člen	212. člen	Člen 3-2	589. člen	Člen 221-1,2
	- 5-15 let - 10-15 let	5-15 let (izjemoma dosmrtni zapor)	6-10 let	- 6 mes-5 let - 2-7 let	2-30 let
Umor	116. člen	211. člen	Člen 3-1	575. člen	Člen 221-3,4
	15-30 let (izjemoma)	dosmrtni zapor	- 10-18 let - dosmrtni	- nad 21 let - dosmrtni	- 2-30 let - dosmrtni

<sup>45</sup> Podrobneje o tem Antolisei 2008.

<sup>46</sup> Kjer je v tabeli več alinej, vsaka ustreza drugi (kvalificirani) obliki kaznivega dejanja.

	dosmrtni zapor)		zapor	zapor	zapor
Uboj na mah	117. člen	213. člen			
	1-10 let	1-10 let			
Povzročitev smrti iz malomarnosti	118. člen	222. člen	Člen 3-7		Člen 221-6
	6 mes-5 let	- denarna kazen - do 5 let	- denarna kazen - do 2 leti - 6 mes-6 let		- denarna kazen in 1-3 leta - denarna kazen in 1-5 let
Detomor	119. člen		Člen 3-3	578. člen	
	do 3 leta		do 3 leta	4-12 let	

Ob tem ni nepomembno poudariti, da navidezna »strogost« ali »blagost« kaznovanja znotraj posamezne ureditve, kot izhaja iz tabele, ne ustreza nujno kaznovalni realnosti te ureditve. Nanjo poleg sodne prakse, ki pogosto natančneje determinira kaznovanje, vplivajo še dodatne rešitve penološke narave, najbolj npr. uporaba instituta pogojnega odpusta.<sup>47</sup> Upošteva najsplošnejše merilo strogosti kaznovanja v posameznem sistemu, torej število zaprtih oseb na 100.000 prebivalcev,<sup>48</sup> pa si navedene države (od države s primerjalno najmanj do države z največ zaprtimi osebami) sledijo v sosledju: Slovenija, Švedska, Nemčija, Francija, Italija (Walmsley 2011), kar približno ustreza tudi sliki, ki jo daje tabela.

Za vse navedene ureditve je mogoče reči, da puščajo sodišču razmeroma široko polje diskrecije,<sup>49</sup> za kar uporabljajo zelo podobne argumente, ki na tak ali drugačen način spominjajo na slovenski koncept individualizacije kazni (von

<sup>47</sup> Več o razlikah in podobnostih posameznih evropskih ureditev pri kaznovanju glej tudi Lappi-Seppälä 2012, 2011; Ashworth 2002; Tonry in Frase 2001.

<sup>48</sup> Merilo je seveda hkrati tudi izjemno problematično, saj kaznovanje znotraj danega sistema pretirano poenostavlja (Nelken 2010; Cavadino in Dignan 2006; Tonry 2001)

<sup>49</sup> Izjema je (kritizirana (Streng 2007; Weigend 1983)) nemška ureditev pri kaznovanju kaznivega dejanja umora, kjer je dosmrtni zapor obvezna (*mandatory*) kazen in tako povsem izključuje sodniško diskrecijo (Weigend 2001).



Hirsch in Jareborg 2009; Pradel 2008; Streng 2007; Saleilles 2001; Weigend 2001; Manna in Infante 2000; Kobe 1959).

Kako ozko oz. široko so zastavljeni kaznovalni okviri v posamezni ureditvi seveda ni mogoče oceniti samo na podlagi predložene tabele. Na širino polja diskrecije pri zakonskem urejanju teh vprašanj znatno vplivajo splošne določbe o odmerjanju kazni, ki lahko v posebnem delu postavljene okvirje bistveno spreminjajo. Kljub temu se zdi dokaj zanesljiva ugotovitev, da takšne določbe polje diskrecije praviloma širijo (npr. z dodatnimi olajševalnimi okoliščinami, zaradi katerih lahko sodišče kazen omili pod spodnjo mejo v posamični določbi ali jo celo odpusti), le izjemoma in v posamičnih ureditvah pa ožijo (npr. pri določanju strožjega kaznovanja za povratnike, kjer je kaznovalni okvir lahko zožen proti strožji skrajnosti kaznovalnega razpona).

Ne glede na to je mogoče v primerjavi s prejšnjima razdelkoma brez zadržkov oceniti, da zakonsko urejanje dopušča večjo svobodo pri odločanju o sankcijah kot smernice, bodisi v opisni ali tabelarni obliki. Razponi, ki so prepuščeni sodišču v posamičnem primeru, se tu gibajo v letih ali celo desetletjih pri najstrožjih kaznih, medtem ko je za numerične smernice npr. značilen le nekajmesečni razpon, za opisne nekoliko večji, a še vedno razmeroma majhen v primerjavi z zakonskimi določbami (Ashworth 2009a; Roberts 2009a).

Poleg tega so splošna pravila glede odmerjanja kazni veliko manj natančna kot npr. v angleškem sistemu. Podobno ureditev, kot je značilna za angleško kaznovanje v novem tisočletju, kjer je ob razmeroma natančno določenih korakih, ki naj jim sodnik sledi pri kaznovanju znotraj kaznovalnega razpona za posamezno inkriminacijo, podana tudi izhodiščna točka, s katere se odmerjanje začne (Roberts 2012a), je med kontinentalnimi ureditvami poznala npr. Italija v 60. letih (Bavcon, Vodopivec in Uderman 1968), danes pa takšnih natančnejših pravil ne pozna nobena izmed opisanih ureditev, vsaj ne na zakonski ravni.

Za večino kontinentalnih ureditev, vključno s slovensko, se je vsaj v načelu mogoče strinjati s Strengom (2007), ki za Nemčijo pravi:

Pri oceni vloge sodnika pri odločanju o sankcijah moramo upoštevati, da je nemško kazensko pravo na poseben način v svojem temelju demokratično. S tem želim

povedati, da je nemško kazensko pravo namenjeno državljanom, ki niso le njegov naslovnik, temveč tudi njegov nosilec. [...] Ko sodnik odloča o sankciji, deluje kot državljan in pri določanju ustrezne kazni znotraj postavljenih zakonskih meja odseva družbene vrednote. V nasprotju z bolj tehnokratskim ali avtoritarnim kazenskopravnim sistemom se sodnik [v nemškem sistemu] opira na vrednote, ki jih oblikujeta njegova družbena in strokovna osebnost. V skladu s takim razumevanjem vloge nemškega sodnika je [za njegovo delo] potreben širok kaznovalni razpon, znotraj katerega lahko svobodno izbira pravično in primerno sankcijo v skladu z svojim prepričanjem.<sup>50</sup> (Streng 2007, s. 154, prevod M. M. P.)

[...]

Obenem koncept »državljskega« kazenskega prava sodišče zavezuje, da sprejema vrednote in potrebe splošne javnosti [zaradi česar je potreben] kompromis: na eni strani je sodnik zavezan vrednotam splošne javnosti, ko on, tudi sam državljan, izbira sankcijo za posameznega obsojenca znotraj specifičnih okvirjev njegove krivde. Na drugi strani se izogiba nerazumno strogim sankcijam [...] tako, da sankcijo prilagodi dovoljenemu minimumu, torej najnižji kazni znotraj okvirjev, ki jih postavlja obsojenčeva krivda.<sup>51</sup> (Streng 2007, s. 163, prevod M. M. P.)

Pri poudarjanju razmeroma široke diskrecije, prepuščene kontinentalnemu sodniku pri odločanju o sankcijah pa se zdi pomembno opozoriti vsaj še na dve

---

<sup>50</sup> »In evaluating the role of the judge in sentencing one must take into account that German criminal law is in a specific sense democratic in principle. What I mean here is that German criminal law is a law for citizens. These citizens are not only addressees of the criminal law but also its carriers. And this is not to be understood in a purely formal democratic sense. Rather, the judge himself acts as a citizen when determining the punishment, who reflects society's values when assessing the appropriate punishment, whilst keeping within the statutory boundaries. In contrast to a technocratic or an authoritarian criminal law system the judge in our law system relies on values which are coined by his social and professional personality. Under this perception of his role the German judge thus demands for a wide sentencing range, from which he is free to choose a just and fair sanction in accordance to his persuasion. Mandatory sentencing guidelines would contradict this self-conception of the judges. The restrictive and problematic use of the only mandatory life sentence for murder under sec. 211 of the Criminal Code and for genocide under sec. 6 of the International Criminal Law Code also points to the necessity to open up a leeway for the judges in determining the punishment.«

<sup>51</sup> »Yet the notion of a Bürgerstrafrecht, a criminal law for citizens, necessitates the judiciary to embrace the values and needs of the general public. In order to harmonize the different approaches and their requirements a compromise seems necessary: on the one hand the judge is bound by the values of the general public as he, being a citizen, himself draws the sentence for the individual offender out of the specific framework of guilt. On the other hand he avoids unreasonably harsh punishments and those detrimental to the biography of the offender, by aligning the sentence to the available minimum, i.e. the lowest level of the individual framework of guilt.«

Na načelni ravni podobno kot Streng v zadnjem delu citata razmišlja tudi Tonry, ki pravi: »Drugi element kaznovalnega sistema, ki je hkrati splošno in raso pravičen, je, da usmerja sodnike k izrekanju najmanj omejujočih ali strogih možnih sankcij.« (Tonry 1995, s. 191).

pomembni okoliščini. Na eni strani je pomembno, da široko polje prostega odločanja v zvezi s kaznovanjem, ki ga sodiščem prepušča zakonodajalec, ožijo sodišča sama, kar bom skušala podrobneje prikazati v spodnjem razdelku, ki govori o sodni praksi. Razmeroma trdna sodna praksa v tem smislu vsaj na videz nekoliko relativizira trditve o širokem polju sodniške diskrecije. A ob tem je treba poudariti, da takšno omejevanje diskrecije v kontinentalnih sistemih ne izhaja iz zakonodajne ali izvršilne veje oblasti, temveč si omejitve v tem smislu postavljajo sodišča sama, seveda z namenom spoštovanja temeljnih načel enakosti in pravne varnosti.

S tem smo pa že pri drugi, nekoliko presenetljivi ugotovitvi, ki jo je mogoče izpeljati iz zgornjih analiz. Proti vsem pričakovanjem, ki izhajajo iz preučevanja teoretičnih in praktičnih razlik med *common law* in kontinentalnimi pravnimi ureditvami, je mogoče oceniti, da je pri odločanju o sankcijah vloga sodne veje oblasti in sodnikov samih bistveno večja na kontinentu kot v anglo-ameriških ureditvah. Pri tem jim namreč zakonodajalec postavlja le razmeroma široke okvire, znotraj katerih naj se odločajo, proste roke pa jim toliko bolj pušča tudi izvršna veja oblasti (katere del so npr. v anglo-ameriških ureditvah razne komisije za oblikovanje smernic), ki se z vprašanji kaznovanja na sistemski ravni sploh ne ukvarja.

Nasprotno je v *common law* ureditvah, kjer je samostojnost in velika moč sodišč tradicionalno bolj prisotna, v zadnjih desetletjih na področju kaznovanja polje proste presoje vedno ožje, tako da niso redke niti javne polemike strokovne ali poljudne narave, v katerih sodniki tožijo nad sankcijami, ki jih morajo izrehati, četudi se z njimi globoko ne strinjajo. Njihovi pomisleki in protesti so navadno usmerjeni predvsem v izjemno stroge kazni, ki jih morajo v skladu s smernicami izrehati v nekaterih primerih kaznivih dejanj povezanih z drogo ali kaznivih dejanj spolne narave (Auch Schultz 2012; Bennett 2012; Tucker 2012; Kane 2009; Leipold 2005; Stith in Cabranes 1998; Weinstein 1993).<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Ob tem je zanimiva vzporednica, ki jo povleče Provinova (1998) med sedanjimi pritožbami sodnikov zaradi njihove nemoči in povsem enakimi pritožbami sodnikov v času veljavnosti suženjske zakonodaje v ZDA – avtorica za obe obdobji ocenjuje, da bi sodniki lahko kljub določenim

Izredno poveden je v tem smislu citat sodnika Gleesona v aktualnem primeru *United States v. Ysidrio Diaz*:<sup>53</sup>

Diazu bo v nekaj tednih izrečena kazen in ko bo prišlo do tega, bom temeljito premislil in upošteval vse dejavnike, ki jih predvideva [zakon], razen enega – dolžine zaporne kazni, ki jo priporočajo zvezne smernice za kaznovanje]. Čeprav ne bom ignoriral kaznovalnega okvira za Diazovo kaznivo dejanje, ta okvir ne bo imel nobene teže pri mojem odločanju, saj se v samem temelju globoko ne strinjam s kaznovalno politiko, ki je posledica teh smernic. Da bi bil pošten do oblasti, tukaj pišem zato, da pojasnim svoje prepričanje, da so smernice za kazniva dejanja v zvezi s heroinom, kokainom in crackom (kazniva dejanja v zvezi s trgovino z drogami) globoko in strukturno zmotne. Rezultat so kaznovalni okviri, ki so pretirano strogi v številnih [primerih], vključno s tem.<sup>54</sup> (*United States v. Ysidrio Diaz*, Memorandum, 28.1. 2013, s. 2., prevod M. M. P.)

#### 2.2.2.2.4 sodna praksa in sodniško samoomejevanje

Na pomen sodne prakse pri odločanju o sankcijah lahko gledamo z dveh zornih kotov. Na eni strani je lahko sodniško samoomejevanje (s pomočjo sodne prakse) eden izmed načinov omejevanja sodniške diskrecije, ki je bil značilen predvsem za angleško ureditev (pa tudi druge *common law* ureditve) pred uvedbo smernic (Ashworth 2009a). Na drugi strani pa je sodna praksa in takšen način samoomejevanja dopolnilni vir omejitev pri odločanju o sankcijah v praktično vseh do sedaj opisanih načinih soočanja s temi vprašanji.

---

omejitvam storili bistveno več za izboljšanje nastalega položaja. Podobno razmišlja tudi ameriška sodnica in profesorica z Univerze Yale Nancy Gertner (2007).

Izjemo od take izjemne omejenosti pri odločanju pa tudi sicer predstavlja polje t.i. nedoločenih kazni, o katerem nekoliko več v nadaljevanju, in pri katerih je diskrecijsko polje sodišč tudi v *common law* sistemih ostalo razmeroma široko.

<sup>53</sup> Memorandum sodnika Johna Gleesona z naslovom »Memorandum explaining a policy disagreement with the drug trafficking offense guideline« z dne 28. 1. 2013, je dostopen na spletni strani: <http://sentencing.typepad.com/files/united-states-v.-ysidro-diaz.pdf> (dostopano 30. 1. 2013).

<sup>54</sup> »Diaz will be sentenced in a few weeks, and when that happens I will carefully consider all the factors set forth in 18 U.S.C. § 3553(a) except one – the length of imprisonment recommended by the United States Sentencing Commission’s Guidelines Manual. Though I will not ignore Diaz’s Guidelines range, I will place almost no weight on it because of my fundamental policy disagreement with the offense guideline that produces it. In fairness to the government, I write here to explain my belief that the offense guideline for heroin, cocaine, and crack offenses (“drug trafficking offenses”) is deeply and structurally flawed.3 As a result, it produces ranges that are excessively severe across a broad range of cases, including this one.«

Naj se najprej dotaknemo prve možnosti – za angleško ureditev je dolgo časa veljalo, da kaznovanje sodi v izključno pristojnost sodišč in se zato z omejevanjem oz. urejanjem tega področja niti zakonodajna niti izvršilna oblast nista ukvarjali. Ob neobstoju zakonske ureditve ali pomožnih smernic je bilo angleško najvišje pritožbeno sodišče, *Court of Appeal*, od šestdesetih let prejšnjega stoletja dalje ključni dejavnik pri usmerjanju in omejevanju diskrecijskega prostora pri odločanju o sankcijah. V začetku je to nalogo opravljalo sporadično in v posameznih odločitvah nizalo načelne usmeritve za svoje kolege na nižjih stopnjah. V osemdesetih letih je ta vloga postala pomembnejša, odločitve sodišča in njegove usmeritve pa bolj sistematične in obširne. Prav te odločitve, ki jih je v sistem vpeljal *Court of Appeal*, so postale prva oblika opisnih smernic na otoku in temelj za današnje smernice, ki jih sprejema *Sentencing Council* (Ashworth 2010, 2009a; Thomas 1974).

Ashworth (2009) med prednostmi takega sistema poudarja visoko stopnjo sprejemanja takšnih usmeritev, saj prihajajo od »znotraj« in jih zato sodišča štejejo za sebi lastna.<sup>55</sup> Poleg tega so takšna mnenja v skladu s *common law* doktrino o precedensih načeloma obvezujoča, a puščajo sodniku v konkretnem primeru, da presodi, ali okoliščine novega primera res ustrezajo okoliščinam že odločenega primera (prim. Štajnpihler 2011), s čimer puščajo dovolj prostora za individualizacijo sankcij. Med slabostmi takšnega sistema urejanja pa je ključno, da ne omogoča systemskega ukvarjanja z vprašanji kaznovanja. Odločitve pritožbenega sodišča glede vprašanj kaznovanja so nastajale naključno, ob robu pomembnih primerov, s katerimi se je sodišče soočalo. Zato je bilo onemogočeno kakršno koli sistematično urejanje materije in številna zelo pogosta kazniva dejanja (npr. vlomne tatvine) so ostala povsem brez usmeritev (Ashworth 2009a; Tata 2002).

Veliko bolj razširjena kot možnost, da je sodna praksa tista, ki izključno oblikuje sistem kaznovanja v posamezni ureditvi, je v današnjem času druga omenjena vloga, ki jo v različnih sistemih po svetu igra sodna praksa – ta nastopa kot

---

<sup>55</sup> Manj ugodne so ocene glede dejanskega upoštevanja takšnih usmeritev s strani nižjih sodišč v različnih *common law* ureditvah. Kljub zmerno pozitivnim ocenam nekaterih (Tonry 2001), ostajajo drugi do kakršnega koli pomembnega vpliva zelo skeptični (Tata 2002; glej tudi Ashworth 2001).

dopolnilo siceršnji sistemski rešitvi vprašanj glede odločanja o sankcijah in jo je mogoče najti v vseh doslej opisanih ureditvah.

V primeru obveznih ali prostovoljnih tabelarnih smernic je prav sodna praksa tista, ki natančneje določa možnost odklonov od zastavljenih okvirjev in jih bolj ali manj strogo zamejuje (Ashworth 2009a; Spohn 2002). Pri opisnih smernicah in še posebej v angleškem okolju je vpliv sodne prakse še vedno izjemnega pomena, kar je jasno razvidno tudi iz prej opisanega primera odklona od smernic v primeru izgrediv leta 2011 (Roberts 2012c). V *common law* okolju ima sodna praksa pomembno vlogo tudi zaradi sicer splošno veljavnega sistema precedensov, saj odločitve višjih sodišč v osnovi zavezujejo nadaljnje odločanje v podobnih primerih, zato takšno stanje ni presenetljivo.

Drugačna je vloga sodne prakse na kontinentu, kjer odločitve višjih sodišč nimajo tako zavezujoče narave (Štajnpihler 2011; Šorli 2004), zato je pomen sodne prakse nekoliko drugačen, a še zdaleč ne zanemarljiv. Za nemški sistem tako Weigend (2001), sklicujoč se na več empiričnih raziskav, opisuje trend zelo poostrenega nadzora nad kaznovalno prakso nižjih sodišč, kjer so pod drobnogledom ne le izrečene sankcije, temveč tudi razmišljanje sodišča, kot se zrcali iz obrazložitev.<sup>56</sup>

Za slovenski sistem bi kaj podobnega težko argumentirano trdili, saj ustrezne kvalitativne analize sodne prakse v tem smislu (še) niso bile opravljene. Iz Sodne statistike za leto 2011 in podobno tudi za pretekla leta (Ministrstvo za pravosodje 2012, 2011a, 2010) je mogoče sklepati, da višja sodišča v veliki večini primerov pritožbam ne ugodijo, za pritožnika se namreč uspešno zaključi le okrog 25 odstotkov vseh odločenih zadev (glej Tabela 2).

Ta podatek sam na sebi ne pove dosti o specifičnih razlogih za ugoditev in ali so ti v neposredni zvezi z dosojeno sankcijo. Nekoliko ga pojasnijo dopolnilni podatki o tem, koliko sodb, s katerimi je bilo pritožbi ugodeno, je bilo na drugi stopnji spremenjenih neposredno zaradi neprimerno določene kazni ali vzgojnega ukrepa, a tudi to ne daje popolne slike o sankcijah. Posamezni primer je namreč lahko na

---

<sup>56</sup> »[...] appellate courts still pay lip service to sentencing discretion but in fact submit to strict scrutiny the lower courts' reasoning as well as the sentence itself [...]« (Weigend 2001, s. 206)

prvi stopnji pomanjkljivo rešen iz več razlogov in se torej težave s sankcijami lahko »skrivajo« tudi med razveljavljenimi sodbami in sodbami, spremenjenimi zaradi kršitve kazenskega zakona (glej Tabela 3).

*Tabela 2 – Rešene zadeve na višjih sodiščih v letu 2011 (vir: Ministrstvo za pravosodje, 2012)*

	Število	Delež v %
Pritožba zavržena	44	1,01
Pritožba zavrnjena	3.087	70,64
Pritožbi ugodeno	1.058	24,21
Rešeno na drug način	181	4,14
Skupaj rešenih zadev	4.370	100,00

*Tabela 3 – Zadeve, v katerih je bilo pritožbi ugodeno, na višjih sodiščih v letu 2011 (vir: Ministrstvo za pravosodje, 2012)*

	Število	Delež v % (od vseh pritožb)	Delež v % (od ugodenih pritožb)	Delež v % (od spremenjenih kazni)
Razveljavljena	477	10,92	45,09	
Spremenjena zaradi kršitve kazenskega zakona	136	3,11	12,85	
Sprememba kazni oz. vzgojnega ukrepa	445	10,18	42,06	
- zvišana	104			23,37
- znižana	84			18,88
- iz drugih razlogov	257			57,75
Skupaj ugodenih pritožb	1.058	24,21	100,00	100,00

Pri odločanju Vrhovnega sodišča je slika seveda drugačna, primerov pa znatno manj. Pri odločanju Vrhovnega sodišča pri rednih pravnih sredstvih je bilo od

trinajstih rešenih zadev v letu 2011 pritožbi ugodeno v petih primerih, nobeden izmed njih pa se neposredno ne nanaša na spremembo kazni (Ministrstvo za pravosodje 2012). Pri izrednih pravnih sredstvih, med katerimi je še zadnjič za celotno obdobje zajeta tudi izredna omilitev kazni,<sup>57</sup> je bilo s kazenskega področja rešenih 386 zadev, od tega je bilo pritožbi ugodeno v 165, kar predstavlja 42,75 odstotka. Ogromno večino teh primerov predstavljajo zahteve za varstvo zakonitosti, pri čemer je brez podrobne analize spet nemogoče oceniti, kolikšen del je (tudi) v povezavi s sankcijami. Kljub bistveno manjšemu številu odločitev v zvezi z odločanjem o sankcijah na najvišji ravni, kar je seveda pričakovan rezultat hierarhično strukturiranega sodnega sistema, posamične odločitve Vrhovnega sodišča pomenijo pomembne mejnike za odločanje o sankcijah v naši ureditvi – tako npr. že omenjena sodba I Ips 130/2009, z 8. maja 2009, v kateri je Vrhovno sodišče natančneje opredelilo namen kaznovanja v našem pravnem redu.<sup>58</sup>

Kljub omejenim informacijam v zvezi s pomenom sodne prakse pri nas pa lahko že na podlagi omenjenih omejenih podatkov pridemo do nekaterih pomembnih zaključkov. Če se osredotočimo na delovanje višjih sodišč, ki v večjem številu in bolj neposredno vpliva na prvostopenjska sodišča, se izkaže kot pomemben že enostaven podatek o številu odločitev v zvezi s spreminjanjem sankcij. Samo neposredna sprememba kazni ali vzgojnega ukrepa namreč tvori kar 42-odstotni delež vseh sodb, s katerimi je pritožbi ugodeno, kar vsekakor kaže na razmeroma veliko aktivnost višjih sodišč pri vprašanih odločanja o sankcijah. Ali se to približuje nemškemu poostrenemu nadzoru, je nemogoče ugotoviti brez kvalitativne analize večjega števila takšnih zadev, vsekakor pa je mogoče sklepati, da se višja sodišča z vprašanjem kaznovanja resno ukvarjajo.

Na podlagi podatkov za leto 2011 bi bilo mogoče sklepati, da višja sodišča v tem smislu do neke mere zaostrejejo kaznovalni sistem (104 primeri zvišanih kazni v razmerju do 84 primerov znižanih kazni), a podatki za prejšnje leto obrnejo sliko (65 zvišanih kazni in 91 znižanih pri skupnem številu 454 sodb spremenjenih

---

<sup>57</sup> Več o črtanju možnosti izredne omilitve kazni iz slovenske ureditve v letu 2012 glej v razdelku o postopku odločanja o sankcijah.

<sup>58</sup> Glej razdelek o namenu kaznovanja.



zaradi kazni ali vzgojnega ukrepa (Ministrstvo za pravosodje 2011a)), tako da takšne enoznačne trditve ni mogoče zagovarjati.

Še manj je mogoče iz dostopnih podatkov sklepati o tem, v kolikšnem deležu prvostopenjska sodišča v kasnejših postopkih sledijo odločitvam višjih sodišč.<sup>59</sup> Obstajajo sicer posamične neformalne informacije o tem, da so sodniki precej pozorni na sodno prakso zaradi povsem praktičnega razloga ohranjanja pozitivnih ocen dela s čim manjšim številom spremenjenih sodb, govori se tudi o poenostavitvah dela z uporabo »cenikov« (Petrovec 1998a), vendar preverljivih informacij o tem ni. Da pa vloga sodne prakse pri kaznovanju le ni postranska, kažejo izjave posameznih sodnikov, ki razmeroma odkrito poudarjajo pomen sodne prakse (vsaj) v smislu iskanja »sodrišča« pri odločanju o sankcijah:

Priznam, da meni določitev višine kazni predstavlja precejšen problem [...]. Tako se še zgodi, da kdaj povprašam: "Poslušaj, koliko se kaj daje za ....?", ker tako hitreje dobim podatek o običajnih okvirih, kot da bi ga sam neposredno ugotavljal.

Razlog takšnemu, če se ga napak razume, preveč branjevskemu vprašanju, je dejstvo, da seveda obstaja dokaj širok razpon kazni za posamezno kaznivo dejanje, se pa te izrekajo tako pogosto, da se je na nek način ustalila "povprečna višina kazni". To abstraktno količino nato ugotavljam ali preverim tudi v bazah podatkov sodne prakse in navadno se pokaže, da podatek, ki mi ga navrže izkušenejši kolega/kolegica, kar drži. Primerjava sodne prakse tudi dostikrat pokaže razloge za takšno višino in seveda okoliščine, ki so vplivale nanjo, kar dodatno prispeva k natančnejši določitvi osnove. (Jančar 2009a)

V tem smislu torej lahko ocenimo, da je sodna praksa tudi v naši ureditvi pomemben vir omejevanja sodniške diskrecije, hkrati pa je mogoče oceniti, da tudi pri nas sodišča takšen način usmerjanja dojemajo bolj kot pomoč in ne kot omejevanje.<sup>60</sup>

S teoretičnega vidika je omejevanje preko sodne prakse manj zavezujoč način uokvirjanja kaznovalnih možnosti, saj sodna praksa (vsaj v kontinentalnih sistemih) ne predstavlja nujno in vselej zavezujočega pravnega vira, od katerega ni mogoče odstopiti, četudi v praksi pogosto deluje na podoben način (Štajnpihler

---

<sup>59</sup> Za podobno razpravo v angleškem kontekstu glej Tata 2002; Ashworth 2001; Tonry 2001.

<sup>60</sup> Podobno je za angleški sistem ugotavljal npr. Ashworth (2010).

2011; Šorli 2004). Kot absolutno pozitivno je v tem smislu seveda mogoče oceniti zanašanje na sodno prakso, saj ta zagotavlja spoštovanje načela enakosti v kaznovanju.

Seveda pa je prav zaradi kompleksnosti vprašanj odločanja o sankcijah in številnih vidikov, na katere je treba biti ob tem pozoren, temeljnega pomena vprašanje, kateri so tisti dejavniki, na podlagi katerih sodniki iščejo sorodne primere. To so lahko na najbolj osnovni ravni samo inkriminacije, na bolj subtilnih ravneh pa gre za upoštevanje sorazmernosti, olajševalnih in obteževalnih okoliščin ter drugih dejavnikov, ki imajo pomembno vlogo pri odločanju o sankciji. Ključno je torej, ali se sodnik, ki določa kazen za kaznivo dejanje velike tatvine, zanaša samo na predhodno kaznovanje v podobnih primerih ali pri tem išče tudi nianse v kaznovanju velike tatvine ob obteževalni okoliščini povratništva oziroma olajševalni okoliščini starševstva in vzdrževanja mladoletnih otrok.

S takšnimi vprašanji se že dlje časa spopadajo tudi *common law* ureditve, za katere ima, kot rečeno, sodna praksa še posebej poudarjen pomen. Kot eden od možnih odgovorov se v nekaterih sistemih (Kanada, Nova Zelandija, Avstralija, Škotska) zato že nekaj desetletjih pojavljajo nekatere sodobne rešitve v zvezi z dostopnostjo in enostavnostjo preverjanja sodne prakse. Te so nastopile z razvojem informacijske tehnologije, najprej v obliki enostavnih baz že razsojenih primerov, nato vse bolj filtriranih zbirk podatkov z naprednimi iskalniki (Nissan 2012; Schild 2010; Hall *et al.* 2005; Miller 2005; Tata 2002, 1998; Tata, Wilson in Hutton 1996; Hutton 1995).

Ključna razlika v primerjavi s smernicami, ki so sicer bolj razširjene v *common law* sistemih, je v tem, da take baze podatkov ne nudijo numeričnih rešitev, temveč le podatke o tem, kako so bile kazni dosojene v podobnih primerih v preteklosti (Franko Aas 2005). Dejansko se tak način na videz ne razlikuje veliko od sistema, ki smo ga vajeni – tudi brez računalniške podpore se namreč sodniki pri odmerjanju kazni precej ozirajo na pretekle podobne primere, bodisi lastne bodisi

svojih kolegov – le da imajo ob uporabi takih baz možnost svoj »občutek« ali spomin empirično preveriti.<sup>61</sup>

V resnici pa lahko, kot tudi na drugih področjih, vpeljava sodobnih tehnologij bistveno spremeni podobo kaznovanja, če postane edino merilo, na katerega se sodišča zanašajo ali celo morajo zanašati. Kot pronicljivo opozarja Franko Aasova, lahko pretirano zanašanje na baze podatkov in informacijsko tehnologijo privede do sistema, v katerem usoda obdolženega postane samo še rezultat mehanične operacije (in obdolženi »kriminalec brez duše« (Franko Aas 2005, s. 107)). Z vidika iskanja ravnotežja med temeljnima načeloma enakosti in individualizacije kazenske sankcije je tako v veliki nevarnosti predvsem slednja.

Nevarnost, ki jo nosijo takšne tehnološko podprte baze podatkov, nekateri vidijo tudi v eni izmed osnovnih dihotomij v pravnem odločanju, torej vprašanju, ali je (katerakoli) sodnikova odločitev sad razumske analize ali intuitivnega spoznanja (Lovegrove 1989; pri nas glej Furlan 2002). Zagovorniki slednjega ali kombinacije obeh v informatizaciji odločanja o sankcijah vidijo nevarnost izgube »pravnega občutka«, ki je prav pri kaznovanju ključnega pomena (Tata, Wilson in Hutton 1996; Lovegrove 1989).<sup>62</sup>

Seveda bi bilo nerazumno ali celo nekoliko ludistično omejevati ali prepovedovati uporabo sodobnih tehnologij, ki lahko delo sodnikov tudi v našem kontekstu precej olajšajo. Pomembno pa se zdi vsaj opozarjati na nevarnosti in vztrajno poudarjati »človeški« element v kaznovanju, ki edini lahko pripelje do zadovoljivih rezultatov.

---

<sup>61</sup> Kot opozarja Tonry (2001), pa je razlika med smernicami in drugimi vrstami pripomočkov manjša kot se zdi. Tako prve kot drugi načeloma izhajajo iz ustaljene prakse – smernice pa naredijo korak dlje od računalniško podprtih zbirk primerov in podatke iz teh primerov še sintetizirajo v končni (numerični) predlog odločitve.

<sup>62</sup> Kot pravi angleški sodnik Cooke (1987, s. 59): »Konec koncev mora diskrecija pri odločanju o sankcijah ostati v človeških rokah. Računalnika nikakor ni mogoče programirati tako, da bo »začutil« primer ali vtis, ki ga na sodnika naredi obdolženec.« (angl. original: »At the end of the day, the exercise of discretion in sentencing must remain in human hands. You cannot program a computer to register the 'feel' of a case, or the impact that a defendant makes upon the sentencer.«)

#### 2.2.2.2.5 nedoločene kazni

Pojem nedoločenih kazni (*indeterminate sentences*) zajema različne oblike sankcij, navadno zaporne kazni, pri katerih sodišče ob izreku odločitve ne da natančnega podatka o tem, kako dolgo bo kazen trajala, temveč obsojenemu naloži kazen, katere trajanje je nedoločeno in odvisno od dejavnikov, ki se bodo šele pojavili v prihodnosti.

V najširšem možnem pomenu bi sem lahko šteli tudi kazen dosmrtnega zapora, saj je njeno trajanje prav tako vnaprej neznan in je odvisno od »zunanjih« dejavnikov, a navadno temu ni tako (Jacobson in Hough 2010). V evropskih ureditvah že sicer praviloma velja, da tudi obsodba na kazen dosmrtnega zapora ne pomeni, da bo obsojeni res zaprt do svoje smrti, temveč da bo v zaporu prebil določeno daljše obdobje, nato pa bo (v različnih ureditvah različno hitro) nastopil pogojni odpust (Griffin in O'Donnell 2012; Plesničar 2012a). Od evropskih držav samo ureditvi Anglije in Walesa ter Nizozemske dopuščata možnost dosmrtnega zapora brez možnosti predčasnega izpusta (Van Zyl Smit 2010). Z vprašanjem se je že večkrat ukvarjalo tudi Evropsko sodišče za človekove pravice, ki takšno možnost dopušča le za najbolj izjemne primere, sicer pa zahteva redno in vsebinsko preverjanje možnosti za izpust takšnih obsojencev.<sup>63</sup> V ameriških ureditvah, kjer je bolj značilna kazen dosmrtnega zapora brez možnosti pogojnega odpusta (*life sentence without the possibility of parole*), pa je obdobje, ki ga bo moral obsojeni prebiti v zaporu, v resnici neznan.

Kljub temu je v strokovni literaturi o nedoločenih kaznih najbolj prisoten sistem nedoločenih kazni v različnih sedanjih in preteklih ameriških ureditvah, ki se ga zoperstavlja sodobnim različicam omejevanja sodniške diskrecije (Reitz 2012; Ball 2009; Tonry 1999, 1997; Frankel 1973, 1972). Zanje je značilno, da se jih povezuje z (večinoma tam povsem opuščeno) rehabilitacijsko ideologijo, v skladu s katero je za samo trajanje obsojenčeve kazni manj pomembno kaznivo dejanje samo in stopnja njegove krivde, bolj pa napredovanje obsojenčeve rehabilitacije in resocializacije, ki se ga ocenjuje sproti in ki predstavlja podlago za končno

---

<sup>63</sup> Glej npr. primere *Vinter in drugi v. UK*, z dne 17. januar 2012, *Kafkaris v. Cyprus*, z dne 12. februar 2008, *Stafford v. UK*, z dne 28. maj 2002.

odločitev o njegovem izpustu (oz. pogojnem odpustu) iz zapora (Ball 2009; Tonry 1999). Kljub temu, da sta tako ameriška stroka kot politika že nekaj desetletij nazaj obupali nad rehabilitacijo kot osnovnim vodilom kaznovanja, in kljub temu, da se vse bolj išče načine, kako sodniško diskrecijo in kaznovanje samo čim bolj strukturirati in poenotiti, ostaja neodločen sistem kaznovanja razmeroma pogost način urejanja vprašanj odločanja o sankcijah in ga še vedno pozna približno polovica ameriških zveznih držav. Takšno stanje je razmeroma nepričakovano, saj za nedoločene kazni ob padcu rehabilitacijske ideologije ni več nikakršne teoretične podlage, a posamezni avtorji opozarjajo na razmeroma enostaven razlog »inercije«, da torej ureditve ostajajo takšne, kot so bile doslej (Tonry 1999), drugi pa iščejo načine, kako takšno odločanje s pomočjo kombinacije sodobnih teorij o kaznovanju (retributivna in komunikacijska teorija) utemeljiti tudi v sodobnem okolju (O'Hear 2011).

Čeprav je na videz diskrecija sodnika v primeru nedoločenih sankcij izjemno velika, praktično neomejena, saj ga ne zavezujejo nikakršni formalni okviri za kaznovanje, pa nekateri avtorji opozarjajo, da tako kaznovanje diskrecijo sodiščem pravzaprav povsem jemlje, saj na končno dolžino trajanja sankcije pravzaprav nimajo vpliva, temveč se moč skoraj povsem seli v roke penitenciarne institucije in probacijske službe, ki po neki minimalni prestani kazni odloča o »pogojnem« odpustu in posledičnem prenehanju sankcije.

V tem smislu je izrazito problematičen (sodni) nadzor nad delom probacijskih služb, ki sodijo pod pristojnost izvršilne in ne sodne veje oblasti (Ashworth 2009b; Ball 2009), temeljno načelo, ki ga takšne kazni skoraj povsem zanemarijo, pa je sorazmernost sankcije s kaznivim dejanjem.

Kljub precejšnjim pomislekom stroke so nedoločene kazni pred nekaj leti povsem na novo uvedli v Veliki Britaniji, kjer so jim nadelo ime *Imprisonment for Public Protection* (IPP). Gre za ukrep, ki ga je uvedla Blairova vlada leta 2003 kot odgovor na odmeven umor mlade deklice Sarah Payne, in je stopil v veljavo z letom 2005. Zanj velja ocena, da gre za »enega najslabše načrtovanih in implementiranih

zakonodajnih ukrepov v zgodovini britanskega urejanja odločanja o sankcijah«<sup>64</sup> (Rose 2012; Jacobson in Hough 2010).

Osnovni namen IPP-ja je bil omogočiti daljše zaprtje obsojencev, ki niso storili najtežjih kaznivih dejanj, zaradi katerih bi bilo moč izreči kazen dosmrtnega zapora, a so po nekaterih kriterijih sodili med nevarne storilce, za katere naj bi si družba želela daljše obdobje nadzora.<sup>65</sup> V tem primeru so bili obsojeni na določeno dolžino zapora, po preteku tega časa pa niso bili izpuščeni, temveč je o njihovem izpustu odločala probacijska služba na podlagi ocene o njihovi nevarnosti za družbo. Zaradi ogromnega števila zapornikov, ki so bili obsojeni na takšno kazen v razmeroma kratkem času (po nekaterih ocenah jih je bilo do leta 2010 že preko šest tisoč, kar je predstavljalo skoraj desetino vseh zaprtih v tem obdobju (Jacobson in Hough 2010)), so že leta 2008 sledile zakonodajne spremembe, ki so IPP-je nekoliko omejile, leta 2012 pod spremenjeno vlado pa so bile tovrstne kazni ukinjene (Strickland in Beard 2012).<sup>66</sup>

Težave s številom obsojenim pa so bile le (najbolj učinkovit) del kritik, ki so letele na IPP-je, temeljni problem z načelnega stališča je v samem ocenjevanju nevarnosti, ki jo predstavlja storilec za družbo, četudi uradno stališče ni bilo takšno (Rose 2012). V angleškem primeru je bila izjemno problematična tudi dostopnost do programov v zaporih, s sodelovanjem v katerih naj bi obsojenci dokazovali svojo rehabilitiranost. Proti takšnemu stanju se je izreklo tudi Evropsko sodišče za človekove pravice, ki je prav zaradi zadnjega navedenega razloga v primeru *James, Wells and Lee v. UK*, z dne 18. september 2012 (nekaj mesecev po njihovi odpravi), odločilo, da IPP krši Evropsko konvencijo o človekovih pravicah in kaznovalo Združeno kraljestvo.

---

<sup>64</sup> "The sentence of Imprisonment for Public Protection must count as one of the least carefully planned and implemented pieces of legislation in the history of British sentencing." (Jacobson in Hough 2010, s. vii).

<sup>65</sup> Razlago za poudarjanje zaščite družbe v sodobnih oblikah kaznovanja išče npr. Ramsay (2011), ki na primeru IPP-jev razloži, da takšno razmišljanje sicer lahko umestimo med nekatere neoliberalne teorije, a je v svojem temelju skregano z osnovnimi liberalnimi načeli.

<sup>66</sup> Tudi nov zakon, ki je ukinil IPP-je, a uvedel sicer neobvezno pravilo »two strikes and you're out«, ni brez napak in kritik (Rose 2012; Strickland in Beard 2012). Druga velika težava je v tem, da kljub odpravi ukrepa za naprej v angleških zaporih ostaja veliko število zapornikov, ki so bili obsojeni v skladu s starimi predpisi in za katere odprava IPP-jev ne velja retroaktivno.

Do neke mere je nedoločenim kaznim podoben sistem, uveljavljen v nekaterih ureditvah kontinentalne Evrope, ki dopušča, da obsojenca, ki mu je naložena določena kazen zapora, sodišče po preteku te kazni za (ne)določen zadrži, če obstajajo posebne okoliščine, ki kažejo na njegovo izrazito nevarnost (gre za t.i. preventivno pridržanje, angl. *preventive detention*).<sup>67</sup> V tem primeru ne gre za sankcijo, zato tudi ne moremo govoriti o odločanju o sankcijah. Kljub temu gre za vsebinsko povsem soroden institut, končni rezultat njegove uporabe pa je povsem identičen izreku nedoločene kazni zapora.<sup>68</sup>

V strokovnih tekstih je v evropskem kontekstu najbolj obdelano vprašanje preventivnega pridržanja v nemški ureditvi, ki je v zadnjih desetletjih doživelo kar nekaj sprememb. Vprašanje ureja večkrat spreminjani 66. člen *StGb*, ki govori o »*Sicherungsverwahrung*«, ukrep pa je bil najpogosteje uporabljen pri soočanju s spolnimi prestopniki (Merkel 2010; Kelly 2008). Ukrep je bil namenjen zavarovanju družbe pred nevarnimi storilci, ki so že bili predhodno kaznovani in za katere je sodišče menilo, da tudi po prestani dosojeni kazni zapora še vedno predstavljajo veliko nevarnost za družbo. Številne zakonodajne spremembe so sicer star (a nikakor ne nesporen) nemški institut spreminjale v skladu s sodobnimi »potrebami«, hkrati pa dodobra razburkale kazenskopravno nemško (in evropsko) javnost. Preventivno pridržanje je namreč nemški zakonodajalec najprej podaljšal s prejšnjega maksimuma desetih let na neomejeno dobo, nato pa še uveljavil retroaktivno veljavo te spremembe, vse to v skladu s koncepcijo, da ne gre za sankcijo kazenskopravne narave, kjer takšna retroaktivnost seveda ni dovoljena (Michaelsen 2012; Merkel 2010).

---

<sup>67</sup> Pojem *preventive detention* se sicer v strokovnih tekstih pojavlja v različnih pomenskih oblikah, bodisi v takšni, kot je opisana zgoraj, pogosto pa tudi v kontekstu pridržanja osumljencev terorističnih kaznivih dejanj (Cassel 2008).

<sup>68</sup> Strogo formalno gledano ne gre za sankcijo, temveč za dodaten ukrep varnostne oz. preventivne narave, a takšna interpretacija je bolj kot ne sprenevedanje in je bila doslej deležna že veliko utemeljene kritike (Husak 2011; Roberts 2011; Baker 2009; Kelly 2008; Robinson 2001; nasprotno gledanje R. J. Allen in Laudan 2011).

V zadnjem času je bil odmeven primer izreka takšnega ukrepa v sojenju proti norveškemu množičnemu morilcu Andersu Breiviku, za katerega je sodišče ob izrečenih najvišji možni zaporni kazni 21 let izreklo tudi dodatni ukrep »preventivnega pridržanja« po izteku te dobe (oz. minimalne kazni, ki jo mora v skladu z norveško zakonodajo prestati v zaporu, ki znaša 10 let).

Nova ureditev je zadnjih letih doživela več presoj s strani Evropskega sodišča za človekove pravice, ki je obsodilo predvsem njegove retroaktivne vidike in dalo jasno vedeti, da je treba ukrep preventivnega pridržanja interpretirati kot sankcijo (primera *M. v. Germany*, z dne 17. december 2009, in *S. v. Germany*, z dne 28. junij 2012), ter tudi nemškega Zveznega ustavnega sodišča, (skupna sodba za primere 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 z dne 4. maja 2011),<sup>69</sup> ki je presodilo, da je ureditev protiustavna in zakonodajalcu naložilo oblikovanje zakonodaje, ki bo bolj rehabilitativno usmerjena. V vmesnem času je sicer uveljavilo ureditev, ki je veljala desetletja pred zadnjimi spremembami, torej z omejitvijo trajanja na največ 10 let.

Opisane rešitve, bodisi tiste, ki izhajajo iz *common law* tradicije ali iz kontinentalnih pravnih okvirov, so navadno razumljene kot kaznovalne možnosti, ki sodišču prepuščajo daleč največ diskrecije pri odločanju o sankcijah in mu tako od vseh možnosti dajejo največjo moč. Po le malo natančnejši analizi pa se kmalu izkaže, da je moč sodišč v primeru nedoločenih kazni pravzaprav razmeroma omejena. Sodišča imajo sicer res možnost takšno sankcijo v prvi fazi izreči, a njeno dejansko trajanje je navadno odvisno od organov zunaj pristojnosti sodišča, bodisi probacijskih služb ali upravnih organov, zadolženih za izvrševanje kazenskih sankcij (Ball 2009). S tega vidika bi bilo mogoče opisane ukrepe umestiti tudi v drugi del tega poglavja, ki se ukvarja z bolj posrednimi vplivi na izrekanje sankcij, predvsem pa odsek o pogojnem odpustu.

---

<sup>69</sup> Sodba v nemškem jeziku dostopna na spletni strani nemškega zveznega ustavnega sodišča: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504\\_2bvr236509.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html) (dostopano 25. 1. 2013), angleški povzetek na: <http://www.bverfg.de/en/press/bvg11-031en.html> (dostopano 25. 1. 2013)



## 2.2.3 okoliščine

### 2.2.3.1 uvodno

Olajševalnim in obteževalnim okoliščinam se znotraj razprav o odločanju o sankcijah namenja razmeroma malo pozornosti (von Hirsch 2011; Ashworth 2010). Šele pred kratkim je po dveh desetletjih na primer izšla nova posebej temu vprašanju namenjena znanstvena monografija, seveda znova omejena na anglo-ameriško področje (Roberts 2011b; Walker 1999). V tej luči se zdi raziskava ljubljanskega Inštituta za kriminologijo iz leta 1968 (Bavcon, Vodopivec in Uderman 1968), ki je podrobno analizirala individualizacijo kazni na slovenskih sodiščih in v njenem okviru natančno tudi vprašanje olajševalnih in obteževalnih okoliščin, naravnost pionirska, poleg tega pa njeni izsledki še danes zvenijo zelo aktualno.

Kljub tej znanstveni črni luknji, predstavljajo (dodatne) okoliščine, ki vplivajo na izbiro kazenske sankcije, enega izmed najbolj kočljivih vprašanj celotne ureditve odločanja o sankcijah. Na eni strani namreč skrbijo za rahljanje siceršnje togosti vnaprej začrtanih okvirov za kaznovanje in tako omogočajo dosledno individualizacijo sankcije oz. njeno prilagoditev dejanskim okoliščinam primera. Na drugi strani pa ravno zaradi njihove ohlapnosti predstavljajo nevarnost za načelo enakosti na abstraktni ravni in za vzpostavljene lestvice absolutne in relativne pravičnosti na konkretniji ravni (prim. Roberts 2008b), saj na bolj ali manj definiran način posegajo v začrtane okvire.

Za olajševalne in obteževalne okoliščine je značilna velika raznolikost v različnih sistemih odločanja o sankcijah. Ta ponekod sovpada z razlikami v splošnem določanju kaznovalnih okvirov, mestoma pa te razlike občutno presega. Tako se razlike pojavljajo ne le v številu in naravi dejavnikov, ki jih je mogoče upoštevati, temveč tudi v intenzivnosti, s katero lahko vplivajo na sicer ustrezno določeno sankcijo. Spor med sintetiki in analitiki, na katerega je že desetletja nazaj opozoril

Bavcon (1968), nikakor ni razrešen.<sup>70</sup> Na samo ureditev in na izbor dopustnih okoliščin vpliva že načelna zasnova sistema, ki temeljni na namenu, ki ga določen sistem s kaznovanjem želi doseči. Različnim namenom kaznovanja namreč ustrezajo različne okoliščine, medtem ko so druge znotraj danega sistema lahko povsem nesprejemljive.

V tej luči bo v nadaljevanju predstavljena kratka primerjalna analiza okoliščin, ki (lahko) vplivajo na odločanje o sankcijah, glede na namen kaznovanja, iz katerega posamične okoliščine izhajajo oz. se z njim povezujejo. Temu bo sledilo razreševanje drugih vprašanj v zvezi z njihovim upoštevanjem, od narave takšnih okoliščin, do ustreznega razmerja med okoliščinami olajševalne in obteževalne narave, njihovega združevanja glede na različne kriterije ter intenzivnosti njihovega vpliva glede na »nevtralno« sankcijo.

### **2.2.3.2 okoliščine in namen kaznovanja**

Vprašanje namena kaznovanja in njegova odločilna vloga za celoten sistem odločanja o sankcijah sta bila podrobneje obdelana v enem od predhodnih poglavij, zato te teme ne bom znova odpirala bolj, kot je to nujno. Kar je iz celotnega konteksta potrebno poudariti v navezavi z olajševalnimi in obteževalnimi okoliščinami, je nujnost koherentnosti in sistematičnosti sistema, začeni z namenom kaznovanja in ustrezno zastavljenimi kaznovalnimi okviri, ki se mora nadaljevati tudi pri urejanju vprašanj okoliščin, ki lahko kazen potisnejo zunaj takšnih okvirov.

Prav dopustnost različnih olajševalnih in obteževalnih okoliščin lahko namreč pomembno vpliva na trdnost kaznovalne strukture, vzpostavljene z namenom kaznovanja, zato je ob njihovem uvajanju v sistem potrebna velika mera skrbnosti. To velja tako za odločitve, kateri dejavniki so dopustni, kot tudi, do kakšne meje je

---

<sup>70</sup> Analitična metoda še danes pomeni stališče, da »mora sodišče, potem, ko je odločilo o krivdi, pazljivo analizirati vsako okoliščino [...], jo posebej ovrednotiti in [določiti], kakšna je njena relativna teža. Na podlagi takšne analize naj bi sodišče pretehtalo, ali so v premoči olajševalne ali obteževalne okoliščine in v kakšni meri, in izbralo ter odmerilo kazensko sankcijo.« Na drugi strani zagovorniki sintentične metode menijo, da »mora sodišče oceniti storilca kot celoto, na podlagi splošnega vtisa.« (Bavcon et al., 1968, s. 143).

njihovo upoštevanje dovoljeno. Vnašanje dodatnih okoliščin v sistem kaznovanja je toliko bolj zahtevna naloga v ureditvah (ki v svetu prevladujejo), ki izhajajo iz številnih namenov kaznovanja z različno vzpostavljenimi hierarhijami med njimi.

Vsaka izmed kaznovanih ideologij vsebuje svojstveno logiko dopuščanja različnih olajševalnih in obteževalnih okoliščin ter izključevanja drugih. V eni izmed sodobnih različic retributivizma, teoriji zaslužene kazni (*just deserts*), kjer nosilno vlogo nosi vprašanje sorazmernosti med kaznijo in težo storjenega kaznivega dejanja (merjeno preko dveh determinant – škode, povzročene s kaznivim dejanjem, in stopnje storilčeve odgovornosti), predstavlja vsaka oblika oddaljevanja od tako ugotovljene sorazmernosti nevarnost za koherentnost sistema. Mnogi dejavniki, ki vplivajo na sankcijo, so tako zajeti že znotraj osnovne ocene sorazmernosti, še posebej tisti, ki se tičejo storilčeve odgovornosti. Tako je na primer na sistemski ravni predvidena različna intenziteta sankcije glede na obliko krivde – strožja za naklep in blažja za malomarnost (von Hirsch 2009b). Kljub takšnim sistemskim poskusom razrešitve vprašanja okoliščin, ki lahko vplivajo na sankcijo, pa seveda ostaja veliko število dejavnikov, ki jih je treba kljub grožnji sorazmernosti k odločanju pripustiti v obliki olajševalnih in obteževalnih okoliščin.

V sistemih kaznovanja, ki so zasnovani manj radikalno, na primer v Morrisovi različici omejevalnega retributivizma, pa je na drugi strani dopusten širši spekter mogočih okoliščin, ki vplivajo na končno odločitev glede sankcije. Takšno stanje je posledica manj zavezujoče zastavljenega pojma sorazmernosti, saj Morris priznava, da je koncept sorazmernosti premalo določen in lahko zato deluje zgolj omejevalno, kot polje »ne-nepravične kazni«, ki iz spektra možnih odločitev izključi skrajnosti na eni in drugi strani (Fraser 2004; Morris 1974).

V tem smislu Morris (2009) na primer predlaga, da omejevalni retributivizem združimo z onesposabljanjem (*incapacitation*), pri čemer bi kot ključni olajševalni oziroma obteževalni dejavnik upoštevali nevarnost, ki jo obsojenec predstavlja za družbo v prihodnje. V praksi pozna podobno kombiniranje na primer švedski sistem, kjer je osnovni namen kaznovanja zasnovan retributivistično (z močnim poudarkom na sorazmernosti), dopolnjujejo pa ga »pomožni« nameni, ki so

specifični glede na značilnosti konkretnega primera ali storilca: v primerih kaznivih dejanj kot posledic vožnje pod vplivom alkohola je ključna zastraševalna funkcija kazni, nasprotno, v primerih, kjer so storilci mladoletniki, prevladujejo rehabilitativne težnje (von Hirsch in Jareborg 2009).<sup>71</sup>

V čistem utilitarnem modelu, kjer je kazen služi predvsem namenjena odvrčanju od prihodnjega kriminalnega ravnanja (bodisi s strani konkretnega storilca ali drugih potencialnih storilcev), se najpomembnejši pomisleki vrtijo glede vprašanj specialne in generalne prevencije, znotraj njih pa še posebej onesposabljanja in zastraševalne vloge kazni. Pri onesposabljanju je, kot rečeno, ključno vprašanje nevarnosti povratništva (*risk assessment*), znotraj tega pa posamezne okoliščine v zvezi s storilcem, kot na primer starost, zaposlitveni status, družinske okoliščine ter drugi dejavniki, ki prispevajo k višji ali manjši nevarnosti vnovične kriminalitete. Ko v debato vstopi širše vprašanje prevencije, še posebej njen zastraševalni vidik, pa pridobijo teže še dodatni dejavniki, na primer pozornost, ki je bo konkretni primer deležen v javnosti, zgled, ki ga želi sodišče postaviti s posamičnim primerom in podobno. Kljub temu, da so takšni dejavniki tudi v praksi razmeroma pogosto uporabljeni pri odločanju (Ashworth 2010), je nujno znova opozoriti na resne pomanjkljivosti zastraševalnega modela kaznovanja. Ta je pomanjkljiv tako s povsem pragmatičnega stališča, saj pričakovanega učinka ne potrjuje praktično nobena empirična študija (Ashworth 2010; Von Hirsch, Burney in Wikström 1999), kot tudi iz številnih načelnih razlogov (glej npr. Ashworth 2010). Vse to govori v prid prizadevanjem za manjši vpliv takšnih pomislekov v sodobnem kaznovanju, ne glede na morebitne nasprotne poglede širše javnosti.

Rehabilitacijska ideologija na drugi strani prostor odločanja glede sankcije odpira najširši spekter obteževalnih in olajševalnih okoliščin, predvsem seveda glede na to, kakšne možnosti odpirajo na storilčevo rehabilitacijo (npr. njegova morebitna predkaznovanost ali celo povratništvo, starost, družbena angažiranost, kesanje in podobno). V sodobnih ureditvah se ti dejavniki pogosto povezujejo z ocenami o nevarnosti povratništva iz prejšnjega odstavka, saj za tiste, katerih rehabilitativna

---

<sup>71</sup> Podobno je pred spremembo zakonodaje leta 2003 finski sistem dovoljeval rehabilitativne in preventivne pomisleke v primerih mladoletnih storilcev, kar je bila izjema od sicer retributivno zasnovanega sistema (Lappi-Seppälä 2001).

prognoza ni rožnata, velja, da jih je potrebno onesposobiti (*incapacitate*) (Ashworth 2010).

Nadaljnji pomisleki, ki pridejo v poštev ob upoštevanju vse popularnejše ideje restorativne pravičnosti, gredo v smeri vpliva, ki sta ga kaznivo dejanje in nadaljnji postopek imela na žrtev oz. njene bližnje in skupnost kot celoto (von Hirsch, Ashworth in Roberts 2009 - 5. poglavje). Pomembnejša med njimi sta tako tudi odnos in vedenje storilca po kaznivem dejanju, ki pa sta iz številnih razlogov pri vplivanju na sankcijo lahko problematična (Kmet 2012a; Šugman Stubbs in Gorkič 2009; Walker 1999).

Orisane kaznovalne usmeritve torej odpirajo množico potencialnih olajševalnih in obteževalnih okoliščin, ki pokrivajo praktično vse dejavnike, ki so v kakršni koli navezavi s kaznivim dejanjem in njegovimi posledicami. Vse te okoliščine je potrebno za to, da (po)ostane kaznovalni sistem razumljiv in koherenten, že v fazi snovanja takega sistema skrbno pretehtati in uravnotežiti, pri čemer je treba paziti še na nekatere dodatne okoliščine, ki ne izhajajo iz katere izmed omenjenih ideologij. Takšne upoštevanja (bolj ali manj) vredne okoliščine so se razvile v praksi iz pretežno pragmatičnih ali učinkovitostnih razlogov, k čemur najbolje priča tipični primer takega dejavnika: nagrajevanje (v smislu nižanja kazni) za priznanje krivde (*discount for a guilty plea*).

V sodobnih sistemih je, kot smo ugotovili že uvodoma, prepletanje različnih motivov za kaznovanje nekaj povsem normalnega in v medsebojnem dopolnjevanju različnih kaznovalnih ideologij ni v osnovi nič inherentno spornega (Ashworth 2010). Podobno bi lahko ugotovili za olajševalne in obteževalne okoliščine, ki iz takšnih ideologij izhajajo – nič posebej problematičnega ni v tem, da se znotraj sistema meša in medsebojno dopolnjuje več takšnih dejavnikov. Kar je ob tem temeljno, pa je, da so vse okoliščine, ki jih sistem dopušča, vanj ustrezno umeščene in utemeljene, ne samo na splošno, temveč s »tehtno in natančno« (J. V. Roberts 2008b) argumentacijo. Samo takšno postopanje lahko privede do jasnega in dodelanega sistema odločanja o sankcijah, ki sodiščem nudi dovolj jasno strukturo, znotraj katere naj se pri odločanju gibljejo.

### 2.2.3.3 razlike v ureditvah glede upoštevanja okoliščin

Ob izdelanem celostnem pogledu na kaznovanje in na vprašanje olajševalnih in obteževalnih okoliščin je pri konkretizaciji ureditve njihovega upoštevanja v postopku odločanja o sankcijah treba sprejeti še veliko število drugih odločitev, ki kaznovalni sistem temeljno oblikujejo.

Ključno je s tega vidika najprej vprašanje, kako široko bo zastavljena diskrecija pri vprašanju ocene teže olajševalnih in obteževalnih okoliščin. Določena stopnja takšne diskrecije je prav v zvezi s temi okoliščinami nujna, saj se vnaprejšnja določitev vseh potencialnih okoliščin zdi nepredstavljava (Jacobson in Hough 2007). Celo v najstrožjih sistemih oz. sistemih z najmanjšim poljem diskrecije, kjer veljajo obvezne smernice ali kaznovalne tabele, nekateri olajševalni in obteževalni dejavniki sodniku dovoljujejo, da prekorači strogo zastavljene okvire in na ta način izreče pravičnejšo sankcijo (Ashworth 2009a). Na širino takšne diskrecije pa različni subjekti v postopku praviloma gledajo zelo različno – sodniki v takšnih ureditvah so običajno zelo sumničavi glede (pretiranih) usmeritev na tem področju, saj praviloma menijo, da odločanje o sankcijah deluje na podlagi »trdne prakse« (Ashworth 2010, s. 156; Jacobson in Hough 2011, 2007). Kljub temu večina sodobnih ureditev postavlja vsaj nekatere omejitve sodniške diskrecije glede vprašanja olajševalnih in obteževalnih okoliščin.

V sistemih, ki odločanje o sankcijah urejajo na zakonodajni ravni so takšne okoliščine praviloma vsaj na splošno opredeljene v (vodilnem) zakonu. Švedski in finski kazenski zakonik tako naštevata dejavnike, ki lahko vplivajo na »kaznovalno vrednost«<sup>72</sup> kaznivega dejanja ter dodatne olajševalne okoliščine, ki lahko vplivajo na odločitev o sankciji (Roberts 2008b).

Nemški, italijanski in tudi naš kazenski zakonik podobno vsebujejo seznam okoliščin, ki jih lahko sodišče pri odločanju o sankciji upošteva, a pri tem ne

---

<sup>72</sup> »Kaznovalna vrednost« (*penal value*) je koncept, ki je bil najprej vzpostavljen v švedskem sistemu, in ki sodniku služi kot merilo za določitev ustrezne kazni. Kaznovalno vrednost sodnik določi predvsem z upoštevanjem stopnje storilčeve krivde na eni strani ter posledic kaznivega dejanja na drugi, pri tem pa lahko upošteva še nekatere druge dejavnike. Smiselno je koncept podoben slovenski »sorazmernosti«. Podrobneje glej von Hirsch in Jareborg 2009.

določajo, da te delujejo olajševalno ali obteževalno, temveč takšno odločitev prepuščajo diskreciji sodnika v posameznem primeru.

Tako npr. 2. odstavek 49. člena KZ-1 pravi:

Pri tem upošteva sodišče vse okoliščine, ki vplivajo na to, ali naj bo kazen manjša ali večja (olajševalne in obteževalne okoliščine), zlasti pa: stopnjo storilčeve krivde, nagibe, iz katerih je dejanje storil, stopnjo ogrožanja ali kršitve zavarovane pravne vrednote, okoliščine, v katerih je bilo dejanje storjeno, prejšnje življenje storilca, njegove osebne in premoženjske razmere, njegovo obnašanje po storjenem dejanju, zlasti, ali je poravnal škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem, in druge okoliščine, ki se nanašajo na storilčevo osebnost ter pričakovani učinek kazni na prihodnje življenje storilca v družbenem okolju.

Podobno navaja 2. odstavek 49. člena nemškega *StGB*:

Pri njenem določanju [kazni], more sodišče primerjati okoliščine, ki grejo v korist obdolženega z okoliščinami, ki grejo v njegovo škodo. Pri tem mora še posebej upoštevati naslednje:

- namen in cilj storilca,
- njegovo voljo kot se zrcali v dejanju in stopnjo njegove krivde,
- obseg kršitve dolžnostnega ravnanja,
- način izvršitve kaznivega dejanja in njegove posledice,
- storilčeve predhodne obsodbe, njegove osebne in finančne okoliščine, ter
- njegovo vedenje po izvršitvi kaznivega dejanja, še posebej morebitne poskuse povrnitve škode ter trud za mediacijo z oškodovancem.<sup>73</sup>

Primerljivo tudi 2. odstavek 133. člena in 1. odstavek 133.b člena italijanskega *Codice Penale*:

Sodnik mora poleg tega upoštevati tudi sposobnost storilca za izvrševanje kaznivih dejanj, ki izhaja iz:

1. nagiba storilca ter njegove osebnosti,

---

<sup>73</sup> Prevod iz angleške različice *StGB*, dostopne na <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm> (dostopano 12. 11. 2012):

»In its determination the court shall counterbalance the circumstances which speak for and against the perpetrator. In doing so consideration shall be given in particular to: the motives and aims of the perpetrator; the state of mind reflected in the act and the wilfulness involved in its commission; the extent of breach of any duties; the manner of execution and the culpable consequences of the act; the perpetrator's prior history, his personal and financial circumstances; as well as his conduct after the act, particularly his efforts to make restitution for the harm caused as well as the perpetrator's efforts to achieve mediation with the aggrieved party.«

2. preteklih kaznivih dejanj in, na splošno, vedenja in življenja storilca pred izvršitvijo konkretnega kaznivega dejanja,
3. vedenja storilca po izvršenem kaznivem dejanju in v času sojenja,
4. osebnih, družinskih ter socialnih okoliščin storilca.

[...]

Pri izračunu denarne kazni mora sodnik poleg navedenega upoštevati tudi ekonomske razmere storilca.<sup>74</sup>

Ob tem je za italijanski sistem značilno, da za posamezna kazniva dejanja še posebej predpisuje obsežen seznam (samo) obteževalnih okoliščin, ki denimo v primeru kaznivih dejanj tatvine ali ropa izrek »nevtralne« kazni praktično onemogočajo in zakonsko predviden kaznovalni razpon nujno občutno zvišajo (Manna in Infante 2000).

V teh sistemih je poleg omenjenega »odprtega seznama« značilno razmeroma pogosto preverjanje odločitev na instančnih sodiščih, kar najprej terjaja, da je prvostopenjska odločitev ustrezno obrazložena, da je sposobna naknadne presoje, ter slednjič omogoča, da za enotnost odločitev v smiselno podobnih primerih poleg prvostopenjskih skrbijo tudi instančna sodišča (Weigend 2001).

Za opisane ureditve je značilno tudi, da so opisi kaznivih dejanj v zakonodaji razmeroma natančno razčlenjeni, zaradi česar so mnogokrat okoliščine, ki bi sicer sodile v okvir olajševalnih ali obteževalnih dejavnikov, zajete že v inkriminacijah samih kot njihov sestavni del ali kvalifikatorni element.

V sistemih, kjer so za omejevanje sodnikove diskrecije uveljavljene (opisne) kaznovalne smernice, zakonodaja navadno ne vsebuje natančne ali sistematične

---

<sup>74</sup> Prevod italijanskega Codice Penale, dostopnega v izvirnem jeziku na <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653> (dostopano 12. 11. 2012):

»Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.«

[...]

»Nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda il giudice deve tener conto, oltre che dei criteri indicati dall'articolo precedente, anche delle condizioni economiche del reo.«



razdelave olajševalnih in obteževalnih okoliščin, s čimer je do neke mere okrepljena sodniška diskrecija na tem področju. V angleški ureditve tako npr. *Criminal Justice Act* iz leta 2003 našteva samo pet okoliščin, pri čemer pušča sodnike brez natančnejših usmeritev glede relativne teže posameznega dejavnika, vpliva, ki ga lahko tak dejavnik ima na sankcijo, ter njihove primerljivosti z okoliščinami, ki so se kot upoštevanja vredne razvile v sodniškem pravu (*case-law*) (Roberts 2008b).<sup>75</sup>

#### **2.2.3.4      razmisleki pri snovanju sistema upoštevanja okoliščin**

Ob vsakem snovanju ali spreminjanju sistema olajševalnih in obteževalnih okoliščin je nujen tehten razmislek glede njihove vloge v sistemu izrekanja sankcij ter vpliva, ki ga želimo takim okoliščinam pripisati. Poleg tega je nujen sistematični pristop, ki edini lahko zagotovi, da se sicer koherentno zastavljen sistem kaznovanja ne poruši.

Prva naloga zakonodajalca v takšnem primeru je vsekakor izbor tistih okoliščin, ki se zdijo dovolj tehtne, da se zdi njihova vključitev v odločitev o kaznovanju še smiselna (Roberts 2008b). Pri tem se je potrebno v začetni fazi odločiti, ali naj bo seznam okoliščin odprt (in tako omogoči njihovo dodajanje glede na konkretne primere) ali zaprt (in tako sodišču ponudi *numerus clausus* morebitnih dejavnikov, ki jih lahko/mora upoštevati). V literaturi obstajajo argumenti za eno ali drugo rešitev, pri čemer so na strani zaprtega seznama pričakovano večja enotnost in trdnost sistema, za odprti seznam pa govori predvsem možnost individualizacije oz. prilagajanja sankcije v konkretnem primeru nepredvidljivim življenjskim okoliščinam. Rešitev je odvisna tudi od števila okoliščin, ki jih sistem dopušča – večje kot je njihovo število in bolj kot so razdelane, bolj je smiseln odprt seznam, in obratno – če je spisek okoliščin kratek in bolj splošen, bolj ustreza zaprt seznam (Roberts 2011b, 2008b; Ashworth 2010; Bavcon, Vodopivec in Uderman 1968).

---

<sup>75</sup> »Judges are left with no indication regarding the relative weigh of the factors, their potential to move a case over the custody threshold, their ambit of application or whether they are more important than other sentencing factors emerging from the case law.« (Roberts 2008b, s. 267)

Pri izboru okoliščin, ki naj jih zajame odločanje o sankcijah velja znova poudariti predhodno podrobneje razčlenjeno temeljno povezavo med takšnimi okoliščinami in nameni kaznovanja, ki predstavljajo osnovo za odločanje v danem sistemu. Na ta način bi bilo mogoče izboljšati posamične odločitve, saj bi sodišča lahko izhajala iz jasnejše slike glede tega, kaj je v danem primeru pomembneje glede na cilj, ki ga skušajo doseči z izbrano sankcijo (Roberts 2011b, 2008b; Ashworth 2010). Ob tem bi bil smiseln tudi vnovični razmislek glede dopuščanja nekaterih dejavnikov, ki sicer znotraj sistema vplivajo na zvišanje ali znižanje kazni, pa bilo morebiti dosledneje, da jim takega učinka ne bi dopustili. Dober primer za to je npr. finska ureditev, kjer (drugod razmeroma razširjeno, čeravno v stroki izjemno sporno) višanje kazni samo zaradi generalne prevencije oz. zastraševalne vloge v nekem trenutku ni bilo več sprejemljivo (Lappi-Seppälä 2001).

Naslednje vprašanje, na katerega je potrebno odgovoriti pri zastavljanju ustreznega sistema upoštevanja olajševalnih in obteževalnih okoliščin, je prav njihovo ločevanje na ti dve skupini dejavnikov. Nekateri sistemi, med katere sodi tudi slovenski, takšnega ločevanja ne poznajo in okoliščinam posamičnega primera prepuščajo oceno, ali bo denimo dejstvo, da je storilec nezaposlen oče dveh otrok štel kot olajševalno ali obteževalno. Na drugi strani veliko število ureditev že vnaprej loči med dejavniki, ki lahko v posamičnem primeru delujejo olajševalno in tako znižajo sicer primerno kazen, ter dejavniki, ki delujejo obteževalno in tako določeno kazen ustrezno zvišajo. Težava v takšnih ureditvah je navadno v vzpostavitvi ustreznega ravnotežja med enimi in drugimi okoliščinami. V nekaterih primerih je to rešeno na ustrezen način in sta seznama razmeroma enakovredna (Roberts 2008b), angleški sistem pa ima na primer na tem področju precej težav.

Ene od splošnejših smernic v angleški ureditvi, ki se dotikajo določanja resnosti kaznivega dejanja<sup>76</sup> (Sentencing Guidelines Council 2004a), tako naštevajo 35 okoliščin, od katerih jih je 31 obteževalnih, le štiri pa lahko delujejo olajševalno. Takšno nesorazmerje je lahko sicer naključno in nehoteno, kljub temu pa vsaj implicitno kaže na siceršnje težave angleškega sistema.<sup>77</sup> Na eni strani daje vtis

---

<sup>76</sup> Overarching Principles: Seriousness.

<sup>77</sup> Pri tem seveda angleški sistem ni osamljen. Podobno nesorazmerje je mogoče najti tudi v italijanski in še nekaterih drugih ureditvah (Manna in Infante 2000).

lažne preprostosti odločanja v zvezi z olajševalnimi okoliščinami (Roberts 2008b), še bolj problematičen pa je ustvarjeni vtis, da obstoji več razlogov za postrožitev »nevtralne« sankcije kot za njeno omilitev, s čimer spodbuja sodnike k izrekanju strožjih kazni. Naravno je, da bo pri odločanju več pozornosti posvečene tistim dejavnikom, ki so vnaprej podrobneje razdelani in utemeljeni. Seveda bi si bilo teoretično mogoče zamisliti zelo blago zastavljen kaznovalni sistem, kjer bi bilo glede na izjemno nizko postavljeno izhodišče takšno (neproporcionalno) strožanje kazni lahko upravičeno. Nikakor pa ni mogoče takšne teoretične ureditve uzreti v obstoječih sistemih, toliko manj v angleškem, ki med evropskimi sosedi velja za enega bolj kaznovalno naravnanih (Loader 2009; Lacey 2007; Cavadino in Dignan 2006). Nasprotno, v sodobnih kaznovalnih sistemih, ki so, upoštevaje najosnovnejši kriterij strogosti – število zaprtih oseb – vse strožji, bi bila nasprotna rešitev bistveno bolj razumljiva. Prav preko širše uporabe olajševalnih okoliščin bi namreč lahko obstoječi sistem do neke mere omilili, še posebej, če bi bil seznam olajševalnih okoliščin bistveno daljši od seznama obteževalnih in bi torej ureditev kot taka izhajala iz predpostavke, da je potrebno »normalne« kazni zniževati. Podobno poudarjanje olajševalnih okoliščin (tudi) na račun obteževalnih poznajo nekatere skandinavske ureditve, kjer so tudi podatki o kaznovalni naravnosti sistema bistveno drugačni (von Hirsch in Jareborg 2009; Roberts 2008b; Cavadino in Dignan 2006).

Druga možna razdelitev okoliščin, ki jih je mogoče pri odločanju o sankciji upoštevati, temelji na izvoru takih okoliščin oz. kazenskopravnem elementu, na katerega vpliva. Švedski, finski in angleški sistem tako na primer vzpostavljajo ločnico med dejavniki, ki vplivajo na stopnjo storilčeve krivde, povzročeno škodo (*harm*) oz. posledice kaznivega dejanja ter na tretjo skupino t.i. »drugih dejavnikov«. Pri tem je ključno vprašanje, koliko prostora bo namenjenega slednji kategoriji, ki najbolj grozi vnaprej vzpostavljeni lestvici relativne sorazmernosti (Roberts 2008a). Ta skupina okoliščin je seveda tudi najbolj raznolika, saj združuje dejavnike kot so siceršnje življenje storilca, odbitke zaradi priznanja krivde, obsežnejšo kriminalno preteklost storilca in podobno.<sup>78</sup> Prav zaradi takšne

---

<sup>78</sup> Glede kriminalne preteklosti storilca obstaja več teorij, nekateri menijo, da ta bolj sodi med dejavnike, ki vplivajo na storilčevo krivdo (Roberts 2009b).

heterogenosti se pojavljajo tudi predlogi o nadaljnjih delitvah dejavnikov iz tretje skupine na podkategorije (Jacobson in Hough 2007).

Ko so okoliščine, ki jih želimo vključiti na polje odločanja o sankciji, izbrane in ustrezno razdeljene, je naslednji potreben korak pri izgradnji sistematične ureditve določitev njihovega pomena za izbiro sankcije oz. jakost njihovega vpliva glede na »nevtralno« kazen. Takšne okvire je smiselno zastaviti za posamezne kategorije okoliščin in znotraj njih (Roberts 2008b), pri čemer nikakor ne smejo biti preveč določni oz. pretirano natančni, saj bi takšna ureditev verjetno preveč omejujoče delovala na načelo individualizacije. V tem smislu je mogoče potegniti vzporednico z določanjem sorazmerne kazni – na eni strani bi bilo smiselno predvideti relativno lestvico, ki bi okoliščine razvrstila glede na jakost njihovega vpliva na »nevtralno« kazen, na drugi strani pa določiti sidrišče, torej jakost vpliva opisati z absolutno vrednostjo. Pri tem gre pomemben pomislek tudi v smeri, ali naj določene okoliščine v enaki meri vplivajo na »nevtralno« sankcijo ne glede na resnost kaznivega dejanja ali je smiselno razlikovanje njihovega morebitnega vpliva tudi glede tega vprašanja.

Pri določanju vpliva izbrane okoliščine na »nevtralno« sankcijo je predvsem v primerih denarne ali zaporne kazni ključna odločitev, ali bo jakost takšnega vpliva izražena v absolutnih številkah (npr. 3 mesece pri zaporni kazni) ali v nekem odstotku te kazni (npr. 20 odstotkov odmerjene kazni). Obe rešitvi nosita svoje pomanjkljivosti: v primeru odstotkovno določenega vpliva je tako vprašljiva rešitev, ki identično in statično okoliščino, npr. dejstvo, da je obsojenka mati majhnega otroka, povsem drugače vrednoti glede na storjeno kaznivo dejanje. Ta okoliščina se namreč nič ne spremeni v primeru, da je mati obsojena zaradi kaznivega dejanja tatvine niti v primeru, ko je obsojena zaradi kaznivega dejanja umora, zato je njeno različno upoštevanje v obeh primerih lahko do neke mere sporno (prim. Ashworth 2010). Druga možnost, torej uporaba absolutnih vrednosti, je še bolj težavna. V primeru tatvine, kjer so zagrožene kazni razmeroma nizke, bi tako »popust« enega leta zaradi okoliščine materinstva lahko pomeni izjemno velik del dosojene kazni, v primeru umora pa nesorazmerno majhnega. Mogoča je tudi tretja rešitev, ki jo slovenski sistem uporabi v primerih dodatne omilitve kazni, ko kombinira tako proporcionalno rešitev kot absolutne dovoljene

dobe: za posamezne skupine kaznivih dejanj je glede na zagroženo kazen določena drugačna absolutna vrednost, ki je lahko zaradi izjemnih okoliščin izredno »omiljena«.79

Tudi zaradi teh težav, predvsem pa zaradi razmeroma majhne pozornosti, ki jo teorija namenja vprašanju olajševalnih in obteževalnih okoliščin, se večina sodobnih ureditev odloča za najenostavnejšo rešitev: jakosti vpliva takšnih okoliščin sploh ne določa oz. ga običajno določa le zelo ohlapno s splošnimi minimumi in maksimumi za posamezna kazniva dejanja, kot to počne slovenska ureditev. Angleška ureditev, ki si v zadnjih letih prizadeva za večjo določnost kaznovalnega sistema, pa se je denimo obrnila v smer proporcionalno določenega vpliva okoliščin (glej npr. Sentencing Guidelines Council 2004b), a tudi ta rešitev ni zadovoljiva v vseh primerih (Ashworth 2010).

Prav zato avtorji glede teh vprašanj iščejo drugačne možnosti, ena izmed privlačnejših se zdi ideja o »načelu enakega učinkovanja« (*principle of equal impact*), ki je sicer zastavljena širše in vpliva na celoten koncept kaznovanja. Srž te rešitve je v vplivu, ki ga ima izbrana sankcija na obsojenega, prav ta vpliv pa naj bi bil merilo, v skladu s katerim presojava spoštovanje načela enakosti v kaznovanju. Načelo enakosti torej ni dosledno upoštevano, ko je storilcema za enako kaznivo dejanje dosojena enaka kazen, temveč takrat, ko je moč za enak oceniti vpliv kazni na njuno življenje upošteva številne okoliščine kot npr. starost, bolezen, starševstvo in podobno (Ashworth in Player 1998; glej tudi Harel in Winter 2012). Takšna logika kaznovanja se zdi na prvi pogled pravičnejša, a tako kompleksna, da dlje od teoretičnih zapisov še ni prišla. Kljub temu je prav vprašanje olajševalnih in obteževalnih okoliščin tisto, h kateremu bi lahko največ doprinesla.

Ob vseh temeljnih pomislekih glede upoštevanja različnih okoliščin, njihovega absolutnega ali relativnega vpliva, vprašanje odločanja o okoliščinah dodatno zapleta še dejstvo, da nikoli (ali samo izjemoma) ne nastopajo v ednini. Življenjski primeri so bogati in se ne dogajajo v izoliranih segmentih, zato je povsem običajno, da je v posameznem pravnem primeru sodišče soočeno z množico olajševalnih in

---

<sup>79</sup> Glej 50. in 51. člen KZ-1.

obteževalnih okoliščin hkrati. S takšno kompleksno sliko posameznih primerov se različne ureditve soočajo na različne načine.

Najbolj skrajno pot je pri tem ubral ameriški sistem zveznih smernic, kjer sodnik vsako posamezno dejanje ovrednoti z ustrežajočim številom »točk«, ki ga iz tabele razbere za osnovno različico kaznivega dejanja. Tako določenemu številu točk dodaja ali odvzema točke, upošteva prisotnost in jakost vnaprej določenih olajševalnih in obteževalnih okoliščin. Končno število točk nato pretvori v kaznovalni okvir v skladu s smernicami za kaznovanje (Ashworth 2010).<sup>80</sup> Takšen sistem tudi angleški avtorji, sicer nagnjeni k bolj omejujočim pravilom pri odločanju o sankcijah označujejo kot »pretirano mehanski« (*unduly mechanistic*) (Ashworth 2010, s. 190), kar toliko bolj velja, ko rešitev ocenjuje kontinentalni bralec.

Kljub temu ni mogoče reči, da je nasprotna rešitev, v kateri zakonodaja sodišču vnaprej ne daje nikakršnih namigov glede tega, kako vrednotiti številne in celo nasprotujoče si okoliščine, boljša. Res je, da je glede nekaterih okoliščin v praksi dosežena visoka stopnja soglasja, tako glede njihovega upoštevanja, kot tudi glede njihovega vrednotenja, a napisano vsekakor ne velja za vse okoliščine, zato je nevarnost arbitrarnosti ob odsotnosti vsaj splošnih navodil toliko večja (Jacobson in Hough 2007; Bavcon, Vodopivec in Uderman 1968).

### **2.2.3.5 nekatera postopkovna vprašanja glede okoliščin**

Postopkovnim vprašanjem v zvezi z odločanjem o sankcijah bom več prostora namenila v nadaljevanju, a vsaj dve izmed njih, ki sta bolj vezani na olajševalne in obteževalne okoliščine se zdita primerni že na tej točki.

Prvo odpira dilemo med več ali manj diskrecije pri odločanju o olajševalnih in obteževalnih okoliščinah, pri čemer je morebitno rešitev te dileme ponuja

---

<sup>80</sup> »[T]he court starts with a 'base level' of points for the category of offence, and then adds and subtracts in order to reflect the presence and strength of various aggravating and mitigating factors. The total number of points is then converted into a range of guideline sentences.« (Ashworth 2010, s. 190)

obrazložitev odločitve kot eden izmed temeljnih institutov procesnega prava. Zahteva po temeljitejši obrazložitvi se namreč ponuja kot eden izmed načinov omejevanja neprimerne diskrecije, ki dopušča arbitrarno odločanje, hkrati pa tovrstna obrazložitev zagotavlja »pozitivno« diskrecijo, ki omogoča ustrezno individualizacijo sankcije.

Zahteva po jasnejši obrazložitvi olajševalnih in obteževalnih okoliščin, ki jih je sodišče upoštevalo pri izbiri in določitvi sankcije, skupaj z njihovim relativnim vplivom na izrečeno sankcijo, bi sodišče vsaj v teoriji že pri tehtanju teh okoliščin prisilila v manj arbitraren način odločanja, s čimer bi sčasoma lahko takšno odločanje bolj strukturirali kljub formalni nedorečenosti vprašanja (Ashworth 2010). Nemška ureditev takšno razmeroma podrobno obrazložitev zahteva v 267. členu kazenskega procesnega zakona (*Strafprozeßordnung*),<sup>81</sup> nadgrajuje pa jo z razmeroma obširno kontrolo višjih sodišč, ki znajo prvostopenjske odločitve korigirati tudi zaradi pomanjkljive obrazložitve (Weigend, 2001; glej tudi Albrecht, 2012; Hörnle, 2012). Podobno smer razvoja v *common law* okolju kot pozitivno ocenjuje tudi O'Hear (2009), ki meni, da je mogoče prav z doslednim zahtevanjem tehtnih in podrobnih obrazložitev izboljšati kvaliteto odločitev o sankcijah ter zmanjšati vpliv predsodkov in miselnih napak. Z bolj neposrednim obrazloženim odgovorom na obsojenčeve pomisleke v zvezi z njegovim kaznovanjem bi bilo mogoče po O'Hearovem mnenju tudi izboljšati vtis pravičnosti kaznovalnega sistema.

Slovenski ZKP v zvezi z obrazložitvijo olajševalnih in obteževalnih okoliščin ne daje posebnih navodil, dodatno obrazložitev zahteva le v primerih, ko sodišče predpisano kazen omili ali odpusti. Kot sicer velja za celotno ureditev obrazložitve pri nas, bi bilo tudi v zvezi s tem vprašanjem zakonske zahteve mogoče jasneje in podrobneje zastaviti.<sup>82</sup>

Drug postopkovni problem, ki ga velja posebej omeniti v zvezi z olajševalnimi in obteževalnimi okoliščinami, pa se navezuje na dokazovanje takšnih okoliščin.

---

<sup>81</sup> Dostopno v angleškem jeziku na <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm> (dostopano 12. 12. 2012).

<sup>82</sup> Glej 8. odstavek 364. člena ZKP, podrobneje o problemih obrazložitve v odseku o procesnih vprašanjih odločanja o sankcijah.

Vprašanje dokazovanja okoliščin, pomembnih za odločanje o sankcijah, je podrobneje obdelano v nadaljevanju, v poglavju o postopku, zato na tem mestu le pomislek, ki se neposredno navezuje prav na olajševalne in obteževalne okoliščine.

V nekaterih ureditvah se je namreč skozi prakso uveljavila rešitev, v skladu s katero se za različne oblike okoliščin zahteva drugačen dokazni standard za njihovo dokazovanje. Angleška ureditev tako, razmeroma presenetljivo glede na siceršnjo strogost kaznovalnega sistema, dopušča, da se olajševalne okoliščine štejejo kot dokazane, kadar je dosežen dokazni standard verjetnosti. Nasprotno se za obteževalne okoliščine v tistih primerih, ko med tožilstvom in obrambo niso soglasne, zahteva, da njihov obstoj tožilstvo dokaže onkraj razumnega dvoma (*beyond reasonable doubt* – dokazni standard prepričanosti v naši ureditvi)<sup>83</sup> (Roberts 2008b). Podobne rešitve poznajo tudi druge ureditve znotraj držav *Commonwealth-a* (Reitz 2011), primerljiva je tudi ameriška ureditev. Pri odločitvah glede smrtne kazni (ki sodijo v pristojnost porote) se za obteževalne okoliščine, ki upravičijo izrek smrtne kazni, ravno tako zahteva standard prepričanosti (*beyond reasonable doubt*), za olajševalne, ki lahko izrek smrtne kazni preprečijo, pa je dokazni standard odvisen od ureditve: bodisi gre za standard večje verjetnosti oz. nad-polovičnega prepričanja (*preponderance of evidence*) ali celo nižji dokazni standard (Gurgel 2012; Palmer 1998). Od leta 2000 dalje pa vsaj na zvezni ravni tudi za vse ostale primere velja, da je potrebno ključne obteževalne okoliščine dokazati onkraj razumnega dvoma, temu pa je dodan še postopkovni pogoj, da takšne okoliščine ugotavlja porota in ne sodnik posameznik (Hoffmann 2001).

Zaradi značilne enotnosti kazenskega postopka v kontinentalnih ureditvah (o tem več v nadaljevanju – ni razlikovanja na fazo odločanja o krivdi in fazo odločanja o sankciji) je takšno razlikovanje glede dokaznih standardov v teh sistemih manj prisotno. Tudi slovenska ureditev posebnih določb glede zahtevanega dokaznega standarda ne pozna, o tem vprašanju pa molči tudi dostopna sodna praksa. Na podlagi neformalnih pogovorov s sodnim osebjem in analize posamičnih prvostopenjskih sodb je kljub temu mogoče ugotoviti, da tudi na tem področju

---

<sup>83</sup> Glej 2. odstavek 3. člena ZKP.



velja ustaljena praksa, da sodišča v teh primerih uporabijo splošno načelo iz 18. člena ZKP, ki govori o prosti presoji dokazov. Pri tem zadostuje, da obdolženi posamezne olajševalne okoliščine navaja ali da takšne okoliščine izhajajo iz generalij primera, sodišče pa samo presodi, kako verjetno je, da navajana dejstva držijo. Podobno velja tudi za obteževalne okoliščine, ki jih navaja tožilstvo, pri čemer za najpogostejše med njimi (npr. predkaznovanost) velja, da nujno potrjujejo listinski dokazni (npr. izpis iz kazenske evidence), pri tistih, pri katerih se pojavljajo dvomi (npr. navedba, da obdolženi dejanja ne obžaluje), pa sodišče izvede potrebne dokaze (npr. zaslišanje prič), da ugotovi njihovo verjetnost.

Če se zdi takšna ureditev v zvezi z olajševalnimi okoliščinami povsem ustrezna, bi morebiti veljalo glede obteževalnih okoliščin razmisliti o večji strukturiranosti dokaznega postopka. Popolna odsotnost sleherne debate o tem vprašanju sicer kaže, da obstoječa (ne)ureditev sodiščem ne povzroča težav in se z njim ne ukvarjajo. Takšno stanje je sicer vsaj deloma gotovo tudi posledica stranske vloge, ki jo v naši (in drugih) ureditvi igra odločanje o sankcijah v primerjavi z odločanjem o krivdi. Glede na sicer splošno sprejeta kazenskopravna načela *in dubio pro reo*, dokaznega bremena na strani tožilstva ter obdolženčeve pravice do molka pa bi bilo mogoče trditi, da bi moral veljati glede obteževalnih okoliščin tudi v naši ureditvi enak dokazni standard kot glede vprašanj krivde, torej standard prepričanosti. Ta je sicer v mnogih primerih že dosežen (npr. pri presojanju predkaznovanosti), a bi bilo iz načelnih razlogov najbrž primerno, da se ga določi tudi na formalni ravni.

## 2.2.4 postopek odločanja o sankcijah

### 2.2.4.1 uvodno

Postopek, po katerem pristojni organ odloča o sankcijah, je za samo odločitev velikega pomena. Kot velja tudi sicer, možnosti, ki jih sodniku nudijo procesne določbe, soustvarjajo in sodoločajo končni izid. Pomen postopka je v zvezi z odločanjem o sankcijah večplasten: na osnovnem nivoju je pomemben zato, ker preko zbiranja in opredeljevanja do dokazov bistveno vpliva na podlago za odločanje; po drugi strani pa sooblikuje pomen odločanja in končne odločitve o sankciji glede na sistem, v katerem deluje (Henham 2012a; Petrovec in Plesničar 2009; Jelenič-Novak *et al.* 2006). Iz tega razloga je razmeroma nenavadno, da se le redki izmed številnih avtorjev, ki se (predvsem v anglo-ameriškem svetu) ukvarjajo z vprašanji odločanja o sankcijah, odločajo za raziskovanje in analiziranje te tematike. To je najbrž vsaj deloma mogoče pojasniti tudi z že omenjeno anglo-ameriško zasidranostjo tematike, kjer imajo avtorji s postopkom večinoma sorodne izkušnje in se jim to ne zdi ključni razlikovalni element med sistemi. Vsekakor pa postane pomen različnih oblik postopka večji, ko v sliko vključimo zelo različne sisteme iz kontinentalnega pravnega kroga, zato bi bila podrobnejša primerjalna študija tega vprašanja na mednarodni ravni še kako dobrodošla.

Postopek v zvezi z odločitvijo o sankciji je tesno zvezan s siceršnjo naravo kazenskega postopka v dani ureditvi, zato bi pričakovali, da bo sledil osnovnim razlikovanjem, ki so se razvila glede njih. A nasprotno, razlike v postopkih glede odločanja o sankcijah ne sledijo niti klasični delitvi na adversarne in inkvizitorne postopke, niti novejšemu razlikovanju med sistemi glede na njihovo stopnjo hierarhičnosti sodne funkcije in stopnjo državnega aktivizma (Damaška 2001, 1986). Pizzi (2008) tako na primer opozarja, da klasični ameriški postopek odločanja o sankcijah, ki daje sodniku široka pooblastila, vsebuje veliko število inkvizitornih elementov, ki delujejo kot protiutež siceršnji izraziti adversarnosti

postopka.<sup>84</sup> Ob tem ima v mislih sistem, ki je bil uveljavljen pred uvedbo smernic in tabel, ki omejujejo sodnikovo diskrecijo, v katerem so bile možnosti za izrek sankcije praktično neomejene.<sup>85</sup>

S podobnim vprašanjem se ukvarja Frase (2008), ki skuša v Damaškovo shemo umestiti tudi postopke v zvezi z izrekom sankcije. Posamezne značilnosti ureditev je povsem naravno pričakovati glede na sicer prevladujočo logiko sistema. V bolj hierarhičnih kontinentalnih sistemih je tako razumljivo, da se od sodišč zahteva (obširna) obrazložitev, ki omogoča preverjanje v pritožbenih postopkih. Zaradi njihove aktivistične narave je poleg tega razumljivo, da z manj navdušenja sprejemajo dogovore (in pogajanja) med obdolženim in tožilcem glede kazni. Manj predvidljiva je velika vloga, ki jo kontinentalni sistemi dajejo žrtvam oz. oškodovancem, saj bi takšno naravnost bolj pričakovali v reaktivističnih sistemih. Poleg tega bi pričakovali tudi bolj razdelan postopek za odločitev o sankciji, z več naroki, bolj razdelanimi pravili in manj individualiziranim pristopom do kaznovanja. Podobno velja za značilnosti ameriškega sistema (in drugih *common law* sistemov): nekatere gre pričakovati glede na siceršnje značilnosti sistema, druge presenečajo. V prvi skupini so tako na primer odprto sprejemanje pogajanj med strankama, ki sledijo ideji kazenskega postopka kot reševanja spora med strankama, vse večji vpliv žrtev kaznivih dejanj (*victims' movement*) tako na splošno kot tudi v posameznih postopkih in podobno. V nasprotju z načelno manjšo stopnjo hierarhičnosti in sistemskim reaktivizmom pa delujejo na primer podrobna razdelava kaznovalnih možnosti, ki jih uokvirjajo smernice in kaznovalne tabele in ki bi bolj ustrezala aktivistični ureditvi, ločitev faz postopka, nesodelovanje javnosti v postopku odločanja o kazni, obširno zbiranje informacij o obdolžencu pred narokom za izrek sankcije in podobno.

Omenjene »neuspehe« Damaškove teorije v zvezi s postopki odločanja glede sankcij Frase pojasnjuje z določenimi sistemskimi potrebami, zaradi katerih se

---

<sup>84</sup> Na mešanje različnih elementov znotraj posameznega sistema je sicer opozoril že Damaška (1986), ki je tako orisal težavnost umeščanja posameznega sistema v modelni postopek. Nanj se sklicuje tudi Pizzi.

<sup>85</sup> V nekaterih primerih so še vedno – glej odsek o nedoločenih kaznih.

posamezne ureditve odločajo za sistemsko »neustrezne« rešitve.<sup>86</sup> A samo takšno prilagajanje ne pojasni temeljnih razlik v sistemih. Na neki ravni se zato zdi, da je postopek odločanja o sankcijah bolj determiniran z vodilnim namenom kaznovanja kot s siceršnjo zasnovo kazenskega postopka (Frase 2008).

Za nadaljnjo razpravo bo kljub drugim razlikam temeljnega pomena predvsem osnovna razlika med sistemi: na eni strani so države sistema *common law*, v katerih je kazenski postopek sestavljen iz dveh ločenih segmentov – odločanja o krivdi, ki mu sledi krivdorek, in odločanja o sankciji, ki mu sledi izrek kazni. Na drugi strani so ureditve (pretežno kontinentalnega pravnega kroga), v katerih je kazenski postopek enoten, »unitaren«, in združuje tako odločitev o krivdi kot tudi odločitev o sankciji.<sup>87</sup> Ta delitev implicira še dodatno razlikovanje – v dvofaznih ureditvah praviloma velja, da nalogo določitve sankcije nosi subjekt, ki v predhodnem postopku ni odločal o krivdoreku (porota – sodnik), medtem ko je v unitarnih sistemih ta subjekt navadno isti. Posebna pozornost bo namenjena tudi procesni zahtevi po obrazložitvi sankcije, v sklepu pa tudi splošnemu vplivu, ki ga ima postopek na širše razumevanje odločanja o sankcijah.<sup>88</sup>

#### **2.2.4.2 dvofazni postopek**

Dvofazni postopek, v katerem je krivdorek izrazito ločen od faze odločanja o sankciji je značilen za sisteme iz kroga *common law*. Postopki v različnih ureditvah so si med seboj podobni, a še zdaleč ne identični. Za vse postopke odločanja o sankcijah (*sentencing phase*) pa praviloma velja, da so bistveno manj strukturirani

---

<sup>86</sup> Tako je na primer vse več izbirnih mehanizmov v zvezi z določanjem sankcije v kontinentalnih sistemih, vključno s pogajanjem glede krivde, mogoče pojasniti z vse večjo potrebo po učinkovitosti in ekonomičnosti kazenskega postopka (Frase 2008, s. 359).

<sup>87</sup> Zelo pomemben je tudi razpon, ki strankam postopka dovoljuje večjo ali manjšo možnost sooblikovanja sankcije, s tega vidika so pomembne možnosti tožilstva za alternativno reševanje primera, predvsem tudi možnost pogajanj z obdolženim glede kazni. Ker je vprašanju pogajanj in vplivu tožilca na odločanje sodnika o sankcijah posvečen poseben del disertacije, se na tem mestu s tem ne bom posebej ukvarjala.

<sup>88</sup> Na razlike med postopki je mogoč tudi drugačen pogled – Frase (2001) npr. meni, da so si postopki v grobem podobni tako v *common law* kot tudi v kontinentalnih pravnih sistemih in da razlike med njimi ne izhajajo nujno iz drugačne pravne tradicije obeh skupin.

in nudijo manj procesnih varovalk kot siceršnji postopek, ki se zaključi s krivdorekom (King 2012; Pizzi 2008).

Ena izmed ključnih razlik s prvo fazo postopka je pogosto že v subjektu odločanja, ki je praviloma različen pri krivdoreku in pri odločanju o sankcijah. V ZDA tako velja, da se ustavno zagotovilo o pravici do sojenja pred »poroto sebi enakih« v skladu z interpretacijami ameriške doktrine ne razteza na fazo odločanja o sankcijah, ki tako ostaja v rokah sodnika posameznika (King 2012). Smiselno podobno velja za druge *common law* ureditve (Reitz 2011; Ashworth 2010).

Precejšnjo vlogo pri določanju sankcije pa v teh sistemih poleg sodnika nosijo tudi stranke postopka, predvsem tožilstvo. Pogajanja o sankcijah (*plea bargaining*), ki jim bo podrobneje posvečen naslednji del disertacije, tako predstavljajo sestavni del končne odločitve o sankciji in so v veliki večini (okrog 96%) primerov glavni način razrešitve kazenskega postopka. Poleg vpliva strank ima v nekaterih ureditvah<sup>89</sup> pomembno vlogo pri končni določitvi tudi izvršna veja oblasti, predvsem preko omogočanja pogojnega odpusta. V splošnem pa je postopek v zvezi z odločanjem o sankciji časovno ločen od postopka, ki se je zaključil s krivdorekom, njegov nosilec pa je sodnik posameznik, ki je vodil primer tudi do te točke.

#### **2.2.4.2.1 angleška ureditev**

V angleški ureditvi tako po odločitvi porote, da je obsojeni kriv, lahko sledi krajši odmor, v katerem se stranki pripravita na fazo odločanja o sankciji. Postopek je v tej fazi v primerjavi s prejšnjo bistveno manj dodelan in nudi manj procesnih garancij, obenem pa odpira razmeroma široke možnosti za zbiranje informacij. Ne glede na to ali se postopek nadaljuje po premoru ali neposredno po obsodbi, je krivdorek pred odločanjem o sankciji vedno znan.

Od tožilstva se na zaključnem naroku pred sodnikom pričakuje, da bo predstavil dejstva primera (*facts of the case*). Razmeroma ozko določeno polje se je z leti

---

<sup>89</sup> Predvsem v posameznih zveznih državah ZDA, npr. v Teksasu.

nekoliko razširilo, danes namreč notranja tožilska pravila narekujejo, da lahko pri tem (po Ashworth 2010):

- našteva obteževalne in olajševalne okoliščine, ki jih je spoznalo skozi postopek,
- opozori na morebitne izjave žrtev,
- poda dokaze o vplivu kaznivega dejanja na skupnost, v kateri je bilo storjeno,
- opozori na zakonske določbe ali smernice, ki pridejo v danem primeru v poštev.

Ob tem velja poudariti, da se od angleških tožilcev ne pričakuje, da bodo predlagali primerno kazen. Nasprotno. Njihova vloga je, čeprav večja kot pred desetletji, zgolj svetovalne narave in s svojimi izvajanji naj bi sodniku le olajšali iskanje ustrezne kazni, pri čemer je stremenje k večji (nepotrebni) strogosti ocenjeno kot zelo neprimerno.<sup>90</sup>

Obramba ima na naroku možnost podati izjavo, v kateri lahko nastopa širše od tožilstva in poleg dejstev primera obsega še ozadje in značilnosti obsojenca ter ustreznost morebitnih sankcij. Zagovori obsojenih so bili v angleškem okolju deležni razmeroma velike pozornosti, pri čemer raziskovalci ugotavljajo, da se v praksi za bolj uspešne izkažejo tisti, ki so naravnani »realistično« in ne zanikajo dokazanih dejstev, temveč obteževalne okoliščine »ublažijo« z ustreznimi olajševalnimi okoliščinami (Jacobson in Hough 2011, 2007; Shapland 1981).

Sodnik ima pri tem možnost (v nekaterih primerih celo dolžnost)<sup>91</sup> zaprositi za t.i. predkaznovalno poročilo (*pre-sentence report*), ki ga pripravijo uslužbenci probacijske službe. O teh poročilih bo več govora v nadaljevanju, zato naj tukaj zadostuje ugotovitev, da sodniki niso pretirano navdušeni nad njihovo uporabo in jih pogosto vidijo kot vmešavanje tujih subjektov v njihovo pristojnost (Tata 2010; Tata *et al.* 2008).

---

<sup>90</sup> »It remains important that greater prosecutorial involvement be encased within a clear ethical framework: prosecutors should act in the spirit of a Minister of Justice, not striving for severity but adopting a balanced view in the public interest.« (Ashworth 2010, s. 378)

<sup>91</sup> V primeru, da razmišlja o kazni v skupnosti (*community sentence*), zaporni kazni, pri odločanju o začetni točki glede na smernice, pred označitvijo obsojenega za nevarnega (*dangerous*), a tudi v teh primerih ne gre za bistveno kršitev postopka, če sodnik meni, da ima sam dovolj informacij za ustrezno odločitev (Ashworth 2010).

V primeru, da so posamezna dejstva primera sporna mora sodnik razpisati poseben narok. V ta namen je sodna praksa oblikovala »*Newton hearing*«,<sup>92</sup> v katerem sodnik za posamezna dejstva, ki so med strankama ostala sporna, sam izvede dokazni postopek in oceni njihovo vrednost. Takšen postopek navadno sledi pogajanjem med tožilstvom in obrambo, ki se zaključijo s priznanjem krivde, a ne dosežejo soglasja glede vseh dejstev, ki vplivajo na končno odločitev. Obe stranki imata bodisi možnost predlagati dokaze bodisi samo možnost podati izjavo, a v dvomu mora biti končna odločitev v skladu z načelom *in dubio pro reo* v korist obdolženca (Ashworth 2010, 1992).

#### 2.2.4.2 ameriška ureditev

V ZDA je postopkovnih ureditev veliko, saj je zakonodaja različna na zvezni ravni ter na ravni vsake posamezne zvezne države. Kljub temu je mogoče potegniti nekaj splošnih smernic, ki veljajo za večino ureditev (povzeto po King 2012):

- Faza odločanja o sankciji mora nastopiti v razumnem času po obsodbi.
- Uslužbenec probacijske službe (*probation officer*) pripravi predkaznovalno poročilo (*pre-sentence report*), v katerem zbere informacije pomembne za kaznovanje. Pri tem neformalno zasliši obsojenega, a ima ta pravico do molka, ne pa tudi pravice do pravnega zastopnika. To poročilo navadno predstavlja osnovo za sodnikovo odločitev.
- Predkaznovalno poročilo lahko obsojeni ali njegov zagovornik pred odločanjem sodnika pregledata, pri čemer pa ima sodnik možnost posamezne njegove dele zadržati.
- Obsojeni lahko posamezne zaznambe iz poročila na zaslišanju pred sodnikom ustno izpodbija, a redko tako, da lahko predlaga izvedbo dokazov.

---

<sup>92</sup> Tako imenovan po primeru *R v Newton* iz leta 1983, v katerem je angleško pritožbeno sodišče prvič predlagalo takšen postopek.

- Žrtvam kaznivega dejanja in njihovim bližnjim je omogočeno sodelovanje tako, da se v poročilo vključijo njihove izjave ali da se ustno zaslišijo pred sodnikom (*victim statement*).
- Postopki v zvezi z odločanjem o sankciji so javni.

Seveda obstajajo izjeme od tako shematiziranega postopka, predvsem v zvezi z dokazi, ki jih lahko obsojeni predlaga. Različne ureditve so vprašanje uredile različno, a v splošnem velja, da je za določene dokaze, ki imajo na končno sankcijo večji pomen, potreben poseben postopek.

Ameriške rešitve gredo v tem smislu nekoliko dlje od angleškega *Newton hearing-a*, saj ne zahtevajo le posebnega naroka za razjasnitev takih spornih dejstev, temveč tudi, da se v postopek znova vključi porota. Ameriško Vrhovno sodišče je tako uvedlo »*Apprendi pravilo*«,<sup>93</sup> v skladu s katerim mora o dejstvih, ki lahko kazni potisnejo preko (z obveznimi smernicami ali zakonom) predvidenega maksimuma, v posebnem postopku odločiti porota in ne sodnik posameznik.

### 2.2.4.3 enofazni postopek

Enofazni ali enoviti postopek, za katerega je značilno, da sta fazi odločanja o krivdoreku in odločanja o sankciji združeni, je bolj značilen za države kontinentalnega pravnega kroga (Henham 2012a; Jančar 2010; Petrovec in Plesničar 2009; Tonry in Frase 2001).<sup>94</sup>

Zanj je tipično, da postopka potekata sočasno: dokazi se izvajajo hkrati tako glede dokazovanja krivde kot glede dokazovanja okoliščin, ki so pomembne za izrek kazni. Praktično sočasno sta izrečeni tudi odločitvi glede krivde in glede kazni.

Takšno obliko enovitega postopka pozna tudi slovenski sistem, zato je nekoliko lažje opozoriti na nekatere njene probleme. Ti se pojavljajo tako z vidika

---

<sup>93</sup> Tako imenovano po primeru *Apprendi v. New Jersey* iz leta 2000, v katerem je tako izjemo oblikovalo ameriško vrhovno sodišče.

<sup>94</sup> Tradicionalna enovitost postopkov pa se vsaj do določene mere že ruši z uvajanjem skrajševanja postopkov, predvsem s tem v naši ureditvi merim na novo uveden narok za izrek kazenske sankcije, ki sledi sporazumu o krivdi med obdolženim in tožilstvom.



obdolženega, kot tudi s sodnikovega zornega kota (Petrovec in Plesničar 2009; Jelenič-Novak *et al.* 2006).

Obdolženi, ki krivde ne priznava, je v takšnem postopku postavljen v nenavaden položaj: njegov primarni cilj je ustrezno ovreči obtožbe tožilstva in se izogniti obsodilni sodbi. V ta namen mora prikazati prepričljivo »zgodbo«, ki jo podpirajo njegove izjave ter predlagani in izvedeni dokazi. Obenem pa mora obdolženi računati tudi na to, da bo pri tem morebiti neuspešen in da bo kljub zatrjevani nedolžnosti sodišče bolj prepričala »zgodba« tožilstva. Ker naknadno ne bo imel možnosti za predlaganje novih dokazov, mora že v tem postopku v svojo verzijo dogodkov vplesti vse, kar bi utegnilo sodišče v primeru obsodilne sodbe prepričati v ustreznost manj stroge kazni. To ga spravlja v nenavaden položaj, podoben celo položaju subjektov v civilnem pravu, saj najprej dokazuje primarno tezo (»nisem kriv«), v primeru, da pri tem ne bo uspešen, pa še subsidiarno tezo oz. podrejeni zahtevek (»kriv sem, a zaslužim si manj strogo kazen, saj ...«). Takšno postopanje lahko zmanjšuje njegovo kredibilnost in koherentnost zgodbe, ki jo pripoveduje ter tako nosi ravno nasprotno učinke od tistih, ki jih je obdolženi načrtoval (Petrovec in Plesničar 2009; Jelenič-Novak *et al.* 2006; Fišer 2002a).<sup>95</sup> Tudi primeri, ko se obdolženi brani npr. z molkom ali ko zagovornik to procesno zagato rešuje tako, da obdolženčev zagovor prihrani čisto za konec postopka, ne rešujejo težave (Jančar 2010). V tem kontekstu je pomenljiv zapis sodnika Jančarja (2012), ki v zvezi z novim narokom za izrek kazenske sankcije (ki pride v poštev le ob predhodnem sporazumu o krivdi) pravi:

Nenazadnje, sam sem zadovoljen tudi zaradi tega, ker obtoženci na naroku za izrek kazenske sankcije bistveno bolj neovirano opišejo okoliščine, ki so pomembne za izrek kazenske sankcije. Te so bile pogosto prikrite, saj bi obtoženec z opisovanjem teh okoliščin samega sebe posredno inkriminiral. Mogoče bo v prihodnosti potrebno razmisliti tudi o razdelitvi rednega postopka na del, ki s tiče ugotavljanja krivde obtoženega in del, ki zadeva izrek kazenske sankcije. A pustimo času čas.

---

<sup>95</sup> Eden izmed slovenskih sodnikov, predvsem z vidika vpliva, ki ga takšno postopanje lahko ima na sodnike porotnike, manj pa na profesionalne sodnike, govori kar o »imanentni neverodostojnosti« (Jančar 2010).

Ker se tožilec s podobnimi dilemami ne sooča – njegova teza je vedno tista o krivdi in temu ustrezni (čim strožji) kazni – lahko na takšen položaj gledamo kot problematičen tudi z vidika enakopravnosti med strankama.<sup>96</sup>

Podobno zagonetna je situacija, v katero takšen enovit postopek postavlja sodišče. To skozi večino postopka skrbi predvsem za ustrezno odločitev glede vprašanja ali je obdolženi kriv očitane kaznivega dejanja ali ne, torej t.i. »glavne stvari«. Temu primerno je celotno procesno postopanje sodišča, vključno z zbiranjem dokazov. Tudi ti so navadno usmerjeni predvsem v ugotavljanje krivde, medtem ko okoliščine, pomembne za odmero kazni, sodišče pogosto zbere »mimogrede«, ob izvajanju osrednjih dokazov (npr. pri zaslišanju prič, prim. Nestler 2003). Takšno stanje lahko ob koncu postopka in ob obsodilni sodbi pripelje do nelagodja pri odločanju o sankciji, saj je na voljo (pre)malo informacij in (pre)malo časa za pretehtano odločitev (Jančar 2009a; Petrovec in Plesničar 2009; Jelenič-Novak *et al.* 2006).

Seveda ima sodišče ob tem možnost dokazni postopek približno strukturirati tako, da najprej izvaja dokaze, pomembne za odločitev o krivdi, nato pa dokaze, pomembne za odločitev o sankciji, a tako umetno deljenje postopka na dva dela že sredi postopka prejudicira izid sodbe, poleg tega je od sodišča neutemeljeno pričakovati, da si bo na tak način oteževalo izvedbo postopka.

Dodatne težave, ki jih povzroča premajhna pozornost, namenjena odločitvi o sankciji skozi ves postopek, se pojavijo pri zahtevi po obrazložitvi obsodilne sodbe v delu, ki utemeljuje odločitev o sankciji. Ta ne more biti zelo poglobljena in pretehtana, če je podlaga zanjo pomanjkljiva. V slovenskih sodbah tako niso redki primeri, kjer sodišče odločitev o sankciji »tipsko« obrazloži s frazo »Sodišče je upoštevalo vse okoliščine, ki vplivajo na to, ali bo ta kazen večja ali manjša,« ki na videz zadovoljijo formalno zahtevo po obrazložitvi, z vsebinskega vidika pa ne

---

<sup>96</sup> Na podobno protislovje v zvezi s pogajanjem o krivdi opozarja Gorkič (2011, s. 18), ki pravi »Negotovost obdolženca izkorišča zato, ker bo ta zaradi nezaupanja v lastno oceno procesnega gradiva pripravljen privoliti v manj slabo od slabših možnosti. Položaj tožilca, na drugi strani, pa je v tako zastavljeni dilemi prikazan kot povsem gotov, ker izhaja dilema iz predpostavka krivde. Tako izraženo razmerje med obdolžencem in tožilcem pa je prav nasprotno tistemu, ki ga postulira domneva nedolžnosti. Tožilec naj bi bil tisti, ki je v »negotovosti«, tisti, ki mora sodišče prepričati o obdolženčevi krivdi ali pa tvegati oprostilno sodbo.«

ponudijo nobene razlage glede odločitve same (Petrovec in Plesničar 2009; Kosem 2001; Jelenc Puklavec 1999).<sup>97</sup>

#### **2.2.4.4 obrazložitev in pravna sredstva**

Med osnovne procesne zahteve sodobnih kazenskih postopkov gotovo sodi prav obrazložitev končne odločitve, vsaj v primerih obsodilnih sodb. V večini sistemov, tako kontinentalnega kot tudi *common law* kroga, se zahteva po obrazložitvi nanaša tako na krivdorek kot tudi na odločitev o sankciji. Obrazložitev sankcije je pomembna iz več razlogov tako načelne kot tudi povsem procesne narave (Ashworth 2010; Tata 2002).

Načelni razlogi so tesno povezani s samim izhodiščem kaznovanja, torej z nameni, s katerimi se kazen izreka. V tem smislu je obrazložitev sankcije namenjena tako retributivnemu kot tudi specialno preventivnemu in rehabilitacijskemu namenu kaznovanja v razmerju do obsojenega. Z ustrezno obrazložitvijo kazni lahko sodišče utrdi osnovno sporočilo (obsodilne) sodne odločitve glede nesprejemljivosti njegovega ravnanja.<sup>98</sup> Podobno sporočilo sodišče z ustrezno obrazložitvijo posreduje širši javnosti in v tem smislu na eni strani deluje generalno-preventivno, hkrati pa v skladu z Durkheimovo koncepcijo ponovno utrjuje veljavnost kršene družbene norme.

V procesnem smislu je obrazložitev gotovo ključnega pomena za morebitno nadaljevanje postopka v primeru pritožbe in vnovično odločanje o vprašanju krivde oz. primernosti izbrane sankcije (Štajnpihler 2009). V tej luči je obrazložitev pomembna tako za obsojenega in njegovega zagovornika, ki (vsaj teoretično) v njej najdeta razloge za odločitev, na katere lahko opreta svojo pritožbo. Z vidika višjega sodišča, ki ima možnost tudi samo presoditi o primernosti kazni in jo spremeniti,

---

<sup>97</sup> Problem seveda ni omejen samo na slovenske razmere. O podobnih težavah v angleškem sistemu glej npr. (Ashworth 2010; Tata 2002).

<sup>98</sup> Uspešnost takšnega sporočila je sicer dvomljive narave, saj ni jasno, na kakšen način sporočilo razume njegov naslovnik. Raziskava opravljena med škotskimi obsojenci tako npr. kaže, da v sporočilu sodišča praviloma niso našli globljega pomena (Shienkel 2012; tudi Indermaur 1996). Več o pomenu komunikacije pri kaznovanju glej npr. Duff (2009), pri nas Petrovec (1998a).

pa je obrazložitev ravno v tem delu ključna, saj kaže na razmišljanje sodnika in odkriva morebitne napake v njem.

V tem smislu so na formalni ravni postavljene določene zahteve glede tega, na kakšen način mora biti odločitev o sankciji utemeljena. V evropskem merilu je standarde začrtalo Priporočilo Sveta Evrope št. R (92) 17, ki v točki E pod naslovom Obrazložitev pravi:

E.1 Sodišča morajo v splošnem navesti konkretne razloge za kaznovanje. Razlogi morajo biti še posebej natančno pojasnjeni v primeru zaporne kazni, ko znotraj sistema obstajajo smernice ali začetne točke, je priporočljivo, da sodišče pojasni morebitni odklon od takšnih okvirno določenih kazni.

E.2 Kar šteje kot "obrazložitev", je motivacija, ki poveže specifično kazen z običajnim razponom kazni za to vrsto kaznivega dejanja in z določenim namenom kaznovanja.<sup>99</sup>

Naš ZKP v 8. odstavku 364. člena pa v zvezi s pisno obrazložitvijo pravi naslednje:

Če se obtoženec obsodi na kazen, je treba v obrazložitvi povedati, katere okoliščine je sodišče upoštevalo pri odmeri kazni. Sodišče mora posebej obrazložiti, kateri razlogi so bili zanj odločilni, ko je spoznalo, da je treba kazen omiliti, obtožencu kazen odpustiti ali izreči pogojno obsodbo ali da je treba izreči varnostni ukrep ali odvzem premoženjske koristi.

Obe zahtevi sta smiselno podobni v prvem delu, kjer zahtevata pojasnilo glede okoliščin oz. razlogov, ki jih je sodišče upoštevalo pri izbiri sankcije, še posebej v primerih, ko se ta giblje zunaj običajnih okvirov za podobna kazniva dejanja. Odstavek E.2 iz Priporočila SE pa je v primerjavi z našo določbo konkretnjši, ko pojasnjuje, kaj vsebinsko šteje kot (ustrezna) obrazložitev.

---

<sup>99</sup> »E.1 Courts should, in general, state concrete reasons for imposing sentences. In particular, specific reasons should be given when a custodial sentence is imposed. Where sentencing orientations or starting points exist, it is recommended that courts give reasons when the sentence is outside the indicated range of sentence.

E.2 What counts as a 'reason' is a motivation which relates the particular sentence to the normal range of sentences for the type of crime and to the declared rationales of sentencing.« (Council of Europe 1993)

V tem smislu opredeli nujnost povezave med konkretno izrečeno kaznijo in namenom kaznovanja, ki vodi postopek odločanja o sankciji. Poudarjanje pomena namena kaznovanja, ki mu Priporočilo SE v skladu z uveljavljeno teorijo daje velik pomen, tudi v procesni zahtevi po obrazložitvi znova kaže na to, kako pomembno vlogo nosi ali bi morala nositi ta temeljna odločitev za celoten postopek kaznovanja. V tej luči se slovenska ne-ureditev vprašanja namena kaznovanja znova zdi vsaj vprašljiva, če že ne resno pomanjkljiva.

V postopkovnem smislu je pomembno tudi morebitno nadaljevanje postopka s pravnimi sredstvi redne ali izredne narave, kjer lahko presojanje o izrečeni sankciji znova pride v poštev. Pomen sodne prakse za odločanje o sankcijah na splošno je bil podrobneje opisan v enem izmed prejšnjih razdelkov, na tem mestu pa se razprava osredotoča na postopkovno pomembna vprašanja. V tem smislu so eni strani pomembna sredstva, s katerimi je mogoče izpodbijati izbrano kazen ter na drugi strani upravičenci, ki lahko kazen izpodbijajo (Ashworth 2010).

Zaradi splošno veljavne prepovedi *reformatio in peius* velja, da je mogoče do pravnomočnosti sodbe izpodbijati sankcijo v korist ali v škodo obdolženca, po njej pa le še v njegovo korist. V slovenskem sistemu je bila do nedavnega v veljavi možnost posebnega izrednega pravnega sredstva, namenjenega izključno spreminjanju izbrane kazni v korist obdolženca v primeru spremenjenih okoliščin. Zahteva za izredno omilitev kazni je iz naše zakonodaje praktično brez resne razprave izginila z zadnjo novelo ZKP-K. Čeprav je bila dosedanja ureditev v nekaterih pogledih precej pomanjkljiva (Polegek 2011; Fišer 2006a), argumentacija za njen umik iz zakonodaje sloni na drugačnih predpostavkah.

Iz gradiva objavljenega pred sprejemom novele izhaja, da je bila za takšno odločitev ključna preobremenjenost sodišč prve stopnje in Vrhovnega sodišča s takšnimi zahtevami ter zelo majhen delež ugodilnih odločitev. Ob tem so bili izpostavljeni še nekateri drugi postopki, preko katerih je mogoče upoštevati nove olajševalne okoliščine – pomilostitev, pogojni odpust, alternativne oblike izvrševanja kazni zapora ter možnost za pridobitev ugodnosti v času prestajanja kazni zapora (Ministrstvo za pravosodje 2011b).

Strinjati se je mogoče, da navedeni instituti lahko na različne načine posegajo v izrečeno kazen (predvsem v primeru zapora), a nikakor ni mogoče že zaradi tega trditi, da so zato med seboj zamenljivi ali celo nepotrebni. Polegek (2011) v tem smislu kljub osnovni podobnosti omenjenih institutov, ki temeljijo na prizadevanjih za humanizacijo kazenskega prava, opozarja na ključno razliko med njimi – nobeden izmed njih ne zagotavlja primerljive stopnje *sodnega* varstva in zavezanosti formalnim pravnim pravilom.<sup>100</sup>

Zadnja novela tako tudi v postopkovnem smislu kaže na pomanjkljivo razumevanje odločanja o kazni v naši ureditvi ter znova nakazuje na mačehovski odnos do vprašanj odmere kazni v primerjavi z ostalimi postopkovnimi vprašanji.

#### **2.2.4.5 pomen za širše razumevanje odločanja o sankcijah**

Vprašanje, kako je oblikovan postopek odločanja o sankcijah, je v večini sistemov v ozadju. Seveda je razumljivo, da se je glavnina procesnih pravil razvila okrog vprašanja ugotavljanja krivde, saj je to tisto, ki najbolj korenito posega v posameznikovo osebno sfero in pri katerem lahko najlaže prihaja do morebitnih zlorab.

Kljub temu je do neke mere nenavadno, da je v zvezi z odločanjem o sankcijah na procesni ravni diskrecija sodnika izjemno velika. Še bolj je nenavadno, da je ta diskrecija zelo velika tako v primerjanih *common law* sistemih kot tudi v civilnopravnih sistemih. Kljub dvodelnosti postopka v ameriški in angleški ureditvi namreč različni avtorji opozarjajo, da je pravil v zvezi s postopkom o sankciji bistveno manj, da so bistveno bolj ohlapno določena in da dopuščajo manj formalno postopanje (prim. King 2012; Reitz 2011; Ashworth 2010). Podobno toliko bolj velja v enofaznih postopkih kontinentalnih ureditev, kjer posebnih pravil v zvezi s postopkom odločanja o sankcijah pravzaprav ni, saj je celotna faza

---

<sup>100</sup> »Čeprav je mogoče reči, da tako pomilostitev kot tudi (neprava) izredna omilitev kazni temeljita prvenstveno na razlogih humanosti, pa je institut izredne omilitve kazni pravno mnogo bolj dovršen. Če je namreč pomilostitev večinoma odvisna od subjektivnih načel osebe, ki o njej odloča, temelji izredna omilitev na materialnopravnih pravilih o odmeri kazni in procesnopravnih pravilih o tem, kdaj je zahteva utemeljena in kdaj ne.« (Polegek 2011, s. 17-18)

le dodatni in ne zelo pomembni del enotnega kazenskega postopka (Henham 2012a; Petrovec in Plesničar 2009; Jelenič-Novak *et al.* 2006).

Omenjeno je (vsaj v kontinentalnih ureditvah) do neke mere mogoče utemeljevati z načelom individualizacije, ki po naravi stvari ne prenese strogo določenih procesnih pravil, saj je njeno bistvo prav prostor, prepuščen prilagajanju konkretne kazni okoliščinam konkretnega primera. Po drugi strani pa takšno stanje tudi v sistemih, ki so že pred časom opustili individualizacijo kot vodilo odločanja o sankcijah, kaže, da oboje ni nujno integralno povezano.

Še več, zdi se, da bi ureditev procesnih vprašanj odločanja o sankcijah lahko privedla do jasnejših slik tega, kaj si na sistemski ravni v tej fazi želimo, in tega, kaj se v tej fazi dejansko dogaja (Henham 2012a). Sama ločitev postopka na dve fazi, ki ima zagovornike tudi pri nas (Jančar 2010; Petrovec in Plesničar 2009; Jelenič-Novak *et al.* 2006), v tem smislu še ne razrešuje problema.

Res je, da lahko ločitev narokov za izrek krivde in izrek kazenske sankcije že na simbolni ravni prizna poseben pomen odločitve o sankciji. Obdolženemu omogoči možnost za koherenten zagovor, ne da bi pri tem ogrozili možnosti za upoštevanje ustreznih olajševalnih okoliščin. Nadalje lahko takšna ločitev odpre dodatne možnosti za izvajanje dokazov, pomembnih za odločitev o sankciji, ter hkrati omogoči prostor, v katerega lahko z izdelavo strokovnih mnenj vstopijo strokovnjaki z različnih področij, ki lahko sodišču odločitev o sankciji na tak način olajšajo in jo obenem izboljšajo.<sup>101</sup> Hkrati je odprta tudi poslednja možnost za uporabo t.i. selekcijskih mehanizmov oz. za alternativno obravnavo obdolženega, čigar motivacija za sodelovanje je v primeru že izrečene obsodilne sodbe veliko večja.<sup>102</sup> Vendar primeri *common law* ureditev kažejo, da sama ločitev obeh omenjenih faz postopka ne prinese nujno jasnosti in izčiščenosti postopka za odločanje o sankcijah (Reitz 2011; King 2012).<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Podrobneje glej razdelek o zunanji pomoči pri odločanju o sankcijah.

<sup>102</sup> Na Irskem je tako mogoče v tem času primer prepustiti posebni poravnalni službi, ki lahko doseže poravnavo med obdolžencem in oškodovancem in na podlagi te izreče bolj pretehtano sankcijo ali kazen v celoti opusti (Bošnjak 2006).

<sup>103</sup> Obstajajo seveda tudi nasprotni pogledi na prednosti in slabosti eno- ali dvofaznega sistema. Fischerjeva (2011) tako meni, da je glavna slabost dvofaznega sistema nujnost odločitve »vse-ali-

Morebitna ločitev postopka na dve fazi mora biti nujno povezana z jasnimi izhodišči in pogledi na namen kaznovanja in smisel postopka ter na vloge strank v postopku in zunanjih akterjev. Ker postopkovna pravila določajo način izvajanja materialnopravnih predpisov, se zdi edino pravilno, da je izhodišče obojih skupno.

---

nič« in se zavzema za enovit sistem odločanja o krivdi in sankciji, kjer je strogost kazni vezana na verjetnost krivde nad standardom prepričanosti (*beyond reasonable doubt*). Z vidika sodobnega kazenskega prava je nekoliko nenavaden njen dodatni predlog kaznovanja tudi pod tem standardom, a ta ne jemlje vrednosti njenim pomislekom v zvezi z slabostmi enofaznega sistema.



## 2.3 posredni vpliv

### 2.3.1 pogajanja o sankcijah<sup>104</sup>

#### 2.3.1.1 uvodno

Vprašanje pogajanj o sankcijah je izjemno kompleksno in ga je mogoče obdelati s številnih različnih vidikov. Pogajanja, ki izvirno izhajajo iz *common law* ureditev, kjer predstavljajo močno prevladujoči način razreševanja kazenskih sporov, se v zadnjih desetletjih širijo tudi v ureditve kontinentalnih držav, ki jih sprejemajo z več ali manj zadržanosti in skušajo prilagoditi značilnostim drugačnih temeljev kazenskega postopka (Fišer in Gialuz 2012; Gorkič 2011; Tratnik Zagorac 2011; Marinko 2010; Weigend 2008; Mannozi 2002). V zadnjih letih, še posebej pa pred in po uvedbi novele ZKP-K, ki je tudi v slovensko ureditev vpeljala sporazum o krivdi, je vprašanje vse bolj aktualno tudi v našem sistemu, kjer se je nova ureditev, kot kaže, kljub tehtnim pomislekom večjega dela procesnopravne stroke v kratkem času razmeroma dobro prijela (Ostruh 2012).

Podrobna obdelava vseh pomembnih materialno- in procesnopравnih vidikov pogajanj o sankcijah daleč presega ambicije te doktorske naloge,<sup>105</sup> zato se bom v luči razprave o odločanju o sankcijah osredotočila predvsem na dva vidika pogajanj o sankcijah, ki se zdita zanjo še posebej pomembna. Na prvem mestu se navezujem na vprašanje, ki je bilo načeto že v razpravi o olajševalnih okoliščinah in ureditev, ki predvsem z argumentom učinkovitosti nagrajuje aktivno sodelovanje obdolženca v postopku tako, da mu priznanje krivde prinese nižjo kazen, kot bi mu jo obsodba v rednem sodnem postopku. Drugo vprašanje, ki je ključno v zvezi z

---

<sup>104</sup> V literaturi se za angleški pojem *plea bargaining* pojavlja različno poimenovanje za ta proces, ponekod je govora o pogajanjih o krivdi, drugod o sporazumu o krivdi, včasih celo o barantanju, vsaki izmed njih pa poudarja različne vidike tega procesa (Tratnik Zagorac 2013, 2011). Z vidika poudarkov te razprave se zdi bolj smiselno poimenovanje pogajanja o sankcijah, ki predstavljajo drug del kovanca – storilec ponudi priznanje krivde, tožilec blažjo sankcijo.

<sup>105</sup> Sočasno s to razpravo nastaja na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani pod peresom Andreje Tratnik Zagorac disertacija, izključno posvečena vprašanjem pogajanj v kazenskih postopkih, ki zajema temeljna vprašanja glede pogajanj. Kolegici sem hvaležna za razprave in literaturo v zvezi s temi vprašanji. Za splošni pregled tematike na našem področju glej npr. Tratnik Zagorac 2013, 2011; Gorkič 2011; Šugman Stubbs 2011.

odločanjem o sankcijah, pa je moč, ki jo takšna pogajanja v fazi kaznovanja dajejo tožilcem v primerjavi s klasičnim sistemom, kjer ključno vlogo in odgovornost nosi sodnik.

### **2.3.1.2 nagrajevanje priznanj**

Za uvod v ta odsek pogledjmo primer kaznovanja kanadskega profesionalnega morilca, katerega delovanje in kaznovanje je sredi osemdesetih let uspelo podrobno analizirati Gravelovi in Bordelaisovi po pridobitvi ustreznih uradnih dokumentov.<sup>106</sup> Kanadčan je po pogajanjih s tožilstvom priznal 35 kaznivih dejanj uboja, v katerih je umrlo 45 žrtev. Pri vseh kaznivih dejanjih je po kanadski zakonodaji brez dvoma šlo za umore in ne uboje, saj je bil storilec plačan zanje, vsi so bili vnaprej načrtovani in dobro premišljeni. Tožilstvo je blažjo obliko pravne kvalifikacije kaznivega dejanja dopustilo v zameno za njegovo priznanje in sodelovanje v nadaljnjih kazenskih postopkih zoper njegove pajdaše.<sup>107</sup> Kazen, ki jo je dobil za vseh 35 kaznivih dejanj je bil dosmrtni zapor, pri čemer se je s tožilstvom dogovoril tudi o obliki izvrševanja te kazni – v zaporu je skupno preživel šest let, od tega štiri v zaprtem, dve pa v odprtem režimu, nato še dve leti pod nadzorom v prehodnem domu (*halfway house*), na prostost pa je bil tako pogojno odpuščen po skupno osmih letih zavodskih ukrepov.

Kaznovanja v opisanem primeru ne bi mogli oceniti kot primernega in pravičnega ne glede na izbrano kaznovalno ideologijo, toliko manj v sistemu, kjer so povprečne kazni bistveno višje od izrečene. Edini argument, na katerega se je lahko sklicevalo tožilstvo v danih okoliščinah, je bil učinkovitostni, tako za ta konkretni primer kot za pričakovane nadaljnje procese proti storilčevim

---

<sup>106</sup> S. Gravel, S. Bordelais (1993). *Le recours aux délateurs dans le contexte de l'administration de la justice québécoise*, Montreal: Centre international de criminologie comparée, navajam po Doob in Brodeur 1995, s. 378.

<sup>107</sup> Ob tem se dodatno odpira vprašanje skesanosti oz. instituta skesanca, kjer pa gre v samem bistvu za podobno nagrajevanje ravnanja obdolženca, ki doprinese k učinkovitosti kazenskega postopka/kazenskih postopkov, kot pri osnovni različici pogajanj o sankcijah (Ashworth 2010).

pajdašem.<sup>108</sup> Seveda predstavlja opisani primer ekstrem, ki ga je mogoče zaslediti samo v *common law* sistemih, iz katerih pogajanja o sankcijah izhajajo in kjer je diskrecija tožilstva neprimerno večja od kontinentalnih ureditev (Fišer in Gialuz 2012; Gorkič 2011; Tratnik Zagorac 2011), kljub temu pa se zdi ustrezen, saj izjemno dobro prikaže situacijo, v katero lahko nekritično nagrajevanje sodelovanja storilcev v kazenskih postopkih privede.

Pozitivna plat pogajanj o sankcijah, ki je obenem tudi (edini) argument za njihovo (včasih nekritično) širjenje v vse več sistemih po svetu, je njihova učinkovitost. Z vidika ekonomičnosti postopkov so rešitve, ki skrajšujejo kazenske postopke gotovo dobrodošle in prav pogajanja se zdijo izmed vseh najučinkovitejša.

Veliko več negotovosti pa je praktično pri vseh drugih temeljnih kazenskopravnih načelih, tako v *common law*, predvsem pa v kontinentalnih sistemih, še vedno pretežno zavezanih načelu iskanja materialne resnice in individualizacije kazenskih sankcij (Gorkič 2011; Tratnik Zagorac 2011). Podobne težave se pojavljajo na procesnopravnem področju, kjer sta najbolj ogrožena dva temeljna instituta: domneva nedolžnosti in privilegij zoper samoobtožbo (Gorkič 2011; Ashworth 2010). Čeprav so vsi navedeni pomisleki tehtni in si zaslužijo posebno obravnavo, se bom v tem delu osredotočila predvsem na težave, ki jih pogajanja o sankcijah povzročajo za načelo individualizacije, saj so z vidika pričujoče razprave najpomembnejše.

V skladu z načelom individualizacije, kot je uveljavljeno v naši ureditvi, mora sodišče o sankciji zoper storilca odločiti v skladu s kriterijema pravičnosti in smotrnosti, torej tako, da jo prilagodi teži kaznivega dejanja in storilčevi krivdi, hkrati pa upošteva okoliščine, ki kažejo na ustreznost sankcije v smislu njenega vpliva na bodoče vedenje storilca ali splošne javnosti. Poleg krivde in teže kaznivega dejanja lahko sodišče ob odločanju o sankcijah upravičeno upošteva številne druge okoliščine, o čemer sem razpravljala že v zgornjih odsekih. Z vidika

---

<sup>108</sup> Ki pa so bili, kot opozarjata Gravelova in Bordelaisova, bistveno manj nevarni od njega, postopki zoper njih pa tudi zaradi nekredibilnosti konkretnega storilca v vlogi priče, pretežno neuspešni (Doob in Brodeur 1995).

pogajanj o sankcijah se zdi ključno vprašanje, do kakšne mere lahko okoliščina storilčevega priznanja vpliva na končno sankcijo.

Večina ureditev določeno stopnjo vpliva storilčevega priznanja (ali v bolj kontroverzni obliki celo kesanja) na končno sankcijo priznava. Takšno priznanje ima v različnih ureditvah različno velik vpliv. V angleškem sistemu je na primer vsaj načeloma vpliv odvisen od faze postopka, v kateri je priznanje podano – prej kot pride do priznanja (torej bolj kot se postopek skrajša), večji je »odpustek«, ki ga je storilec zato deležen, v skupnem pa največ eno tretjino zagrožene kazni (Ashworth 2010; Henham 2002).<sup>109</sup> V nemški ureditvi je lahko priznanje olajševalna okoliščina le, če je mogoče iz njega sklepati na storilčevo stopnjo krivde ali utemeljiti preventivne učinke izrečene sankcije (Gorkič 2011).

Pri nas je razmeroma uveljavljena ureditev, v skladu s katero je lahko priznanje olajševalna okoliščina takrat, ko ima določen pomen za potek kazenskega postopka. Gorkič (2011, s. 15) na podlagi analize sodnih primerov na višjih stopnjah tako ugotavlja, da je priznanje v naši ureditvi kot olajševalna okoliščina upoštevno samo takrat, ko pripomore »*k boljši ugotovitvi dejanskega stanja in skrajšanju postopka na prvi stopnji*« in na ta način olajša delo sodišč.<sup>110</sup> V nekem smislu je takšna interpretacija podobna angleški ureditvi, le da je bistveno manj strukturirana.

Z Gorkičem se je mogoče na načelni ravni strinjati, da takšna interpretacija ni v skladu z načelom individualizacije kazenskih sankcij, saj olajševalna okoliščina pomoči sodišču »ne pove ničesar o stopnji krivde ali teži kaznivega dejanja« (Gorkič, 2011, s. 15), pri čemer je potrebno dodati, da gre pri tem samo za pravičnostni kriterij načela individualizacije. Pri oceni vpliva na kriterij smotrnosti se zdi primernejša večja zadržanost, saj so okoliščine, v katerih je priznanje podano, lahko pomemben pokazatelj prav v tem delu individualizacije. Enako kot

---

<sup>109</sup> Henham opozarja, da sodišča načelni ureditvi sledijo le približno in faze postopka, v kateri je priznanje podano, v kar polovici primerov ne jemljejo za pomemben kriterij za določitev sankcije (Henham 2002, s. 381).

<sup>110</sup> Podobno se do priznanja opredeljujejo tudi novo navodilo, ki ga je v zvezi s kaznovanjem sprejelo Vrhovno državno tožilstvo, ki v drugem odstavku tretjega člena pravi, da »*se lahko [priznanje] šteje za olajševalno okoliščino le, če je bistveno pripomoglo k dokončanju postopka*«. Več o navodilu v nadaljevanju.

si je namreč mogoče zamisliti preračunljivo priznanje, podano zgolj z motivacijo omilitve grozeče sankcije, si je namreč mogoče zamisliti tudi primer iskrenega priznanja, ki kaže na storilčevo obžalovanje in daje pomembne indice za njegovo potencialno rehabilitacijo, ki je ključni del smotrnostnega kriterija (Jančar 2009b). Ob tem je seveda mogoče trditi, da so pri tem ključnega pomena storilčevo kesanje<sup>111</sup> in obžalovanje dejanja ter njegovo vedenje za naprej in ne priznanje samo, vendar je lahko priznanje v nekaterih primerih dober pokazatelj takšnih storilčevih občutij in prihodnjih ravnanj.

Vsekakor pa se je mogoče strinjati s tem, da »golo« priznanje v smislu skrajševanja sodnega postopka ne sodi v okvire individualizacije kazenske sankcije in je v koherentnem sistemu odločanja o sankcijah tujek, ki ob pozitivnem učinku na hitrost reševanja primerov prinaša kup težav pri načelnem utemeljevanju kaznovanja, česar se zavedajo tudi različni avtorji v državah, kjer so priznanja prvi začeli nagrajevati (Caldwell 2011; Ashworth 2010; Tonry 2004).<sup>112</sup>

Tonry (2004) ob tem pomembno opozarja, da je prav *plea bargaining* v angleškem sistemu eden izmed ključnih dejavnikov rasne diskriminacije pri kaznovanju, saj se za priznanja v postopku pogajanj v veliki meri bolj odločajo belci, medtem ko so pripadniki etničnih manjšin, predvsem črnci, zaradi večjega splošnega nezaupanja v sistem na podlagi slabih izkušenj do takšnih dogovarjanj bolj skeptični. Zato so ugodnosti krajšanja kazni zaradi priznanj bistveno bolj deležni beli obsojenci, kar posledično vodi v še bolj neporocionalno zastopanost etničnih skupin v zaporih. Podobne ugotovitve veljajo tudi za ZDA, kjer je problem rasne neenakosti pri kaznovanju še večji (Savitsky 2012; Edkins 2011).

---

<sup>111</sup> O negativnih in pozitivnih platih upoštevanja kesanja kot olajševalne okoliščine glej (Kmet 2012a; Martel 2010; Proeve in Tudor 2010; Goodman-Delahunty 2006).

<sup>112</sup> Celó v (izmišljenih) abstraktnih sistemih, ki ne poznajo anomalij praktičnega delovanja sodne veje oblasti, pogajanja o sankcijah niso brez težav (Bjerk 2008).

### **2.3.1.3 vloga tožilca**

Drug vidik pogajanj o krivdi oz. sankcijah, ki se zdi zelo pomemben v zvezi z odločanjem o sankcijah, pa se bolj kot na vprašanji pravičnosti in smotrnosti nanaša na vprašanje vloge različnih akterjev v kazenskem postopku.

Skozi dosednji primerjalnopравни prikaz odločanja o sankcijah je bila pristojnost sodišč pri odločanju o sankcijah nekako domnevana. Jasno je, da so sodišča tista, ki v konkretnih primerih odločajo o sankcijah in tako udeležujejo zakonsko predvidene sankcije, zato ni dvoma o njihovi vlogi pri ustvarjanju kaznovalne politike. Ob izkušnjah sistemov, iz katerih postopki pogajanj tradicionalno izhajajo, pa se zdi smiselno vprašati, kako takšna pogajanja posegajo v razmerje med sodiščem in tožilstvom in njuni vlogi pri kaznovanju in kako se je v tem pogledu razvila vloga tožilstva.

Vloga tožilstva pri kaznovanju se precej razlikuje od sistema do sistema, ponekod igrajo tožilci v kaznovalni igri pomemben dejavnik, drugod bolj postranskega (Gorkič 2010; Jenull 2007; Fišer 2002b). Vsekakor je vloga tožilcev v sistemih, kjer so pogajanja o sankcijah bolj pogosta, če že ne prevladujoča praksa, v zvezi s kaznovanjem izrazito poudarjena. Če denimo vemo, da se več kot 95 odstotkov zadev v ZDA konča s takšnim ali drugačnim sporazumom med obdolženim in storilcem, je že na prvi pogled jasno, da je moč sodnika, ki takšne sporazume navadno le formalno potrdi, bistveno zmanjšana v primerjavi z njegovimi kontinentalnimi kolegi (Hofer 2011; Ulmer, Kurlychek in Kramer 2007).

V ameriškem sistemu se je razmerje med sodiščem in tožilstvom v zadnjih desetletjih ob izjemno visokem deležu sporazumov o sankcijah, razmeroma majhni vlogi sodišč pri njihovem preverjanju ter vse bolj togih pravilih za odločanje o sankcijah, ki veljajo za sodišča, še dodatno premaknilo v tožilsko smer (Wright 2012; Hofer 2011; Ulmer, Kurlychek in Kramer 2007; Barry in Greer 1981). Eden izmed ključnih problemov togih smernic za kaznovanje in kaznovalnih tabel, na katerega opozarjajo pisci s tega področja, je prav prenos diskrecije glede kaznovanja s sodnika, katerega možnosti so v takšnem sistemu precej omejene, na tožilca, ki je prav zaradi trdno in strogo(!) postavljenih kaznovalnih okvirov v

pogajalsko ugodnejšem izhodišču (Stith in Cabranes 1998; Schulhofer in Nagel 1990).<sup>113</sup>

Možnosti sodišč za preverjanje sporazumov in poseganje v kaznovanje tudi v takšnih primerih so v kontinentalnem prostoru praviloma bolj široke (Gorkič 2009; Weigend 2008), zato do takšnega preobrata v teh ureditvah ni prišlo. Kljub temu je vloga tožilstva zaradi novih pogajalskih možnosti tudi v kaznovanju povečana v primerjavi s klasičnim sistemom, zato se zdi smiselna kratka analiza aktov, ki na našem področju urejajo ta vprašanja.

Vprašanje, kakšna je vloga tožilstva v našem kazenskem sistemu nasploh, je seveda preveč kompleksno in preobširno za površno obravnavo (glej npr. Ferlinc, 2012, 2010; Gorkič, 2010; Jenull, 2007; Fišer, 2006b, 2002b). V sklopu kaznovanja pa se pojavlja pomembno podvprašanje, ki mu velja nameniti nekaj pozornosti, in sicer, kakšen je interes tožilstva pri kaznovanju. V odgovor sta možni dve skrajni stališči, ter kopica vmesnih. Na eni strani se ponuja možnost, ki konceptualno izhaja iz adversarnega modela kazenskega postopka, v katerem je tožilec »le« stranka v postopku. V skladu s takim pojmovanjem je interes tožilca lahko ne le doseči obsodilno sodbo, temveč tudi doseči čim strožjo kazen, s katero potrdi lastno vizijo primera in navzven izkaže kvalitetno uporabljeno oportuniteto.<sup>114</sup> Na drugi skrajnosti najdemo pojmovanje, v skladu s katerim je interes tožilca le ustrezna zakonita odločitev v kazenskem postopku, ne glede na to ali gre pri tem za obsodilno ali oprostilno sodbo.<sup>115</sup> Mogoča so seveda tudi številna vmesna gledišča,

---

<sup>113</sup> Izraz »ugodnejšem« na tem mestu uporabljam z določeno stopnjo nelagodja. Njegova uporaba namreč implicira logiko, v skladu s katero je v tožilčevem interesu, da je v posameznem primeru izrečena kar najstrožja možna kazen, kar je v praksi pogosto res (Burke 2007), na načelni ravni pa se s tem ne morem strinjati. Vsaj v slovenskem kontekstu, kjer tožilec še vedno nastopa tudi kot »varuh zakonitosti«, njegov interes ne more in ne sme biti izrekanje najstrožjih možnih sankcij, temveč izrekanje najprimernejših sankcij.

<sup>114</sup> Ob tem je na mestu opozorilo, da sta vloga in delovanje tožilca v klasičnem adversarnem postopku, kakršen obstaja v ZDA, bistveno drugačna od vloge in delovanja tožilcev v kontinentalnih ureditvah. Poleg številnih drugih značilnosti, je za našo razpravo temeljna razlika način imenovanja oz. ohranjanja funkcije tožilca – to je v ZDA praviloma voljena funkcija, kot taka pa podvržena številnim mehanizmom politične narave, ki vsaj v zadnjih letih v zvezi s kaznovanjem navadno pomenijo zahtevo po strožjih sankcijah (prim. Fišer 2002b).

<sup>115</sup> Na nekaj podobnega nakazuje Ferlinc (2010, s. 10), ko pravi: »Razumljivo je, da se tukaj zavzamemo za stališče, da tožilski interes pomeni le zakonitost in pravilnost sodne odločbe tudi tedaj, ko je odločba neugodna za tožilstvo, in da tudi država (zakonodajalec) v težnji za zakonitostjo in pravilnostjo sodnih odločitev prepozna samo sebe, funkcijo državnega tožilca pa kot zaščitnika njenega lastnega interesa.« S takšnim pojmovanjem pa se npr. ne strinja Fišer (2002b s. 1294), ki

ki se zdijo v danih razmerah bolj primerna. Tožilcu tako lahko npr. brez težav »priznamo« interes doseganja obsodilnih sodb, s katerimi nenazadnje potrjuje svoje pravilne odločitve skozi celoten kazenski postopek in pravilnost izbire v primerih uporabe oportunitete, odrečemo pa interes doseganja čim strožjih sankcij, saj je v našem sistemu pomen in odmerjanje sankcij razmeroma jasno določen: sankcijo je potrebno odmeriti glede na okoliščine primera, ne pa tožilčevo prizadevanje zanjo.

V trenutni slovenski ureditvi imajo tožilci možnost sodišču predlagati sankcijo,<sup>116</sup> ki naj jo izreče v konkretnem primeru, pri čemer sodnik na tak predlog načeloma ni vezan.<sup>117</sup> Taka ureditev daje tožilstvu določeno vlogo pri ustvarjanju kaznovalne politike (Gorkič 2010), pri čemer je ta še vedno pretežno pod okriljem in v pristojnosti sodišč. Pomembno vprašanje pri tem je, kakšna je stopnja usmerjanja posameznih tožilcev v zvezi s kaznovanjem v konkretnih primerih in na kakšni ravni do takega usmerjanja prihaja. Iz nekaterih ureditev so znane razmeroma jasne in zavezujoče določbe, ki jim morajo tožilci pri predlaganju kazni slediti (npr. tožilske kaznovalne smernice na Nizozemskem (Tak 2001)), pri nas je zaenkrat poudarek na splošnih aktih in navodilih na razmeroma abstraktni ravni (Ferlinc 2012; Gorkič 2010).

Med notranjimi akti tožilstva je najsplošnejši akt, ki se ukvarja z vprašanji kaznovanja Politika pregona, ki jo je Vrhovni državni tožilec sprejel junija 2012.<sup>118</sup> V njej pod naslovom Kaznovalna politika med drugim piše (poudarki v izvirniku):

Državni tožilci imajo *aktivno vlogo pri oblikovanju kaznovalne politike*. Kazni izrekajo sodišča, vendar si za to, kakšne kazni bodo izrečene, morajo prizadevati tožilci.

---

meni, da je skozi razvoj ključno vlogo med funkcijami tožilstva prevzela funkcija pregona, vse ostalo, torej tudi vloga tožilca kot varuha zakonitosti, pa je zgolj obrobne pomena. Še bolj skrajna je starejša koncepcija, v skladu s katero tožilec svojo nalogo opravi v trenutku, ko obtožnica postane pravnomočna (prim. Jenull 2011).

<sup>116</sup> Drugi odstavek 269. člena ZKP se glasi: »Državni tožilec lahko v obtožnici predlaga vrsto in višino kazni, ki naj se izreče obdolžencu, če bo, ko se prvič izjavi o obtožbi, priznal krivdo; predlaga lahko omiljeno kazen, način izvršitve kazni in namesto kazni opozorilno sankcijo, vse pod pogoji in v mejah, ki jih določa kazenski zakon.«

<sup>117</sup> Drugače je v primeru kaznovalnih nalogov, kjer obstaja vezanost sodišča na predlog tožilca. Glej 445.a, 445.b ter 445.c člen ZKP ter primeroma sodbo Vrhovnega sodišča I Ips 25343/2010-29.

<sup>118</sup> Dokument je dostopen na spletni strani [http://www.dt-rs.si/sl/informacije\\_za\\_medije/114/](http://www.dt-rs.si/sl/informacije_za_medije/114/) (dostopano 30. 1. 2013) Več o politiki pregona glej (Jenull 2007; Fišer 2004).



Politika pritoževanja mora biti kar se da *poenotena*, uporaba pravnih sredstev pa še posebno *dosledna* pri kaznivih dejanjih, ki se obravnavajo prednostno, pri precedenčnih zadevah in pri zadevah, ki se nanašajo na pomembna pravna vprašanja.

Kaznovalna politika se spreminja skozi konkretne postopke, tako, da državni tožilci dosledno in odločno uveljavljajo kvalitetne pritožbene argumente.

Kjer to pride v poštev in je glede na okoliščine zadeve primerno, si bodo državni tožilci namesto za pogojne obsodbe prizadevali za *več denarnih kazni*. Pri kaznivih dejanjih, ki so določena kot prioriteta, pa je treba v *pritožbah praviloma vztrajati pri kaznih*, predlaganih v postopku na prvi stopnji.

Splošnim ugotovitvam iz začetnih odstavkov je seveda moč pritrditi. Določeno vlogo v naši ureditvi tožilstvo pri ustvarjanju kaznovalne politike gotovo nosi. Na formalni ravni gre sicer »samo« za predlagalno funkcijo, a ob upoštevanju spoznanj psihologije glede postopka odločanja, je ta lahko temeljnega pomena. S predlaganjem posameznih sankcij oz. višine predlaganih kazni namreč tožilec v konkretnem postopku jasno postavi »sidrišče«, ki sodišču hote ali nehote znotraj zakonskih okvirov predstavlja določeno izhodiščno točko za nadaljnje odločanje (Isaacs 2011; Šugman Stubbs 2011).<sup>119</sup> Pri tem Politika pregona le upošteva *status quo*, saj takšno vlogo tožilcem predpisuje že zakonodaja, pri čemer ni povsem jasno, kaj so prednosti takšne ureditve v primerjavi s prejšnjo, kjer tožilci takšne možnosti niso imeli.

Bistveno bolj v navedenem besedilu zmoti zadnji citirani odstavek, kjer je vloga tožilstva pri kaznovanju poudarjena iz dveh razlogov. Najprej akt, ki naj vodi delo tožilstva v vseh primerih, postavi prioritete med sankcijami, ki naj jih tožilec v konkretnih primerih predlaga. Pri tem se omeji na najpogosteje izrečeno sankcijo pri nas, torej pogojno obsodbo, in denarno kazen, za katero meni, da bi jo bilo potrebno na njen račun poudariti.<sup>120</sup> Ob tem je nesporno, da denarne kazni v primerjavi s pogojnimi kaznimi predstavljajo strožji ukrep, da je torej zamenjava, ki jo akt predlaga, korak proti strožjemu kaznovanju. O drugih sankcijah akt ne

---

<sup>119</sup> Več o konceptu »sidranja« v nadaljevanju.

<sup>120</sup> Vprašanje, ali je kaznovalna politika slovenskih sodišč v tem oziru primerna (najbrž ni), je na tem mestu stranskega pomena. Večji poudarek denarnim kaznim je nekaj, na kar dlje časa opozarja tudi teorija (Šelih 2007a), obstajajo pa zoper takšen trend tudi nekateri pomisleki (Markelj 2009).

govori, zato gre domnevati, da tožilstvo ni želelo vzpostaviti hierarhije med njimi, v skladu s katerimi bi tožilec v vseh konkretnih primerih predlagal sankcije. Tudi previdni formulaciji »kjer pride v poštev« in »kjer je to primerno« kažeta, da tožilstvo le nakazuje smer, v katero želi, da gredo posamezni tožilci. Ne glede na to se postavlja vprašanje, ali je takšna splošna usmeritev v časih, ko se kaznovalna politika naših sodišč tako ali tako stroža, primerna in ali ostaja znotraj meja vpliva na kaznovalno politiko, ki ga nosi tožilstvo.

Drug vidik zgornjega navodila se zdi (še) bolj problematičen. Pri prioritetenih kaznivih dejanjih naj bi tako tožilci tudi v pritožbenih postopkih vztrajali na prvotno predlaganih kaznih. Takšno navodilo se zdi razumljivo, če sprejmejo tezo, da se uspešnost tožilstva meri (tudi) glede na strogost izrečene sankcije in ne le na podlagi dosežene obsodilne sodbe. V nasprotnem primeru, ki se zdi ustrežnejši, kjer je sankcija le odraz presoje sodišča o pravičnem in smotrnem kaznovanju v konkretnem primeru in nikakor ne tožilčeve uspešnosti, pa je takšno navodilo manj smiselno. Z besedo »praviloma« je togost takšnega navodila znova nekoliko relativizirana, pa vendar se zdi tudi v splošnem neprimerno od tožilca zahtevati, da vztraja pri začetnih trditvah, saj se lahko skozi postopek npr. pojavijo okoliščine, s katerimi pred njim ni bil seznanjen in utemeljujejo sankcijo, ki je drugačna od prvotno predlagane.

V zvezi s sankcijami je Vrhovno državno tožilstvo oktobra 2012 izdalo tudi Splošno navodilo o predlaganju vrste in višine kazni, varnostnih ukrepov oziroma predlogov, da se izreče sodni opomin ali pogojna obsodba (v nadaljevanju Navodilo).<sup>121</sup> To, razumljivo, sledi kaznovalni politiki določeni v Politiki pregona, z obema zgornjima poudarkoma, pri čemer prvega pelje še nekoliko dlje. Na samem začetku v drugem členu namreč kot izhodišče predlaganemu kaznovanju postavi zaporne in denarne kazni, medtem ko opozorilnih sankcij sploh ne omenja. Posebej so izpostavljene določene skupine kaznivih dejanj, za katera naj si tožilstva prizadevajo pridobiti določene vrste sankcij. V primeru gospodarskih kaznivih dejanj in kaznivih dejanj storjenih z zlorabo položaja so to varnostni ukrepi, v

---

<sup>121</sup> Dostopno na spletni strani <http://www.dt-rs.si/uploads/documents/zakonodaja/sankcije1.pdf> (dostopano 31. 1. 2013).

primeru kaznivih dejanj zoper varnost prometa z resnimi posledicami, storjenih pod vplivom alkohola, pa zaporna kazen.<sup>122</sup>

*Priloga 3 – Splošno navodilo o predlaganju vrste in višine kazni, varnostnih ukrepov oziroma predlogov*

Navodilo tako do določene mere znova vzpostavlja hierarhijo med sankcijami, ki naj ji tožilci sledijo pri predlaganju sankcij, pri čemer ne gre prezreti popolnega prezrtja opozorilnih sankcij, ki so pri nas resda izrečene v izjemno velikem deležu, a kljub temu v sistemu služijo svoji funkciji. V skladu z logiko našega sistema Navodilo seveda ni zavezujoče v tem smislu, da tožilci ne bi več smeli predlagati takšnih sankcij, kar izhaja tudi iz uporabe besednih zvez kot so »ko glede na okoliščine to pride v poštev«, »ko so za to podani pogoji«, »praviloma« in podobno. Na pričakovano kontinuiteto kaže tudi deseti člen, ki kot okvirno vodilo pri izbiri kazenskih sankcij postavlja (obstoječe) podatke kaznovalne politike po tožilstvih.<sup>123</sup>

Pomembna in koristna pa se zdi s procesnega vidika tudi določba iz prvega člena, ki tožilstvo opozarja na dolžnost ugotavljanja dejstev in zbiranja dokazov pomembnih za kaznovanje od predkazenskega postopka dalje. Podobno velja za tretji člen, ki tožilce opozarja, da morajo pri predlaganju sankcij navajati vse relevantne okoliščine (in ne le tiste, ki gredo obdolžencu v škodo), hkrati pa postavlja omejitve upoštevanju dveh okoliščin – priznanja in časovne odmaknjenosti, pri čemer sledi slovenski sodni praksi v zvezi s tema vprašanjema.

Za oceno vpliva Navodila na konkretno delo tožilcev je še prezgodaj, saj je v veljavi šele nekaj mesecev, zanimivo pa bo spremljati njegove morebitne učinke na

---

<sup>122</sup> Podobno logiko pozna švedski sistem, kjer je ravno pri kaznovanju tovrstnih kaznivih dejanj mogoč odstop od sicer dosledno izpeljanega sorazmernega kaznovanja (von Hirsch in Jareborg 2009).

<sup>123</sup> Ob tem je nekoliko nenavadno, da Navodilo uporabi dikcijo »podatki kaznovalne politike po tožilstvih«, ki so zbrani s strani Strokovno informacijskega centra pri VDT (Vrhovno državno tožilstvo 2012). S tem namreč hkrati nakazuje, da se kaznovalna politika po tožilstvih razlikuje ter da je takšno stanje ustrezno. Z vidika zagotavljanja enakosti znotraj celotne pravne ureditve bi bilo najbrž bolj smiselno, če bi Navodilo predlagalo poenotenje takšne politike ali uporabo povprečnih vrednosti.

kaznovalno politiko v delu, ki pripada tožilstvu, in osnovno vprašanje, ali bo do takšnih učinkov sploh prišlo. Na splošno ga je mogoče oceniti kot precej splošen akt, ki bistveno ne spreminja podobe predlaganih sankcij s strani tožilstva, a vendar kaže določene tendence po strožjem kaznovanju.

Večji vpliv gre pričakovati od drugega akta, sprejetega sočasno z opisanim Navodilom, ki se neposredno dotika pogajanj o sankcijah, glede katerih pri nas zaradi njihove relativne »mladosti« še ni trdno zasidrane prakse. Poleg tega gre za področje, kjer je moč tožilca v zvezi s kaznovanjem in ustvarjanjem kaznovalne politike največja, zato je njegov pomen toliko večji. Splošno navodilo o pogajanjih ter o predlaganju sankcij v primeru priznanja krivde in sporazuma o krivdi (v nadaljevanju Navodilo o pogajanjih)<sup>124</sup> tako pokriva vprašanja pogajanj in tožilcem nudi oporo za odločanje znotraj zakonsko postavljenih meja.

*Priloga 4 – Splošno navodilo o pogajanjih ter o predlaganju sankcij v primeru priznanja krivde in sporazuma o krivdi*

Z vidika kaznovanja se zdita še posebej pomembna šesti člen z naslovom Kazenske sankcije ter deseti člen, ki govori o neuspeh pogajanjih.

## **6. člen**

### **Kazenske sankcije**

Izhodišče za višino predlagane kazenske sankcije mora biti pretežno v skladu s sankcijami, ki jih sodišča izrekajo ter objektivnimi in subjektivnimi okoliščinami kaznivega dejanja.

Predlagana kazen ne bi smela biti manjša od dveh tretjin kazni, ki bi jo v podobnem primeru izreklo sodišče.

Izjemoma je smiselno predlagati polovico kazni, ki bi jo izreklo sodišče, pri čemer je treba skrbno preučiti vse okoliščine kaznivega dejanja,

---

<sup>124</sup> Dostopno na spletni strani <http://www.dt-rs.si/uploads/documents/zakonodaja/pogajanja.pdf> (dostopano 31. 1. 2013).

posledice, ki bi jih lahko imela sklenitev sporazuma o priznanju krivde in upoštevati načelo sorazmernosti.

Ko pridejo v poštev, je treba namesto pogojnih obsodb praviloma predlagati denarne kazni.

#### **10. člen**

V primeru, da v pogajanjih o sklenitvi sporazuma do sklenitve ne pride, ker se obdolženi s predlagano sankcijo ne strinja, je treba v internem dnevniku zabeležiti, kakšno kazensko sankcijo bi državni tožilec predlagal v primeru, da obdolženi krivde ne prizna ter kakšno sankcijo je predlagal v postopku pogajanja.

Državni tožilec je na glavni obravnavi praviloma zavezan predlagati sankcijo, s katero je seznanil obdolženega, da bi jo predlagal na obravnavi, če sporazum ne bo sklenjen.

V zvezi s prostorom za pogajanja, torej razliko med sankcijo, ki bi bila izrečena v rednem postopku, in blažjo sankcijo, ki jo lahko obdolženi pričakuje po postopku pogajanj, ZKP (prvi odstavek 450.c člena) ne daje posebnih usmeritev, zahteva le, naj ostane znotraj kaznovalnih okvirov, ki jih postavlja zakonodaja. Kot smo videli, je ta prostor v naši ureditvi kot značilni predstavnici kontinentalnega kroga držav, razmeroma velik in bi brez dodatnih omejitev lahko predstavljal izjemen poseg v siceršnjo kaznovalno politiko sodišč.

Pristop Navodila o pogajanjih, ki takšno nižanje kazni omejuje na dve tretjini ali izjemoma polovico pričakovane kazni, se zato zdi potreben in primeren. Vendar pa se zdi ureditev pomanjkljiva v več drugih pogledih. Najprej se je seveda mogoče vprašati ali sta omenjeni »meji« postavljeni na primerno mesto, ali torej tretjina pričakovane kazni predstavlja ustrezen »manevrski prostor« za pogajanja ali že preveč posega v kaznovalni sistem. Bistveno manjši pogajalski prostor bi seveda izničil osnovni namen pogajanj, saj bi bila ugodnost, ponujena obdolžencu premajhna, da bi resno vplivala na njegovo odločitev o priznanju, a razmislek se zdi ključnega pomena in bi ga bilo utemeljeno pričakovati že v fazi snovanja

takšnih možnosti na zakonski in ne na izvedbeni ravni.<sup>125</sup> Nadalje, v prvem odstavku šesti člen sicer govori o sankcijah, pri omejitvah, ki jih postavlja v drugem odstavku, pa o kaznih, in tudi omejitve same je mogoče razumeti samo v navezavi z denarno ali zaporno kaznijo. Kar manjka, je zamejitev pogajanj v smislu prehajanja med različnimi vrstami sankcij, npr. tipično med zaporno kaznijo in opozorilno sankcijo pogojne obsodbe (drugi odstavek 450.c člena), kar je bistveno bolj pomembno v smislu kaznovalne politike in tudi glede na pogostost izrečenih sankcij pri nas. Določitev ustreznih kriterijev za takšen prehod je zahtevna in kompleksna naloga, s katero se soočajo tudi drugi sistemi, ki skušajo zamejiti svobodo pogajanj o sankcijah, npr. angleški, a vendar se zdi, da bi si bilo zanjo smiselno prizadevati (Ashworth 2010).

Drugi citirani člen iz Navodil o pogajanjih, torej deseti člen, vnaša v sistem pogajanj dodatno varovalko, ki se zdi izjemno dobrodošla in za katero se zdi, da bi bila njena umestitev smiselna že na zakonski ravni. Omejuje namreč tožilčevo diskrecijo pri spreminjanju svojega pogajalskega izhodišča in preprečuje zlorabe v smislu predložitve previsoke (ali prenizke) izhodiščne kazni, na podlagi katere bi se tožilec pričel pogajati. Tožilca torej zavezuje h konsistentnosti v kaznovalnih predlogih in vsaj izhodišče za pogajanja postavlja na raven siceršnje kaznovalne politike, ki jo vodi. V praksi seveda tožilčev predlog sankcije sodišča ne zavezuje k predlaganemu kaznovanju, zato je večji pomen omenjene določbe tisti, ki ga nosi na načelni ravni, da se torej tožilstvo mora zavedati omejitev tudi ali še posebej v postopkih pogajanj z obdolženci.

Oceniti, kaj bodo na področju kaznovanja (ali na drugih področjih) v prihodnje prinesla pogajanja o sankcijah, je nehvaležna naloga. V skladu s kontinentalno tradicijo tožilstva in pravnega sistema ter razmeroma ustrezno postavljenimi formalnimi omejitvami (kolikor je ob pragmatični izhodiščni odločitvi za pogajanja

---

<sup>125</sup> Ob pisanju zgornjega odstavka je nemogoče zanikati popolno načelno kazenskoopravno nesprejemljivost takšnega razmišljanja v kazenskem postopku, ki prisega na temeljni institut privilegija zoper samoobtožbo. Zelo poenostavljeno: privilegij zoper samoobtožbo od sistema zahteva, da na obdolženega ne izvaja nikakršnih pritiskov v smeri priznanja ali celo kakršnega koli izjavljanja v zvezi s postopkom (več o tem Gorkič 2009). Tukaj pa se znajdemo v situaciji, ko se zavedamo, da s premalo ponujenega »odpustka« nikogar ne bomo uspeli prepričati v pogajanja, saj se jim ne bodo »splačala«, pri čemer sploh nimamo pravice kogarkoli prepričevati ali premamiti. Vse seveda v imenu učinkovitosti postopka in hitrejšega reševanja primerov, ki naj ustvari vtis učinkovitega in pravičnega (kazensko)pravnega sistema. Krasno!

to sploh mogoče) ne gre pričakovati ekstremnih primerov, kakršen je bil uvodni iz kanadske zgodovine (prim. Fišer 2002b). Nikakor pa ne gre zanemariti pričakovane (in do neke mere že potrjene) pogostosti rabe tega mehanizma, pri čemer to lahko pripelje do vsaj dveh posledic, pomembnih za kaznovalno politiko. Najprej bi bilo moč pričakovati določeno znižanje trenutnih povprečij v kaznovanju, saj je ob porastu števila primerov, ki bodo rešena s pogajanjem, pričakovati več primerov, v katerih bodo izrečene sankcije, nižje od tistih, ki jih sicer dosojajo sodišča.

Po drugi strani je cena, ki jo moramo biti pripravljeni plačati za to, prenos dobršnega dela pristojnosti za kaznovanje s sodne veje oblasti na tožilstvo, z vsemi nevarnostmi, ki jih to prinaša (Gorkič 2011; Šorli 2011; Šugman Stubbs 2011; Tratnik Zagorac 2011). Med drugimi tudi to, da tožilstva sčasoma uberejo (še) bolj kaznovalno naravnane poti.

## 2.3.2 zunanja pomoč

### 2.3.2.1 uvodno

Različne ureditve različno urejajo sodelovanje zunanjih akterjev v kazenskopравnih postopkih. Z zunanjimi akterji merim na tiste posameznike ali institucije, ki v skladu s klasičnim pojmovanjem nimajo neposrednega interesa ali vloge v postopku. V prvi vrsti so med njimi žrtve oz. oškodovanci, torej posamezniki, ki so zaradi javnopravne narave kazenskega prava in dejstva, da država praviloma prevzame pregon, povsem izločeni ali umeščeni povsem na rob kazenskega postopka. Drugo večjo skupino potencialnih zunanjih akterjev predstavljajo razni strokovnjaki, ki jih različne ureditve pritegnejo v kazenske postopke zaradi njihove strokovne usposobljenosti.

Primernost sodelovanja vsake izmed njih v postopkih kaznovanja bom skušala oceniti v nadaljevanju, pri čemer se bom omejila na formalnopravne vplive, ki jim jih različne ureditve pripisujejo, neformalnemu vplivanju teh in drugih dejavnikov, ki je navadno bistveno večji, pa bo posvečeno naslednje poglavje.

### 2.3.2.2 oškodovanci (žrtve)

Kazensko pravo je javnopravne narave. Država zaradi velikega pomena ogrožene dobrine za družbo zasebni konflikt prevzame nase in iz formalnega postopka skoraj v celoti izloči interese posameznika, ki je žrtev (Bavcon *et al.* 2013).<sup>126</sup>

Splošne ugotovitve pa nikakor ne pomenijo, da žrtve ali oškodovanci, kar se zdi primernejši ali vsaj čustveno manj nabit izraz (Petrovec 2005a, 2005b), v kazenskih postopkih ne igrajo nobene vloge. Različne ureditve jim pripisujejo

---

<sup>126</sup> V preteklosti so obstajale tudi bistveno drugačne ureditve, kjer je pravo delovalo bolj kot nevtralni teren, na katerem sta se znova spopadla žrtev in storilec. Glej npr. ureditev islandske družbe v zgodnjem srednjem veku (Plesničar 2005; W. I. Miller 1990). Tudi v zadnjih letih se podoba kazenskopравnih sistemov spreminja in vse večjo vlogo skozi postopke restorativne pravičnosti znova dobivajo žrtve (Van Ness in Heetderks Strong 2010; Završnik 2008; Zernova 2007; Florjančič 2005; Bošnjak 1999).



različne pravice, tako v fazi obtoževanja, na sami glavni obravnavi in tudi v fazi kaznovanja (Florjančič 2005), kar je za našo razpravo tudi najbolj relevantno.

Ob tem je ključno že prvo vprašanje, ki se postavlja ob razpravljanju o oškodovancih oz. žrtvah, to je zamejitev definicije, koga v posamezni ureditvi sploh štejejo za žrtev – ali gre pri tem samo za neposrednega oškodovanca, ali in pod kakšnimi pogoji pa tudi njegove bližnje, ali celo različna združenja in ustanove, katerih član je bil (Walklate 2012). Procesne pravice, ki so jih lahko deležni takšni posamezniki ali združenja so nujno odvisne od takšne definicije, izjemno pa se razlikujejo tudi od sistema do sistema. Ob premoženjskopравnih in odškodninskih zahtevkih, možnostih subsidiarnega ali pridruženega pregona, pravici do pritožbe in podobnih rešitvah (Sanders in Jones 2011; Florjančič 2005) je v našem kontekstu najpomembnejša vloga, ki se oškodovancem namenja v postopku odločanja o sankcijah.

S tega vidika so v zadnjih letih najpomembnejše »izjave žrtev« (angl. *victim statement*, v Angliji *victim personal statement*, v ZDA in Avstraliji *victim impact statement*), ki so predvsem v državah *common law* postale stalnica v kazenskopравnih postopkih (Roberts 2012b; Englebrecht 2011).<sup>127</sup> Navedeno je pravzaprav nekoliko nenavadno, saj je prav za *common law* sisteme najbolj značilno adversarno razumevanje kazenskega postopka kot spora med tožilcem in obdolženim, bistvo postopka pa je razrešitev tega spora in ne iskanje kakršne koli resnice o dogodku. Po drugi strani je takšen razvoj do neke mere razumljiv, saj je prav pretekla popolna izključenost žrtev v teh sistemih pripeljala do odmevnih in vplivnih gibanj žrtev (t.i. *victims' movement*), ki so zahtevale svoje mesto in glas tudi v kazenskih postopkih, medtem ko je bila siceršnja večja tradicionalna angažiranost oškodovancev v kontinentalnih postopkih za taka gibanja manj vzpodbudna (prim. Sanders in Jones 2011). Ta gibanja navadno predpostavljajo določeno pravico žrtve do sodelovanja v kazenskem postopku,<sup>128</sup> kar je do določene mere razumljivo, a zaradi širjenja njihovih pravic pogosto privede do

---

<sup>127</sup> A ne nujno samo tam. Podobna ureditev je v veljavi npr. na Finskem, kjer lahko žrtev predlaga sankcijo, drugačno od tiste, ki jo predlaga tožilstvo.

<sup>128</sup> Do neke mere pravica do take udeležbe izhaja iz »lastništva« nad konfliktom, o čemer je pisal Christie (1977).

situacije, v kateri je usoda obdolženca odvisna od tega, ali je njegova žrtev bolj ali manj nagnjena k maščevanju oz. odpuščanju (Roberts 2009c).

Narava izjav žrtev je lahko tudi v postopkih odločanja o sankcijah dvojna. Na eni strani sta lahko oškodovanec kot priča in njegova (ustna ali pisna) izjava uporabljeni za boljši uvid sodišča v kaznivo dejanje samo in okoliščine, v katerih je bilo storjeno. V tem smislu pričanje oškodovanca ni omejeno samo na gola dejstva, temveč so dobrodošla tudi njegova bolj intimna doživljanja kaznivega ravnanja, posledice, ki jih je kaznivo dejanje pustilo in podobno. Do takšnega razumevanja izjav žrtev je, če ne gre v skrajnosti,<sup>129</sup> mogoče razviti pozitiven odnos – navsezadnje se ne razlikuje veliko od načela iskanja materialne resnice v naši ureditvi in tudi ne od odkrivanja okoliščin, ki so pomembne za individualizacijo kazenskih sankcij. Med pozitivne plati takšnih izjav je na drugi strani mogoče uvrstiti izboljšano komunikacijo znotraj sodnih dvoran, z jasneje izraženimi stališči obeh strani ter boljšo osvetlitvijo ne le kaznivega dejanja samega, temveč tudi njegovih posledic (Roberts in Erez 2004).

Drug vidik, ki je veliko bolj kontroverzen, a hkrati tudi bolj popularen, pa je vključevanje žrtve v sam postopek kaznovanja. V tem primeru izjava žrtve ne povzema le vseh pomembnih okoliščin, ki bi lahko ali bi morale vplivati na izbor sankcije, temveč predlaga tudi samo sankcijo, ki je po mnenju žrtve najprimernejša (Ashworth 2010; Myers in Greene 2004; Sanders *et al.* 2001).

Ocene o takšnih izjavah so v sistemih, kjer so jih vpeljali, različne. Njihovo izvorno mesto je v gibanjih za restorativno pravičnost – v takšnem sistemu je ključno, da je žrtev z izidom kazenskega (neke vrste pobotnega) postopka zadovoljna in kaznovanje je pomemben del tega. Veliko več problemov praktične in načelne narave pa se pojavlja v sistemih, kjer restorativna pravičnost ni vodilo kaznovalnega procesa, torej v praktično vseh delujočih sistemih današnjega sveta.

Ključno je že vprašanje, kakšen je namen takšnega instituta in v kolikšni meri naj vpliva na odločitev sodišča. Če je na eni strani skrajno problematična potencialna

---

<sup>129</sup> Primer take skrajnosti je npr. prikazovanje osebnih fotografij in videoposnetkov žrtve pred kaznivim dejanjem z željo po vzbujanju dodatnega sočutja in ogorčenja na strani sodišča (prim. Austin 2010).

moč takšnih izjav na izrečeno sankcijo, saj je v pretežni meri odvisna od narave in značaja žrtve in ne drugih dejavnikov, za katere želimo, da odločajo o sankciji (npr. sorazmernost, možnost rehabilitacije, itd.),<sup>130</sup> je namreč na drugi strani enako problematična situacija, v kateri sistem takšne izjave dopušča, a jim ne pripisuje praktičnih posledic. Na ta način namreč pri žrtvah ustvarja lažen občutek moči, ki se sesuje šele takrat, ko izrečena sankcija ne ustreza izraženim željam žrtve (Ashworth 2010).

Takšno bojazen potrjujejo empirične študije, ki kažejo, da izjave žrtev med sodniki in drugim osebjem v kazenskih postopkih niso najbolj priljubljene, njihov vpliv na izrečeno sankcijo v praksi izjemno majhen ali pa ga sploh ni (Sanders *et al.* 2001; Erez in Rogers 1999; Hinton 1995; Erez in Tontodonato 1990; nasprotno za Kanado ugotavljata Roberts in Edgar 2006).

### **2.3.2.3 strokovne službe**

Tudi pri vplivanju strokovno usposobljenih posameznikov ali služb na odločanje sodnikov obstaja več možnosti.

Najbolj klasična in široko sprejeta možnost je tako rekoč samoumevno sodelovanje izvedencev psihiatrične stroke v kazenskih postopkih, ko se odpirajo vprašanja glede storilčeve prištevnosti. V zvezi s kaznovanjem je v naši ureditvi v tem smislu pomembna predvsem ocena storilčeve bistveno zmanjšane ali zmanjšane prištevnosti, ne pa ugotovitev neprištevnosti. Slednja namreč možnost kaznovanja povsem izključi, medtem ko sta prvi dve gotovo vsaj olajševalna okoliščina, če ne celo posebna olajševalna okoliščina, ki omogoča omilitev kazni zunaj zakonskih okvirov (Bavcon *et al.* 2013). V tem smislu je sodelovanje izvedenca – psihiatra nesporen in nujni del kazenskega postopka, njegov vpliv na izrečeno sankcijo pa velikega, če ne odločilnega pomena.

---

<sup>130</sup> Pri tem je za sistem bolj problematična pretirana kaznovalna naravnost žrtev, ki izhaja iz osebne prizadetosti in kaznovanje zlahka zamenjuje z maščevanjem. Kljub temu velja poudariti, da v vseh primerih vendarle ni tako in da so razmeroma pogosti primeri, v katerih žrtve ne izrazijo sploh nobenega interesa za kaznovanje ali zaradi posebnih okoliščin celo predlagajo milejše kaznovanje (Kapardis 2009; Petrovec 2005a).

Druga možnost, o kateri je že desetletja nazaj pri nas pisal Kobe (1959), pa je možnost poglobljene psihiatrične ekspertize, ki naj služi ne le ugotavljanju prištevnosti, temveč predvsem kot »znanstvena« pomoč sodniku pri individualizaciji sankcij. V obdobju, ko je po svetu cvetela ideologija rehabilitacije (in je bila kriminaliteta pogosto dojeta kot nekaj, kar je potrebno zdraviti) je bila takšna strokovna pomoč nekaj sprejemljivega in povsem v skladu s tedanjo prevladujočo ideologijo. Že Kobe pa je menil, da takšna ekspertiza ne zadostuje, in se je zavzel za celovitejšo »kriminološko ekspertizo«, ki poleg psiholoških in bioloških dejavnikov upošteva tudi socialno realnost in družbeno so-ustvarjanje posameznikove usode, saj le takšna študija lahko da realno sliko posameznikove motivacije za kaznivo ravnanje in potencialno tudi prognoze za naprej.

V podobno smer so v zadnjih desetletjih krenile nekatere druge ureditve, ki vse pogosteje v odločanje o sankcijah vključujejo zunanje strokovne službe, predvsem organe socialnega skrbstva, ki so zadolženi za pripravo predkaznovalnih poročil (*pre-sentence report*) (Ashworth 2010).

Takšna poročila v ločenem postopku zbirajo podatke o obsojencu, ki so potrebni za končno odločitev o sankciji: osebne in socialne okoliščine, okoliščine kaznivega dejanja, ponekod pa imajo tudi možnost primerjati različne možne kazni ter predlagati tisto, ki se jim zdi primerna in bi glede na zbrane podatke bila lahko učinkovita (Tata *et al.* 2008). Sodniki k upoštevanju takšnih poročil niso strogo zavezani, niti niso nad njimi nujno navdušeni,<sup>131</sup> a praviloma predkaznovalna poročila ustrezno opravljajo nalogo pomoči sodišču pri odločanju o sankciji. Poleg tega predstavljajo dobro orodje pri racionalizaciji že sprejete sodnikove odločitve in podlago za ustrezno obrazložitev sankcije, ki je nujni pogoj za vzpostavitev pravičnega kaznovanja.

Možnosti predkaznovalnih poročil poznajo tako ureditve *common law* (Ashworth 2010; Tata 2010), kot tudi kontinentalne ureditve (Beyens in Scheirs 2010; Wandall 2010), predvsem v zadnjem času pa se tako ene kot druge oddaljujejo od

---

<sup>131</sup> Škotski sodniki na primer niso navdušeni nad možnostjo, da jim socialni delavci predlagajo kazni – mnogokrat to razumejo kot vmešavanje v svoje delo, vendar je navedeno odvisno od številnih dejavnikov in ustrezno izdelana poročila tudi sodniki sprejemajo razmeroma pozitivno (Tata *et al.* 2008).

osnovne vsebine, kot je bila predstavljena doslej. Vse pogostejša sestavina, ki prevzema ključno mesto v predkaznovalnih poročilih, je namreč povsem drugačne narave od prvotno izjemno socialno zastavljenih elementov. V skladu z vsesplošno popularnostjo koncepta upravljanja s tveganji (*risk management*) v kazenskem pravu (Harcourt 2007; Monahan 2006; Kemshall in Maguire 2001), tudi v predkaznovalnih poročilih ocena tveganja posameznega storilca predstavlja vse pomembnejši element (Persson in Svensson 2012; Hannah-Moffat in Maurutto 2010; Wandall 2010).<sup>132</sup>

V slovenskem sistemu poročil, ki bi (tudi) na podlagi dejavnikov zunaj kaznivega dejanja podala oceno o primerni sankciji, zaenkrat ne poznamo. Sodišča načeloma sama pridobivajo potrebne podatke, nekatere tudi od centrov za socialno delo, a celovitega poročila naša zakonodaja ne predvideva. Gredo pa vsaj na videz v to smer tožilske smernice v zvezi s pogajanjem o sankcijah, saj za nekatere alternativne oblike izvrševanja kazni zapor (vikend zapor, hišni zapor, delo v splošno korist) v 8. členu zahtevajo predhodno poročilo pristojnega CSD-ja, kar bi lahko predstavljalo zametek predkaznovalnega poročila.

---

<sup>132</sup> V tem smislu je mogoče povleči vzporednice s poročili, ki jih pripravljajo zavodi za prestajanje kazni v zvezi z odločanjem o pogojnih odpustih, podrobneje o tem glej v odseku o pogojnem odpustu.

### 2.3.3 pogojni odpust<sup>133</sup>

#### 2.3.3.1 uvodno

Na drugi strani odločanja o sankcijah se nahaja »zaključek« sankcije, torej njen iztek, ki je še posebej pomemben v primerih zaporne kazni. Na nastop konca kazni načeloma vpliva samo odločitev sodišča o trajanju kazni, a sodobni pravni sistemi dopuščajo še nekatere druge posege v sankcijo, ki končno besedo vsaj v nekaterih primerih jemljejo iz rok sodišča. V tem kontekstu ločimo med različnimi instituti: na eni strani imamo razmeroma pogost in ustaljen institut pogojnega odpusta od prestajanja kazni zapora, na drugi strani pa še bolj negotove in izredne možnosti, kot sta pomilostitev in amnestija.

Pri slednjih gre za res izredni možnosti, o katerih odločata izvršilna oz. zakonodajna veja oblasti ob posebnih pogojih in sta razmeroma redki. To je mogoče trditi tako za pomilostitve, do katerih sicer prihaja redno, a v zelo majhnem številu glede na število kaznovanih v posameznem obdobju, kot za amnestijo, ki je še bistveno redkejša.<sup>134</sup>

Nasprotno je pogojni odpust razmeroma pogosto uporabljen instrument, v nekaterih sistemih celo obvezne narave, in lahko v večji meri vpliva na dejansko dolžino dosojene kazni. Zato ocenjujem, da je pogojni odpust dejavnik, ki lahko bistveno bolj vpliva na samo odločanje o sankciji, saj sodnik nanj lahko redno »računa«, česar za pomilostitve in amnestijo ni mogoče reči. Posamezni akti pomilostitev in amnestij lahko sicer izzovejo močne reakcije javnosti,<sup>135</sup> vendar do

---

<sup>133</sup> Poglavje je deloma povzeto po (Plesničar 2012a).

<sup>134</sup> Čeprav se nekateri sistemi s problemom prezasedenosti zaporov soočajo tudi na tak način – dober primer za to sta Francija (Lévy 2007; Kensey in Tournier 1999; M. Tonry 1996), ali Italija do sprememb zakonodaje v devetdesetih letih (Manna in Infante 2000).

<sup>135</sup> V primeru pomilostitev je v našem okolju dober primer takšnih odločitev Drnovškova pomilostitev prvega obsojenega zaradi gospodarske kriminalitete pri nas leta 2006 ali Türkova pomilostitev nekaterih obsojencev za kazniva dejanja v zvezi z drogami leta 2012. V zvezi z amnestijami pa je dober primer za ostro obsojano odločitev obsežna amnestija češkega predsednika Vaclava Klause ob izteku funkcije januarja 2013, ko je pomilostil več kot četrtno čeških zapornikov in ustavil vse postopke z zagroženo kaznijo nižjo od deset let zapora, ki so trajali dlje kot osem let (Sonin 2013).

njih prihaja tako redko, da ne gre računati na to, da jih sodniki ob presojanju ustrezne dolžine kazni sploh upoštevajo.

Prenehanje prestajanja kazni zapora pred njenim iztekom je tako v sodobnih sistemih (v glavnem) mogoče na dva (zakonita) načina: to funkcijo opravljata tako pogojni kot tudi predčasni odpust. Njuni vsebini in namena sta različna, skupno pa jima je, da zaporne kazni, ki jo je sodišče odmerilo, storilec ne prestane v celoti, temveč le deloma. Pri pogojnem odpustu (*parole, conditional release*) gre za možnost, da je lahko obsojenec, ki je že prestal določen del kazni, še pred njenim iztekom pogojno odpuščen na prostost, če so izpolnjeni določeni pogoji in o tem odloči pristojni organ. Predčasni odpust (*early release*) se od pogojnega razlikuje v tem, da gre praviloma za dokončni ukrep brez dodatnih pogojev, izreka se po manj zahtevnem postopku, čas do izteka kazni pa ne presega nekaj mesecev. Medtem ko ima pogojni odpust korenine v rehabilitativnih zamislih, je predčasni odpust bolj pragmatične narave in običajno služi kot nagrada za lepo vedenje znotraj zapora.<sup>136</sup>

Za sledečo razpravo je ravno zaradi bistveno manjšega »skrajšanja« zaporne kazni v primeru predčasnega odpusta ključnega pomena pogojni odpust, saj ima ta skladno s svojo vlogo v sistemu navadno veliko večji vpliv na dosojeno kazen. Dolžina prestane kazni je tudi v primeru pogojnega odpusta v različnih sistemih različna in vnaprej bolj ali manj določena, a brez dvoma ima na izrečeno sankcijo zapora neposreden vpliv.

Zaradi takšnega vpliva na sankcijo zapora je nedvomen tudi vpliv, ki ga ima možnost takšnega prenehanja izvrševanja kazni zapora na odločitev in na postopek odločanja o sankciji v primerih, kjer sodišče tehta o uporabi kazni zapora, predvsem pa takrat, ko tehta o primerni dolžini te kazni (Šelih 1990). Pomen različnih možnosti odpusta za odločanje o kazni zapora je odvisen od načina, na

---

<sup>136</sup> V slovenski ureditvi možnost predčasnega odpusta ureja ZIKS-1 v 108. členu. O njem odloča direktor zavoda, v katerem obsojenec prestaja kazen. Do predčasnega odpusta lahko pride največ tri mesece pred iztekom kazni, če iz mnenja strokovnega osebja izhaja, da se obsojeni ustrezno obnaša, si prizadeva pri delu in se aktivno udeležuje drugih koristnih dejavnosti. Poleg časovne omejitve je edino merilo za odločanje o predčasnem odpustu obsojenčevo vedenje med prestajanjem zapora in torej deluje kot nagrada za ustrezno ravnanje v času prestajanja kazni. Zato tudi ni predvidena možnost preklica takega predčasnega odpusta.

katerega je urejeno vprašanje predčasnega ali pogojnega odpusta, a verjetnost, da je vpliv ničen, se ne glede na ureditev zdi zelo majhna.

Na takšno sliko kažejo tudi nekatere sodobne iniciative v zvezi s kaznovanjem, ki stremijo k temu, da bi bilo že ob izreku kazni (povsem) jasno, kako dolgo bo obsojeni dejansko zaprt. Gibanje, ki je sledilo geslu »*truth in sentencing*« (resnica v kaznovanju), je sredi devetdesetih let predvsem v ZDA postavilo prav to zahtevo.<sup>137</sup> V njenem ozadju je ležalo ogorčenje javnosti, (prisotno tudi v evropskih državah in tudi pri nas) nad dejstvom, da obsojeni v resnici prestane le del kazni, na katero je bil obsojen, s čimer »sistem« zavaja svoje državljane in jim »laže« (Barr 1992a, 1992b) in takšnemu videnju ustrezna zahteva po »resnici« v kaznovanju (Pratt 2007; Roberts *et al.* 2003; Chen 2000). Glavna premisa takšne iniciative je izvirala iz naraščajočega strahu pred kriminaliteto in vse bolj politično vročega vprašanja kaznovanja, njen cilj pa je bil sistem, v katerem je kaznovanje jasno, strogo in dosledno (Wood in Dunaway 2003; Chen 2000; Ditton in Wilson 1999; Tonry 1997). Ena izmed pomembnih novosti je bila odprava sistema pogojnih odpustov (v ameriškem kontekstu *parole*) v tedanji obliki in zahteve po minimumu 85 odstotkov prestane kazni, s čimer je bilo kasneje pogojeno tudi zvezno financiranje. Učinkov tega gibanja ne moremo oceniti zunaj konteksta vseh sprememb v ameriških sistemih na področju kaznovanja v devetdesetih letih prejšnjega stoletja, zato je nemogoče trditi, da je prav »*truth in sentencing*« povzročil naraščanje števila zapornikov in druge težave pri izvrševanju kazenskih sankcij, je pa k temu nedvomno prispeval svoj delež (Baker in Roberts 2008; Mackenzie 2001; Poletti in Donnelly 2001).<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> »*Truth in sentencing*« iniciative so se razširile tudi po drugih državah *common law*-ja (Tonry 1997; Tonry in Hatlestad 1997, s. 148–162).

<sup>138</sup> Da učinki te in drugih podobnih iniciativ, ki so z omejevanjem sodniške diskrecije pri izrekanju sankcij stremeli k doslednejšemu sistemu kaznovanja, niso upravičili pričakovanj, pomembno opozarja Tonry, ki pravi, da so sodniki ob vse večjem omejevanju diskrecije pri kaznovanju in izjemnih postrožitvah sistema začeli pogosteje odločati zunaj zakonsko določenih meja. »*This strikes many judges, prosecutors, and defense lawyers—who typically believe that many characteristics of offenders besides their crimes are pertinent to just sentencing—as wrong and unjust. Forced to choose between their oaths to enforce the law, by imposing sentences they believe unjust, and to do justice, by willfully evading the law's commands, they often do the latter. As a result, many sentencing reforms premised in part on "truth in sentencing" produce deceptive sentencing.*« (Tonry 1997, s. 14)



Pomen vpliva, ki ga ima naknadno odločanje o pogojnem odpustu na odločanje o sankciji v kazenskem postopku je poudarila že vplivna študija kanadske komisije za vprašanja odločanja o sankcijah v osemdesetih letih prejšnjega stoletja (Canadian Sentencing Commission 1987), še pred njo pa raziskava kanadskega kriminologa Hogartha (1971). Obe sta pokazali, da večina sodnikov pri odločanju o dolžini zaporne kazni upošteva tudi možnost pogojnega odpusta, le dobra tretjina (rezultat je bil primerljiv v obeh raziskavah) vprašanih jih je namreč tako ravnanje zanikala. Navadno je upoštevanje šlo v smeri dodelitve strožje kazni, s katero so skušala sodišča zagotoviti, da bo obsojeni v zaporu res prestal toliko časa, kot so si zamislili sodniki v času odločitve (Campbell 1999; Canadian Sentencing Commission 1987; Hogarth 1971).

V luči takšnih rezultatov je še posebej presenetljivo pomanjkanje nadaljnjih in bolj podrobnih analiz v zvezi s tem vprašanjem v sodobni strokovni literaturi. Jakost vpliva predčasnega odpusta na odločanje sodnika je gotovo odvisna od več dejavnikov, pri čemer je ključnega pomena ureditev pogojnega odpusta v posameznih sistemih, ki se teh vprašanj lotevajo na različne načine.

V nadaljevanju bosta tako najprej predstavljena namen in razvoj instituta pogojnega odpusta ter razjasnitev osnovnih pojmov v zvezi z njim. Temu bo sledila predstavitev dilem v zvezi s pogojnim odpustom, ki po mojem mnenju najbolj vplivajo (tudi) na določanje ustrezne sankcije v samem sodnem postopku: nekaj prostora bo tako posvečenega razlikovanju med obveznim in diskrecijskim sistemom pogojnega odpusta, nato pa še vprašanju subjekta odločanja, oboje s posebnimi poudarki slovenskemu sistemu in njegovim težavam.

### **2.3.3.2 razvoj in namen instituta**

Pogojni odpust se je razvil znotraj sistema common-law v sredini 19. stoletja. Kljub nekaterim zgodnejšim predlogom in zamislim, predvsem zapisom britanskega reformatorja kaznilnic Johna Howarda, avtorja slavnega poročila »Stanje angleških in valižanskih jetnišnic« iz leta 1777 (Jones in Johnstone 2012; Jakulin 1989;

Hibbert 1965), je neke vrste pogojni odpust zaživel šele kasneje, in to na drugem koncu sveta.

Osemnajsto in devetnajsto stoletje sta namreč poleg velikih reform v kaznovanju na stari celini prinesla tudi razcvet nove (po vsebini pa ene najstarejših) oblike kaznovanja – izгона. Novo odkrita celina na jugu zemeljske oble je ponujala izvrstne možnosti za na videz enostavno rešitev problema kaznovanja: v Avstralijo so med letoma 1787 in 1868 Britanci prepeljali okrog 165.000 kaznjencev (Robson 1973; Hibbert 1965).

Zgodovina pogojnega odpusta se tako začne v eni izmed avstralskih kazenskih kolonij, *Norfolk Islands*, na katero so pošiljali »nepopoljšljive« kaznjence, večkrat obsojene po že prestani kazni na avstralski celini, s prihodom Škota Alexandra Maconochieja na mesto glavnega nadzornika. Poleg številnih reform, s katerimi je koval začetke rehabilitativnega dela s kaznjenci, je Maconochie zasnoval prehodno obdobje za kaznjence, v katerem so bili zaporniki pod pogojem, da bodo ravnali v skladu z zakonom, izpuščeni na prostost pred iztekom celotne kazni (Jones in Johnstone 2012; Hibbert 1965).

Maconochiejev sistem je bil kljub odličnim rezultatom že po nekaj letih ukinjen, saj je večina sodobnikov menila, da je do obsojencev premil. Še kar nekaj časa je trajalo, preden je bil sistem prevzet v splošno kaznovalno politiko Britanskega imperija in še precej časa, da se je iz Avstralije, Anglije in ZDA preko Francije razširil po državah celinske Evrope (Jakulin 1989), pa vendar je tudi sodoben koncept pogojnega odpusta precej podoben Maconochievi izvorni zamisli.

V evropskem prostoru je bil v okviru splošnega gibanja za reformo kazenske zakonodaje institut pogojnega odpusta vpeljan predvsem zaradi preprečevanja povratništva, z močnimi poudarki na individualizaciji kazni z namenom prevzgoje in resocializacije obsojencev. Obenem je teorija nanj gledala kot na neke vrste nagrado, ki so si jo obsojenci lahko prislužili z lepim vedenjem med prestajanjem kazni (Jakulin 1989).

V slovenski prostor je bil najprej vpeljan v okviru avstro-ogrske monarhije preko kraljevega odloka iz leta 1712 (Brückmuller in Hofinger 2010), sodobni razvoj pa

se je začel v prvi polovici 20. stoletja (Jakulin 1989). Spremembe v 20. stoletju so bile v glavnem pogojene z razvojem jugoslovanskega kazenskega prava, vendar je ostal sistem od sredine 20. stoletja praktično nespremenjen, z le občasnimi odmiki od vpeljane forme (Ambrož in Šugman Stubbs 2011; Jakulin 1989).

Pogojni odpust je danes splošen institut kazenskega prava, ki služi več namenom. Na eni strani predstavlja pregovorni korenček, ki služi spodbujanju zapornikov k lepšemu vedenju in doslednejšemu spoštovanju pravil znotraj kazenske ustanove, na drugi strani pa v skladu z izvorno zasnovano služi za rehabilitacijo in zapornikom z vzpostavitvijo vmesnega obdobja lajša prehod iz zaprtega okolja na prostost (Bavcon *et al.* 2013; Šugman Stubbs in Ambrož 2010; Jakulin 1989).

Ob tem se postavlja vprašanje, ali si nista osnovna namena instituta med seboj nekoliko v nasprotju. Zavedanje zapornika, da bo ob upoštevanju pravil lahko prej odpuščen, namreč vnaša dvom v njegovo rehabilitacijo, saj je sprememba njegovega vedenja lahko zgolj »igra«, ki traja do odpusta,<sup>139</sup> in ne realna slika spremembe njegove splošne konformnosti, zato je ocena »pravih« možnosti za rehabilitacijo toliko težja (Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010; Brinc 2003).

V sodobnem evropskem okolju se pogojni odpust vse bolj uporablja tudi kot sredstvo za zmanjševanje prevelikega števila zapornikov, a je ta nova pragmatična vloga še veliko bolj vprašljiva in občutljiva od klasičnega pojmovanja (Ambrož in Šugman Stubbs 2011; Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010).

Raznoterost namenov, ki naj jih pokriva institut pogojnega odpusta, ustreza sliki, ki jo nudi spraševanje o samem namenu kaznovanja, podrobneje pojasnjeno v prejšnjem poglavju. Ker se tudi tam v večini sodobnih sistemov mešajo številni, tudi medsebojno nasprotujoči si nameni, kot je bilo podrobneje pojasnjeno v prejšnjem poglavju, bi bilo najbrž naivno pričakovati, da bo pri institutu pogojnega odpusta bistveno drugače (Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010).

---

<sup>139</sup> V okviru tretmanske ideologije je v tem oziru govor o »tretmanski igri«, za katero je značilno, da se obsojeni pretvarja, da je bil tretman uspešen, osebje pa, da temu verjame (Petrovec in Muršič 2011; Zebec Koren 1992). Problem je podoben dilemi glede upoštevanja obsojenčevega »spokornega« vedenja po izvršitvi kaznivega dejanja pri odmeri kazni, saj je tako vedenje po eni strani lahko posledica iskrenega kesanja obsojenca in torej pomembno za ustrezno individualizacijo kazni, po drugi strani pa le umetno ustvarjena slika, namenjena zgolj vplivanju na odmerjeno kazen (prim. Kmet 2012a; Proeve in Tudor 2010).

Če je v začetku pogojni odpust predstavljal pomoč obsojencem v zaključni fazi rehabilitacije, in ga je v tem smislu mogoče šteti kot institut tretmanske ideologije *par excellence*, saj ga je v njegovi osnovni obliki nemogoče zlorabiti v škodo obsojenca, danes ta institut uokvirjajo bolj pragmatični pomisleki, ki zadnja leta postajajo gonilna sila nekaterih sprememb na kaznovalnem področju. Pomisleki, na katere ciljamo, gredo v glavnem v smer omejevanja represivnih zapornih kazni, katerih uporaba se je v zadnjih desetletjih, po »zlomu« rehabilitativnih teženj v kaznovanju, v evropskem, predvsem pa ameriškem prostoru razmahnila preko vseh razumnih meja. Ravno pragmatični razmisleki o prevelikih izdatkih, bistveno manj pa vsi ostali tehtni argumenti stroke, vplivajo na politiko, ki želi v času vsesplošne gospodarske krize nekoliko omejiti stroške, ki jih ima s kaznovanjem storilcev kaznivih dejanj.

Ne glede na to, kako dobrodošel je ta preobrat, vendarle prinaša določena tveganja, zaradi katerih ga ne gre sprejeti povsem odprtih rok. Zakaj in kako kaznujemo, sta tako pomembni vprašanji, da ju gotovo ne moremo in ne želimo (povsem) prepustiti trenutno modnim utemeljitvam, s katerimi se v danem trenutku lahko celo intimno strinjamo, a se lahko v sodobnih časih spremenijo zelo hitro in zelo radikalno. Samo pragmatizem gotovo ne bo razrešil trenutnega problema prenatrpanosti zaporov, zelo nevaren pa lahko postane, ko vsebinski razlogi in pomisleki zaradi njega bledijo v ozadju kolektivne zavesti. Tudi v zvezi s pogojnim odpustom je zato več kot smiselno opozorilo, da njegov glavni namen gotovo ne sme postati »praznjenje zaporov«, saj bi bil institut, ki je skozi čas dobil pomembno in trdno mesto v večini sodobnih kazensko-pravnih ureditev, tako povsem razvrednoten (Ambrož in Šugman Stubbs 2011; Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010).<sup>140</sup>

V tem kontekstu je smiselno opozoriti še na nekatere pomembne pomisleke proti sami ideji pogojnega odpusta. Nanje pronicljivo opozarja Frase (2013), ki pogojnemu odpustu v kakršni koli obliki nasprotuje, a iz drugačnih razlogov kot iniciativa *truth in sentencing*. Frase tako meni, da so odločitve o pogojnih odpustih

---

<sup>140</sup> Ambrož in Šugmanova (2011) v zvezi s tem pomembno opozarjata še, da je mogoče s pogostejšo uporabo pogojnega odpusta kronične težave sodobnih kaznovalnih institucij le omiliti, nikakor pa ne ozdraviti.

preveč nesistematične in nezanesljive, da bi sodile v sodobni kaznovalni sistem, da je mogoče in potrebno prenatrpanost v zapornih omejiti na drugem koncu, torej pri izrekanju kazni samih, da odločanje o pogojnih odpustih dejansko odločitev o sankciji prenaša iz rok sodne v roke izvršilne veje oblasti ter da institut pogojnega odpusta onemogoča srednje- in dolgoročno načrtovanje velikosti zaporniške populacije. Njegovi pomisleki so utemeljeni in razumni, a izhajajo iz ideje, da je mogoče ustvariti kaznovalni sistem, ki bo že v začetku izoblikoval optimalno sankcijo. Poleg tega povsem zanemarjajo rehabilitativni pomen instituta, iz katerega je pogojni odpust kot tak sploh zrastel.

### **2.3.3.3 formalni in materialni pogoj za pogojni odpust**

V splošnem morata biti za pozitivno, torej ugodilno, odločitev o pogojnem odpustu izpolnjena dva pogoja: formalni in materialni. Prvega navadno opredeljuje potek časa oz. del kazni, ki ga je obsojeni prestal v zaporu. Gre za pogoj, ki je razširjen v vseh sistemih, ne glede na specifično ureditev, razlike so le v deležu prestane kazni, ki se zahteva. Drugi je manj univerzalen, saj gre pri materialnem pogoju za utemeljenost pričakovanja, da obsojeni na prostosti ne bo vnovič storil kaznivega dejanja.

Čas, ki ga mora obsojeni prestati v zaporu, da izpolni *formalni pogoj*, je običajno odvisen od višine zaporne kazni, ki mu jo je določilo sodišče, pri čemer gre za stopnjevanje – višja, kot je bila izrečena kazen, večji del mora biti izvršen v zaporu.

O smiselnosti takšne progresivnosti v literaturi praktično ni govora, čeprav so obsojenci z dolgotrajnimi zapornimi kaznimi deležni bistveno strožje obravnave. Ureditev je mogoče braniti z več vidikov, na primer (po analogiji z umeščanjem v režime v zavodih) s sklicevanjem na večjo zavržnost ravnanja, ki je pripeljalo do visoke zaporne kazni in zato upravičuje strožjo obravnavo. Kljub temu bi si vprašanje zaslužilo lastno obravnavo, za katero pa na tem mestu ni prostora.

V slovenskem in primerljivih sistemih je formalni kriterij na splošno izpolnjen, ko obsojeni prestane vsaj polovico izrečene kazni, to obdobje pa se podaljša na tri

četrtnine prestane kazni, če je bila izrečena kazen daljša od 15 let, ter na najmanj 25 let, če je bila izrečena kazen dosmrtnega zapora.

Predvsem zadnji pogoj, torej minimum 25 let za obsojence na dosmrtni zapor, je v primerjalnopравnem pogledu razmeroma strog. Bistveno strožji je na primer od belgijske (10 let), finske (12 let oz. 10 let za mlajše polnoletne), nemške, švicarske in avstrijske (15 let) ali francoske ureditve (18 let) ter enak poljski in ruski rešitvi (Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010), kar je še posebej zanimivo glede na ostale kaznovalne določbe, ki Slovenijo uvrščajo med države z manj strogo kaznovalno lestvico, in splošno percepcijo javnosti o milem kaznovanju pri nas.<sup>141</sup>

Izjemoma je mogoče za prvi dve skupini zapornikov (ne pa za obsojene na dosmrtni zapor) formalni pogoj omiliti, in sicer tako, da je dovolj ena tretjina prestane kazni, če obstajajo posebne okoliščine (npr. poslabšanje zdravstvenega stanja, socialno pomembni ustvarjalni dosežki, realno pričakovanje, da bo prišlo do spremembe kazni, ipd.), ki se nanašajo na obsojenčevo osebnost, in kažejo, da kaznivih dejanj ne bo ponavljal (Bele 2001).

Glede materialnega kriterija so različne ureditve našle različne rešitve. V samem bistvu gre za vsebinsko presojo, ali si obsojeni »zasluži« priložnost, ki jo nudi pogojni odpust ali ne. Ta se opre na kriminalno prognozo, koncept, ki je sam po sebi izjemno nedoločen. Kot bomo videli v nadaljevanju, je materialni kriterij (tudi) zato v nekaterih sistemih povsem izločen iz presojanja o pogojnem odpustu

V ureditvah, kjer ostaja del odločanja o pogojnem odpustu pa vsekakor povzroča več težav od formalnega. Kriteriji zanj namreč razumljivo ne morejo biti numerični in so zato navadno naštetih zgolj primeroma.

Za presojo so tako v slovenskem sistemu pomembne različne okoliščine na strani obsojenca, zakon kot primer našteva povratništvo, kazenski postopek za kazniva dejanja, storjena pred nastopom kazni zapora, odnos obsojenca do storjenega kaznivega dejanja in oškodovanca, njegovo vedenje med prestajanjem kazni,

---

<sup>141</sup> V tem smislu najbrž ni naključje, da je bila določba dodana s spremembami iz leta 2008, ki so v naš kaznovalni sistem – s kontroverzno uvedbo dosmrtnega zapora na čelu – vnesle represivnejši duh (glej npr. Meško and Jere, 2012; Petrovec and Muršič, 2011; Filipčič, 2009).

uspehi pri zdravljenju odvisnosti in pogoji za vključitev v življenje na prostosti. Tako oblikovan materialni pogoj je v skladu z rehabilitativnim namenom instituta pogojnega odpusta, obenem pa predstavlja tudi neke vrste nagrado za obsojenčevo ustrezno vedenje v zaporu. Ob tem velja poudariti, da za izpolnitev materialnega pogoja niso potrebne posebne okoliščine, ki bi pričale o obsojenčevi rehabilitaciji, kot to zahteva izjema pri formalnem pogoj, temveč zadostuje splošna pozitivna ocena obsojenčevih zmožnosti za življenje brez nadaljnjih kaznivih dejanj.

KZ-1 je materialni pogoj za pogojni odpust oblikoval določeneje od starega KZ, ki je veleval, da se pri oceni obsojenčeve rehabilitacije upošteva zgolj njegovo vedenje med prestajanjem kazni. Mogoče bi bilo smiselno primere, ki jih ponuja, še nekoliko razširiti ali preoblikovati,<sup>142</sup> a v splošnem je sedanja dikcija dovolj široka, da omogoča upoštevanje vseh relevantnih okoliščin.

Zahtevanje konkretnjših dokazov ali celo upoštevanje drugačnih dejavnikov, zlasti tistih, ki so obsojenca privedli v zapor (Weber 2011), pa bi šlo mimo namena odločanja o pogojnem odpustu, kot je zasnovan v večini evropskih sistemov.

Resnost kaznivega dejanja je seveda pomemben element, ki je zato deležen primerne obravnave znotraj samega formalnega pogoja za pogojni odpust, skupaj z obtoženčevo krivdo ter obteževalnimi in olajševalnimi okoliščinami pa najbolj v fazi odmere kazni. A namen odločanja o pogojnem odpustu ni ponovno odločanje o primernosti kazni, temveč ocena verjetnosti obsojenčeve rehabilitacije (Bele 2001). Pri tem je rehabilitacijo mogoče in treba pričakovati od vseh vrst obsojencev, ne samo od tistih, ki storijo manj huda kazniva dejanja.

#### **2.3.3.4 odločanje o pogojnem odpustu**

V splošnem obstajata dve možnosti odločanja o pogojnih odpustih, diskrecijska in obvezna. V diskrecijskem sistemu, ki ga pozna množica evropskih držav,

---

<sup>142</sup> Zlasti recimo z vedenjem med izhodi (prim. Petrovec, 2007).

predstavlja pogojni odpust *možnost*, o kateri ima na podlagi ocene obsojenčeve rehabilitacije diskrecijo odločati pristojni organ.<sup>143</sup>

Nasprotno v sistemih, ki poznajo obvezni (*mandatory, automatic*) sistem odpusta, pogojni odpust obsojencu pripade »avtomatsko« po izpolnitvi formalnega kriterija (torej prenehanem določenem delu kazni) in brez opredeljevanja do obsojenčeve kriminalne prognoze. Druga možnost se vse bolj uveljavlja v mnogih evropskih ureditvah (npr. Finska, Švedska, Grčija, vsaj delno Anglija in Wales ter Turčija), pri čemer so nekatere države izbrale vmesne različice (Ambrož in Šugman Stubbs 2011; Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010).

Tako diskrecijska kot obvezna oblika pogojnega odpusta sta dopustni možnosti v skladu s priporočili Sveta Evrope, vendar imata obe svoje prednosti in slabosti.<sup>144</sup> Glavna prednost obveznega sistema je zagotovo zagotavljanje enakopravne obravnave, saj pravzaprav ni možnosti za diskriminacijo, in nasprotno, glavna prednost diskrecijskega sistema leži v dodatnih spodbudah, ki jih za pozitivne spremembe vedenja tak sistem daje obsojencu.<sup>145</sup> Ravno zaradi številnih pozitivnih in negativnih vidikov obeh rešitev se zdijo vmesne različice, ki jih izbirajo različni sistemi, bolj smiselna pot (Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010).

---

<sup>143</sup> V slovenskem primeru je po veljavni zakonodaji za to pristojna Komisija za pogojne odpuste, ki jo imenuje pravosodni minister.

<sup>144</sup> Svet Evrope je v zvezi z vprašanjem pogojnega odpusta sprejel tri konvencije: Evropska konvencija o nadzorstvu nad pogojno obsojenimi ali pogojno oproščenimi osebami (30. november 1964, CETS 51), Evropska konvencija o mednarodni veljavnosti kazenskih rozsodb (28. maj 1970, CETS 057), Konvencija o transferju obsojenih oseb (21. marec 1983, CETS 112) ter pomembna priporočila Odbora ministrov, ki so preko sodb Evropskega sodišča za človekove pravice »pridobila« bolj zavezujočo naravo. Svet Evrope je pogojnemu odpustu naklonjen, pri čemer je institut razumljen predvsem kot rehabilitativni instrument, poleg tega pa tudi sredstvo za razreševanje prenatrpanosti zaporov.

Tudi na nivoju Evropske unije, ki je vse bolj dejavna na kazenskopravnem področju (Evropska komisija, 2011), je bilo sprejetih kar nekaj instrumentov, predvsem v obliki okvirnih sklepov (npr. Okvirni sklep o uporabi načela vzajemnega priznavanja sodb in pogojnih odločb zaradi zagotavljanja nadzorstva nad spremljevalnimi ukrepi in alternativnimi sankcijami (2008/947/PNZ), Okvirni sklep o evropskem pripornem nalogu (2002/584/JHA), Okvirni sklep o uporabi načela vzajemnega priznavanja sodb v kazenskih zadevah, s katerimi so izrečene zaporne kazni ali ukrepi, ki vključujejo odvzem prostosti (2008/989/JHA), in drugi), ki se posredno ali neposredno dotikajo pogojnega odpusta, pri čemer gre pričakovati še večjo aktivnost na tem področju. EU si pri tem prizadeva predvsem za večjo učinkovitost. Več o tem glej: (Van Zyl Smit in Spencer 2010; Ambrož in Šugman Stubbs 2011).

<sup>145</sup> Podrobneje o dobrih in slabih straneh obeh možnosti glej Ambrož in Šugman Stubbs, 2011.



Švedska ureditev na primer predvideva obvezni pogojni odpust za obsojenca, razen v izjemnih primerih, kadar ta izkazuje resno nevarnost, da bo kazniva dejanja ponavljal. Taka ureditev torej ne zahteva pozitivne prognoze, temveč se zadovolji z odsotnostjo izrazite negativne prognoze. Podobno francoski sistem ne zahteva »dokazov« o uspešni rehabilitaciji, temveč zadostuje izkazano prizadevanje obsojenca za rehabilitacijo (Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010).<sup>146</sup> Angleška rešitev je kombinacija sistema diskrecije za obsojene na daljše in obveznega odpusta za obsojene na krajše zaporne kazni (Ambrož in Šugman Stubbs, 2011).

Slovenska ureditev je zaenkrat zasidrana v diskrecijskem sistemu, kjer se za odobritev pogojnega odpusta znotraj materialnega pogoja zahteva pozitivna prognoza za obsojenca. Vsekakor se zdi smiselno vsaj delno manjšanje diskrecije in vnašanje elementov obveznega odpusta, morebiti po vzoru francoske ali angleške ureditve. Tudi Ambrož in Šugmanova *de lege ferenda* predlagata uvedbo vmesnega sistema, opozarjajoč na pasti ene in druge možnosti odločanja v njuni čisti obliki. Ob tem opozarjata predvsem na zelo verjetno nepriljubljenost uvedbe obveznega pogojnega odpusta, ki v sodobnem kaznovalno naravnem ozračju gotovo ne bi naletela na veliko odobravanja (Ambrož in Šugman Stubbs, 2011).

Če sprejmemo tezo, da morebitno odločanje o pogojnem odpustu vpliva tudi na odločanje o sankciji, je morebitni učinek gotovo drugačen v obeh skrajnih različicah možne ureditve: obvezni in (v celoti) diskrecijski ter v vmesnih variantah večje ali manjše diskrecije. Še bolj pa je drugačen učinek, ki ga takšno upoštevanje ob izreku sankcije nosi za obsojenega.

Na eni skrajnosti si je v idealnem scenariju mogoče zamisliti, da sodnik ob odločanju o sankciji zavestno in dosledno ignorira možnost pogojnega odpusta, ali bolje, da možnost pogojnega odpusta jemlje kot sistemsko dopustno možnost naknadne omilitve sankcije, ki jo bo izrekel.<sup>147</sup> V tem primeru se pri odločanju o

---

<sup>146</sup> Podobne vmesne rešitve poznajo tudi Belgija, Danska, Švica, delno Nizozemska. Dodatne spodbude za hitrejši odpust dajeta francoska in italijanska ureditev obsojencem, ki so starši mlajših otrok. (Dünkel et al., 2010)

<sup>147</sup> Težko si je predstavljati, da kljub izvajanju teorije, v skladu s katerimi pogojni odpust predstavlja zgolj način izvrševanja kazni zapora in ne spremembe kazni (Šugman Stubbs in Ambrož

sankciji ne ozira na možnost pogojnega odpusta, zato kazen izreka v skladu s predpisi, vedoč, da ne bo izvršena na način, na katerega jo je izrekel. Takšen scenarij je, ne samo empirično nepotrjen, temveč tudi malo verjeten.

Po drugi strani je od sodnika mogoče pričakovati, da bo v dosojeno kazen »vračunal« tudi dejstvo, da bo po določenem času pred iztekom kazni obsojeni lahko izpuščen iz zaporu. V tem primeru lahko sodnik kazen, ki se mu zdi ustrezna, postroži tako, da bo obsojeni v zaporu nujno prestal določeno obdobje, ki si ga je sodnik zamislil.<sup>148</sup> Takšen je bil po izsledkih omenjenih raziskav rezultat v Kanadi v osemdesetih letih (Campbell 1999; Canadian Sentencing Commission 1987; Hogarth 1971). Če je pri tem dosleden, ohrani relativno lestvico sorazmernosti (*ordinal proportionality*) med kaznivimi dejanji, saj ohrani vnaprej določena razmerja za kaznovanje različnih kaznivih ravnanj. Vzpostavi pa pri tem novo absolutno lestvico sorazmernosti (*cardinal proportionality*), saj se kazen proporcionalno zviša za dolžino pogojnega odpusta in je tako strožja od tiste, ki jo je predvidel zakonodajalec ob vzpostavitvi kaznovalnega sistema skupaj s pogojnim odpustom. Če ob tem opusti še doslednost in čas pogojnega odpusta prišteva le v nekaterih, posebno hudih primerih, se s tem poruši še relativna sorazmernost med kaznivimi dejanji.

Opisano doslednost je glede na ureditev bolj realno pričakovati v sistemu, kjer je pogojni odpust obvezna sestavina kaznovalnega sistema, manj pa v sistemu, kjer je prepuščen diskreciji pristojnega organa. V takih primerih lahko namreč sodnik samo ugiba, kako se bodo spremenile razmere in kriminalna prognoza obsojenca in po kolikšnem deležu prestane kazni bo obsojeni lahko pogojno izpuščen. Nevarnost diskrecijskega sistema, o kateri je bilo že prej govora v zvezi z negotovostjo obsojenca in možnostjo arbitrarnosti, se zdi zato upoštevaje možnost vpliva že v fazi določanja sankcije toliko večja. Obenem se zdi obvezni sistem bolj ranljiv z vidika možnosti za sistemsko višanje dosojenih kazni in posledično večjo kaznovalno naravnost sistema, zato tudi ta ne nudi popolne alternative.

---

2010), *de facto* posledice pogojnega odpusta vsem opazujočim ne predstavljajo omilitve izrečene sankcije.

<sup>148</sup> Ob tem velja poudariti, da je povsem verjetno, da postopek postrožitve ne poteka vedno na zavedni ravni in bi mu znal sodnik ob predočitvi jasno nasprotovati.

### 2.3.3.5 sodni ali upravni model odločanja

Drugo ključno razlikovanje med različnimi ureditvami pogojnega odpusta je v subjektu, ki je za odločanje o tem pristojen. Upošteva dejstvo, da odločanje o kaznovanju in izvrševanju kazni močno posega v pravice posameznika, številne zakonodaje (npr. najbolj tipično in z najdaljšo tradicijo Nemčija in Francija)<sup>149</sup> te vrste odločitve pretežno prepuščajo sodnim organom. V ozadju takšne rešitve leži ideja, da v splošnem sodna odločitev predstavlja večje zagotovilo pravne varnosti in zaščite človekovih pravic kot odločanje upravnega organa (Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010; Ambrož 2008, 2007; Malešević 2008).

Prav upravni model izvrševanja kazenskih sankcij, kamor sodi tudi odločanje o pogojnem odpustu, je alternativna rešitev, ki je uveljavljena v številnih drugih ureditvah, tudi slovenski. Za ta model je značilna dvodelba sistema: kaznovanje je ločeno na sodni in administrativni del, pri čemer se vloga sodišča v glavnem zaključuje z izrekom kazni, medtem ko se z njenim dejanskim izvrševanjem ukvarjajo pretežno upravni organi.<sup>150</sup>

Oba sistema imata svoje prednosti in slabosti, a v zadnjih letih se vse več držav odloča za prehod na sodni sistem (Dünkel, Van Zyl Smit in Padfield 2010; Malešević 2008). Seveda je naivno pričakovati, da prehod na sodno izvrševanje sankcij sam po sebi prinese odločilne vsebinske spremembe v postopkih odločanja o pogojnem odpustu. Obstajajo tudi pomembni pomisleki v zvezi s takšno rešitvijo.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Še posebej v Franciji, kjer posebnega sodnika za izvrševanje kazenskih sankcij poznajo že od leta 1958 (*juge de l'application des peines*), je ta z leti pridobival vse več pristojnosti in v sedanji ureditvi odloča tudi o vsebini izrečene sankcije (skrajšanju, preoblikovanju ipd.) (Beziz-Ayache in Boesel 2010; Herzog-Evans 2009; Beernaert *et al.* 2008).

<sup>150</sup> Ambrož (2007) ob tem pomembno opozarja, da čisti sodni in čisti upravni model ne obstajata, temveč gre pri takšnem poimenovanju za prevladujočo vlogo, ki jo ima v sistemu posamezna veja oblasti.

<sup>151</sup> V zvezi s sodnim nadzorom je npr. problematično potencialno podaljšanje postopkov, pogosto izmenjavanje sodnikov (ki si prizadevajo za uglednejši položaj), premalo dorečena formalna pravila, ipd. (Malešević 2008; Ambrož 2007).

Sodni okviri načeloma res predstavljajo določeno garancijo v postopkih odločanja, a sodišča, predvsem pa njihovi posamezni člani, še zdaleč niso imuni na formalistično odločanje na eni in arbitrarno na drugi strani. V zvezi s slednjim so kar preveč nazorni rezultati nedavne raziskave, izvedene v Izraelu, o odločanju o pogojnih odpustih. Ti namreč kažejo, da je na sodnike (!), ki so odločali o usodi obsojencev, ki so zaprosili za pogojni odpust, bolj kot karkoli drugega vplival čas odločitve in njegova oddaljenost od naslednjega odmora. S potekom časa je namreč strmo padal odstotek ugodenih prošelj, ki je pred vsakim odmorom padel praktično na nič odstotkov, takoj po odmoru pa zrastel na kar 65 odstotkov (Danziger, Levav in Avnaim-Pesso 2011).<sup>152</sup>

Poleg tega je (še posebej v slovenskem kontekstu) velik problem pomanjkanje znanja s področja penologije, s katero se med študijem (redki) pravniki srečajo le v okviru posameznih izbirnih vsebin, dodatnih izobraževanj s tega področja zunaj redkih podiplomskih programov pa praktično ni (Malešević 2008; Petrovec 1998a).

Ob vsem tem je pomembno upoštevati tudi dejstvo, da je slovenski kaznovalni sistem zelo majhen in da se zaporniki, predvsem povratniki, s (praktično nespremenjeno) Komisijo srečajo večkrat. Ravno ta majhnost omogoča članom Komisije, da si izoblikujejo natančnejšo sliko, pridobijo več informacij in podrobneje spoznajo posamezne obsojence, o katerih svobodi odločajo. Če na eni strani tak pristop nudi manj formalnih garancij, pa na drugi strani omogoča manj formalističen pristop in več prostora za odtenke, ki jih je v črno-beli procesnopravni sliki le težko ohraniti.

Prav iste argumente pa je na drugi strani mogoče uporabiti tudi v prid prehodu k sodnemu izvrševanju kazenskih sankcij, saj so ravno omenjeni odtenki tisti, ki dopuščajo več prostora za arbitrarno odločanje in kršitve načela enakosti. Uvajanje (novih) procesnih garancij in sodnih pristojnosti ter postopen prehod na sodni sistem izvrševanja sankcij bi zato gotovo vsaj na formalni ravni zagotovila večjo

---

<sup>152</sup> Več o nepravni dejavnikih v sodnem odločanju glej naslednje poglavje ter tudi npr. Kmet 2012b; Harcourt *et al.* 2009; Petrovec in Plesničar 2009; Sunstein *et al.* 2001). Več o problemih sodnega odločanja o pogojnem odpustu tudi (Lazarus 2004).

raven pravne varnosti. Pri tem bi bilo pomembno iz sedanje ureditve ohraniti posamezne dobre rešitve, a jih nadgraditi s pravnimi mehanizmi, ki bi obsojenim nudili tudi formalno zaščito.

Priznavajoč, da tudi sodno izvrševanje sankcij ni povsem idealno, je slovenska teorija vendarle razmeroma enotna, da sodno varstvo nudi več zaščite posameznikovim pravicam in bi bila zato taka rešitev primernejša (Ambrož in Šugman Stubbs 2011; Šugman Stubbs in Ambrož 2010; Jakulin 1989).<sup>153</sup>

V tem smislu bi torej *de lege ferenda* veljalo razmisliti o prenosu pristojnosti glede izvrševanja kazenskih sankcij bodisi na sodni organ, ki sicer izreka sankcije, bistveno boljša pa se zdi možnost posebnih sodnih organov, pristojnih za izvrševanje sankcij. Takšna rešitev bi odprla možnosti za doslednejšo ureditev (sedaj pomanjkljivih) procesnih garancij v postopkih v zvezi z izvrševanjem sankcij ter obenem bolj zagotovila enako obravnavo obsojencev z ustreznim sodnim varstvom (Ambrož in Šugman Stubbs 2011; Šelih 2010).

Koliko je od narave subjekta, ki odloča o pogojnem odpustu, odvisen morebiten vpliv na sodnika pri odločanju o kazni, ni povsem jasno, saj literatura tega vprašanja ne osvetljuje posebej. Gotovo je mogoče pričakovati, da bo zaupanje sodnika, ki odloča o sankciji, v prihodnjo odločitev svojega kolega večje od zaupanja upravnemu organu. V tem smislu bi lahko sodnik pri odločanju o sankciji manj »upošteval« morebitni pogojni odpust v primeru sodnega modela izvrševanja kazenskih sankcij v primerjavi z upravnim modelom. A v zvezi s tem doslej niso bile opravljene posebne študije ali raziskave, tako da je o tem mogoče le ugibati.

---

<sup>153</sup> Nasprotno meni Webrova, ki pravi, da od sodnika ni mogoče pričakovati, da bo »svojo odločitev ali odločitev svojega stanovskega kolega [moral pretehtati, braniti ali jo spreminjati]« (Weber 2011, s. 7). Tak argument se zdi zmoten iz več razlogov. Pri odločanju o pogojnem odpustu načeloma ne gre za spreminjanje kazni, še manj pa za njeno obrambo. Pogojni odpust je v skladu s sodobno teorijo le oblika izvrševanja izrečene kazni (prim. Šugman Stubbs and Ambrož, 2010). Poleg tega so prvostopenjski sodniki (ki praviloma odločajo o sankcijah) ves čas prisiljeni v tehtanje in spreminjanje lastnih odločitev, če ne drugače, na poziv višjih sodišč, in to za njihovo delo ne bi predstavljalo posebne novosti v naravi odločanja. Pomembnejše se zdi v tem smislu opozorilo, da z »judicializacijo« ne gre hiteti, saj lahko nepretehtane in nepremišljene rešitve v sistem vnesejo veliko zmede in dosežejo učinke, ravno nasprotno tistim od zelenih, kot je bilo mogoče zaznati v primeru Hrvaške, ki se je za tak korak odločila konec devetdesetih let (Malešević 2008).



## **2. del**

### **3. poglavje: NEPRAVNI DEJAVNIKI PRI ODLOČANJU O SANKCIJAH**

#### **3.1 uvodno**

#### **3.2 razlike v kaznovanju**

*3.2.1 oblike razlikovanja*

*3.2.2 sistemske napake pri odločanju*

*3.2.3 razlikovanje, ki izhaja iz konkretnega primera (neupravičena neenakost)*

#### **3.3 stopnjevanje kaznovanja**

*3.3.1 uvodno*

*3.3.2 politika in kaznovanje*





### 3.1 uvodno

V svetu racionalne logike, v katerega tako radi umeščamo pravo, bi prejšnje poglavje zadostovalo za celovit vpogled v postopke odločanja o sankcijah. Predstavljeni in ocenjeni so različni modeli odločanja, kriteriji, ki jih postavljajo sodišču, ter postopki, ki jim morajo sodišča slediti pri iskanju ustrezne sankcije za konkretni primer. V resnici pa pravo ne sodi v svet racionalne logike, kakor nobeno področje, v katerem je človek ključni dejavnik, temveč ta predstavlja le del(ček) celote.<sup>154</sup>

Za hip se vrnimo k vodilnemu citatu te disertacije, v katerem Šelihova meni, da si nismo čisto na jasnem, ali gre pri odločanju o sankcijah za racionalen proces ali neke vrste umetnost (Šelih 1990, s. 1). Šelihova pri tem še zdaleč ni osamljena, saj je podobne misli mogoče najti v številnih strokovnih delih s področja odločanja o sankcijah in z njimi soglašajo praktično vsi vodilni strokovnjaki s tega področja (glej npr. Ashworth 2010; J. V. Roberts in Cole 1999; Tonry 1997). Posamezne ocene gredo celo tako daleč, da naj bi racionalni oz. racionalno preverljivi del odločanja o sankcijah predstavljal le kakšnih deset odstotkov vsega, kar se dogaja tekom sprejemanja odločitve (Goodman-Delahunty 2006; Hogarth 1971).<sup>155</sup>

Tudi nekateri sodobniki menijo, da je »racionalnost« zgolj krinka in da je v resnici kaznovanje do takšne mere neustrezno, da bi bilo bolje, če bi ga povsem prepustili naključju (npr. z metom kovanca) (Harcourt 2011; Harcourt *et al.* 2009). Pri tem ne gre le za abstraktno reševanje težav, kot bi bilo mogoče domnevati. Harcourt (2006) tako opisuje primer ameriškega sodnika Alana Friesa iz osemdesetih let, v katerem je ta obdolženemu dal na izbiro met kovanca, ki je odločil, ali bo šel v zapor za dvajset ali trideset dni, in »odločitev« kovanca tudi spoštoval. V nadaljevanju je bil sodnik ostro kritiziran in je zaradi očitkov tudi odstopil ter bil

---

<sup>154</sup> Več o racionalnosti in iracionalnosti v pravu glej (Cerar 2001).

<sup>155</sup> Ocena sicer izhaja iz obdobja, ko je bila ureditev odločanja o sankcijah v Kanadi, kjer jo je Hogarth ocenjeval, povsem neizdelana in brez kriterijev, temelji pa na oceni, da je samo tolikšen delež variabilnih spremenljivk, ki ga lahko v posameznem primeru pripišemo »objektivnim dejstvom«.

nadalje še kaznovan s prepovedjo opravljanja sodniške službe kadarkoli v prihodnosti. Kljub temu, da je Friesovo ravnanje nasprotovalo prav vsem postulatam pravičnega kaznovanja, pa se Harcourtovo spraševanje po manjši »racionalnosti« v primerjavi s klasičnim odločanjem ne zdi povsem zgrešeno.

Seveda so težnje k temu, da bi bil postopek odločanja o sankcijah kar se da racionalen, pripeljale do relativno preverljivega postopka odločanja, kljub temu pa številne raziskave kažejo, da je vpliv dejavnikov, ki jih pravo ne ureja in jih v veliki meri tudi ne more urejati, na odločitve lahko izjemnega pomena.<sup>156</sup> Pri tem ne gre le za dejstvo, da mora sodišče v predpisih primeroma naštete okoliščine, ki naj vplivajo na odločitev o kazni, v konkretnem primeru vsebinsko opredeliti in ovrednotiti, v tem kontekstu gre predvsem za dejavnike, ki vplivajo na ta proces opredeljevanja in vrednotenja in so del človeške narave. Gre preprosto za to, da je vsako vrednotenje nujno subjektivno in da sodnikova odločitev vsebuje njegovo subjektivno (červno objektivizirano) videnje dogodka in storilca. Sodnik v posameznem primeru nikakor ne more izklopiti svoje subjektivnosti – nanj vplivajo številni psihološki in družbeni vzorci, od stereotipov in predsodkov, do privzgojenih spolnih vzorcev vedenja, političnega prepričanja in podobno (Petrovec in Plesničar 2009; glej tudi Kmet 2012b; Ashworth 2010; Šugman Stubbs 2006; Šelih 1990).

V zadnjih desetletjih tako v okviru kriminološkega in psihološkega raziskovanja poteka cela vrsta raziskav, ki iščejo razloge za dejansko stanje, ki v razmeroma koherentnih sistemih odločanja o sankcijah ni pričakovano, še manj pa zaželeno. Za kaznovalno sliko zadnjih desetletij sta namreč značilni predvsem dve lastnosti.

Na prvem mestu je nujno izpostaviti razlike v kaznovanju, ki znotraj vsakega posameznega sistema kažejo na to, da ta ne deluje vedno na način, na katerega je bil zamišljen. Pri tem seveda ne gre za razlike, ki izhajajo iz razlik v konkretnih primerih (te samo utrjujejo načelo enakosti) ali individualizacije sankcije, temveč

---

<sup>156</sup> Tudi avtorji, ki se na abstraktni ravni ukvarjajo z oblikovanjem idealnega sistema odločanja o sankcijah, priznavajo, da je delovanje tako zgrajenega »optimalnega« sistema v realnem življenju prav zaradi faktorja »človeškosti« nemogoče (Lovegrove 2006, 1989).

za različno kaznovanje v smislu diskriminacije,<sup>157</sup> tako, ki nasprotuje načelu enakega kaznovanja in se zrcali v sliki obsojenih, ki glede na celotno populacijo ni reprezentativna upošteva številne kriterije – rasne, etnične, socialne, izobrazbene, spolne in podobno. Neenakosti pri kaznovanju se razlikujejo od ureditve do ureditve, največ raziskav pa je bilo narejenih v anglo-ameriškem krogu, kjer se v zadnjih desetletjih kljub številnim ukrepom, namenjenim njihovi odpravi, bistveno ne zmanjšujejo.

Druga značilnost sodobnega kaznovalnega prava je nenavadno stopnjevanje represije. Kljub temu, da je kaznovanje v zgodovinski perspektivi človeškega in družbenega razvoja še posebej v dvajsetem stoletju doseglo korenite spremembe v smislu humanizacije in zmanjševanja intenzivnosti sankcij (Jones in Johnstone 2012; Sijerčić-Čolić in Vranj 2010; Bavcon *et al.* 2013; Tella in Tella 2006; Vilfan 1996), so trendi zadnjih desetletij nekoliko drugačni. Pri tem sicer v glavnem ne gre za ponovno uvajanje telesnih ali smrtnih kazni, temveč za stopnjevanje uporabe prostostnih kazni, kar se zrcali v indeksih števila zaprtih oseb na 100.000 prebivalcev, znova zlasti v ZDA in Angliji, a tudi drugod po svetu, pri čemer tudi Slovenija ni nobena izjema.<sup>158</sup>

Zakaj torej med sodniki in celo pri enem samem sodniku tudi ob razmeroma jasno zastavljenih kaznovalnih okvirih prihaja do takšnih razlik in kako to, da se trend prostostnih kazni v zadnjih letih tako stopnjuje? Razlogov za obe značilnosti je več in so večplastni, celovit odgovor nanje pa bi terjal mnogo posameznih disertacij za vsako izmed možnih razlag. V nadaljevanju bom zato skušala orisati nekatere možne odgovore, najprej glede razlikovanja v kaznovanju in nekaterih psiholoških mehanizmov, ki nanj vplivajo. V drugem delu se bom posvetila vprašanju povečanja uporabe prostostnih sankcij, predvsem z vidika politizacije kaznovalnih vprašanj.

---

<sup>157</sup> Šelihova (2009, odsek D, s. 7) v tem smislu govori o »neupravičeni neenakosti«.

<sup>158</sup> Ob tem seveda ne gre pozabiti, da nekaj desetletij v zgodovinskem preseku ne pomeni prav dosti in da smo tudi v preteklosti doživeli občasna nihanja v strogosti kaznovanja – odpravi mučenja in (deloma) smrtnih kazni v Habsburški monarhiji za časa Jožefa II je tako sledila vnovična uvedba oz. razširitev smrtnih kazni (Vilfan 1996). Podobno velja za sodobnejši čas za nekatere ameriške države, ki so po dlje časa trajajočem moratoriju na smrtno kazen znova razširile njeno uporabo. Ti primeri pa ne pomenijo, da je mogoče siceršnji splošni trend humanizacije kazenskega prava zanikati.



## 3.2 razlike v kaznovanju

### 3.2.1 oblike razlikovanja

Preučevanje razlik v kaznovanju (*sentencing disparity*) je že dlje časa pomemben predmet kriminoloških raziskovanj na področju odločanja o sankcijah (Šelih, 1990). Pri tem različni avtorji ugotavljajo večjo ali manjšo stopnjo razlikovanja pri kaznovanju.<sup>159</sup>

Pri tem je pomembno, kot bom skušala prikazati v nadaljevanju, da razlikujemo med različnimi oblikami razlikovanja pri kaznovanju, pri čemer ne predstavljajo vse diskriminacije.

Razlikovanje v kaznovanju in razloge zanj je mogoče razvrstiti v več skupin, prva izmed njih je omenjena neproblematična različica, kjer razlikovanje izhaja iz individualizacije in je zato pričakovan in zaželen rezultat sodnikovega tehtanja primera in ustrezne sankcije zanj (Plesničar 2013; Saleilles 2009; Barberger 2001).

Na drugo skrajnost je moč uvrstiti primere, kjer pride do razlikovanja zaradi zavestne in protipravne odločitve sodnika, ki ravna v nasprotju s predpisi in posameznega obdolženca ali več njih kaznuje v skladu z nekimi drugimi kriteriji. Zelo tragičen in zelo odmeven primer takšnega ravnanja sodnikov je bila pred nekaj leti afera »otroci za denar« (*kids for cash*), v kateri sta bila poleg nekaj pomočnikov udeležena dva sodnika sodišča za mladoletne v Pensilvaniji. Ta sta praktično vse mladoletnike, ki so se pojavili pred njima, tudi zaradi najbolj banalnih primerov, za dolga obdobja pošiljala v dve zasebni ustanovi za mladoletnike (neke vrste popravni dom oz. mladoletniški zapor), v zameno za takšen »pritok« mladoletnikov, ki mu je seveda sledil tudi ustrezen pritok državnih sredstev ustanovi, pa sta prejemale velike vsote denarja. V petih letih (2003-2008)

---

<sup>159</sup> Visoke stopnje diskriminacije je mogoče najti v ZDA (glej npr. Wacquant 2009a; Frankel 1973), deloma Veliki Britaniji, Avstraliji, Kanadi, a tudi druge evropske države pred takšnim ravnanjem niso imune (Ashworth 2010; Kapardis 2009; Millie, Tombs in Hough 2007).

sta tako navidezno sklicujoč se na ideologijo ničelne tolerance več tisoč mladoletnikov obsodila na dolge prostostne kazni zaradi dejanj, kot so na primer posmehovanje ravnatelju na spletni strani Myspace, kraja DVD-ja iz trgovine ali spor s starši, v katerem je mladoletnik v očima zalučal zrezek, v zameno za takšne obsodbe pa sta sodnika preko zapletenih pretokov kapitala prejela 2,8 milijona dolarjev (Ecenbarger 2012). Primer je doživel sodni epilog in oba sta bila obsojena na dolgotrajne zaporne kazni (eden 28, drugi 17 let in pol).<sup>160</sup>

Takšnih primerov k sreči ni veliko, poleg tega pa gotovo ne prispevajo k ustaljenim in značilnim razlikam v kaznovanju, s katerimi se srečujejo raziskovalci v posameznih sistemih. Za omenjeni primer je značilna prav nediskriminatorna strogost, s katero sta sodnika pristopala do vseh obdolženih mladoletnikov, medtem ko je za iskanje razlik v kaznovanju, ki me v tem delu zanima, značilen obstoj določenih vzorcev v kaznovanju oz. skupin, ki so deležne drugačne obravnave kot ostali.

V tem smislu se znova soočamo z dvema skupinama razlogov, ki lahko do takšnega razlikovanja privedejo. Na eni strani gre za dejavnike, ki so vsebovani v samem načinu (človekovega) odločanja, niso pa neposredno vezani na odločanje posameznega sodnika, zato lahko govorimo o sistemskih napakah pri odločanju o sankcijah kot posledicah napak v človekovem odločanju na splošno (Mozetič 2006; Kahneman, Slovic in Tversky 1982). V drugi skupini pa nasprotno najdemo določene psihične mehanizme, ki pri posameznem sodniku povzročijo, da določene skupine ali posameznike kaznuje drugačen od ostalih. Dejavnike, ki na to lahko vplivajo, literatura včasih razločuje glede na to, ali jih je mogoče najti na strani sodnika ali na strani obdolženega (Ashworth 2010; Petrovec in Plesničar 2009), a gotovo gre v vseh primerih za dejavnike, ki jih upošteva (ali ne) sodnik, in je torej on tisti, ki je nosilec razlikovanja.

---

<sup>160</sup> Problem primera *kids for cash* je, kot opozarja tudi Ecenbarger (2012), veliko globlji, kot se kaže na prvi pogled. Ne gre namreč samo za dva podkupljiva sodnika, temveč za celotno sodno kolesje, ki se na kršitve ni odzvalo, kljub temu, da je bilo vsem sodelujočim (tožilcem, odvetnikom, sodnemu osebju) jasno, da je s takšnim sojenjem dveh sodnikov nekaj eklatantno narobe. Dober vpogled v psihološke procese, ki lahko pripeljejo do takšnega stanja predstavi Ariely (2013). Poleg tega problem znova odpira že znana vprašanja v zvezi z vprašanjem zasebnih družb v polju kaznovanja, smotrnostjo in pravičnostjo takšnega urejanja kaznovalnih vprašanj, vlogo denarja v kaznovanju in podobno.

### 3.2.2 sistemske napake pri odločanju

Odločanje je izjemno kompleksno polje človekovega delovanja, na katerem je bilo v zadnjih desetletjih, tudi z razvojem nevroznanosti, odkritih ogromno število značilnosti, ki se med seboj prepletajo, si pomagajo in se mestoma tudi ovirajo pri risanju psihološke slike posameznika, ki sprejema odločitve (Ariely 2010a, 2010b; Salecl 2010; Lehrer 2009; Mozetič 2006; Plous 1993; Kahneman, Slovic in Tversky 1982; Tversky in Kahneman 1974). Znotraj velikega spektra odločanja ima svoje mesto tudi odločanje v okviru pravnih vprašanj, na katerem je bilo opravljenih že precejšnje število analiz in raziskav (Klein in Mitchell 2010; Kapardis 2009).<sup>161</sup> Če je določeno obdobje veljalo, da so odločitve v pravu povsem racionalne in v skladu s spoznanji ekonomskih teorij racionalnosti,<sup>162</sup> tudi zahvaljujoč sodobnim raziskavam temu ni več tako.

Ideja racionalnega odločevalca izgublja svojo moč na praktično vseh področjih človekovega delovanja, saj se vse bolj kaže, da ljudje manj od pričakovanega uporabljamo formalno logično odločanje in se v veliki meri odločamo na podlagi emocionalnih vzgibov in ustaljenih vzorcev ter smo ob tem podvrženi velikemu številu napak pri odločanju (Ariely 2010a, 2010b; Lehrer 2009).<sup>163</sup>

Na profesionalnem področju, kot je tudi odločanje v pravu in odločanje o sankcijah še posebej, bi zaradi visoke ravni specializacije in podrobne razčlenjenosti postopka odločanja lahko pričakovali, da bo napak pri odločanju manj kot zunaj

---

<sup>161</sup> Večina teh raziskav je bila opravljena v okviru ameriške ureditve, izhaja pa predvsem iz preučevanja obnašanja sodnikov porotnikov. Šele v poznih sedemdesetih letih so se raziskave bolj preusmerile tudi na odločanje sodnikov posameznikov (Kapardis 2009; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2007; Kahneman, Slovic in Tversky 1982), v zadnjih letih jih je več tudi v evropski sredini (Englich, Mussweiler in Strack 2006; Englich, Mussweiler in Strack 2005; Englich in Mussweiler 2001).

<sup>162</sup> V tem smislu je bila (in je ponekod še) popularna »pravna« različica ekonomskega behaviorizma, ki prisega na racionalnega posameznika in racionalno izbiro. Podrobneje o tem glej npr. (Cooter in Ulen 2005; Jager 1999; Jolls, Sunstein in Thaler 1997).

<sup>163</sup> Plous (1993) ob tem utemeljeno opozarja, da je napak v odločanju seveda manj od »pravilnih« odločitev, da pa je njihova popularnost v literaturi pričakovana, saj revije in založbe veliko raje objavljajo presenetljiva spoznanja. V tem smislu naj bi bilo razmerje člankov, ki opisujejo napake v odločanju proti člankom, ki bolj celovito opisujejo proces odločanja, v strokovnih revijah kar 6:1, kar gotovo ne daje realne slike. Ob tem pa vendar ne gre pozabiti na potencialne pozitivne posledice poudarjenega opozarjanja na napake, predvsem vzpostavitev mehanizmov za njihovo zaznavanje in preprečevanje.

takega profesionalnega okolja. Med dejavnike, ki bi lahko ščitili sodnike pred napakami v odločanju naj bi tako sodili vsaj: lastna odločitev za pravni študij, pravni študij, izkušnje v pravnem odločanju, lastna odločitev za sodniški poklic, izkušnje pri sojenju. Vendar gre pri tem samo za ugibanja, v čem bi se lahko odločanje sodnikov razlikovalo od siceršnjega odločanja (Schauer 2010), dosedanje raziskave tega ne potrjujejo.

V skladu z njimi namreč velja, da je nekatere psihološke prijeme pri odločanju nemogoče izključiti, saj so vsidrani v človekovo notranje razmišljanje in manj podvrženi zunanjim vplivom (podobno Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001). Schauer (2010, s. 103) tako skoraj poetično razmišlja, da je izmed treh značilnosti, ki opredeljujejo sodnika – sodnik kot sodnik, sodnik kot pravnik in sodnik kot človek – prav slednja, torej človeška plat tista, ki najbolj razloži sodniške odločitve in obnašanje.<sup>164</sup>

V tem smislu je odločanje slehernega sodnika podvrženo značilnostim, ki tudi sicer opredeljujejo človeško odločanje, z njegovimi pozitivnimi in negativnimi platmi vred. Za gibanje v kompleksni realnosti sodobnega sveta so človeški možgani razvili določene bližnjice, t.i. kognitivne (spoznavne) hevrstike, ki omogočajo manjšo obremenitev zavestnega dela našega uma in hitrejše reakcije (Pohl 2012; Ariely 2010a, 2010b; Lehrer 2009; Mozetič 2006; Ule 2000; Kahneman, Slovic in Tversky 1982). Uletova (2000, s. 73) med takimi strategijami npr. našteva štiri širše skupine: selekcijo informacij na pomembne in nepomembne, neobčutljivost oz. ignoriranje določenih informacij, prilagajanje novih informacij obstoječemu kognitivnemu aparatu in izkušnjam, poenostavitve, popačenja in podobno, Baron (2006) pa (znotraj njih) kar triinpetdeset različnih bližnjic, ki jih človeški možgani uporabljajo pri odločanju.

Takšne hevrstike so v večini primerov povsem ustrezne in predstavljajo evolucijsko izboljšavo, ki našim možganom dovoljuje spopadanje s kompleksnejšimi nalogami, hkrati pa hitro odzivanje na zunanje dražljaje. Običajno

---

<sup>164</sup> »[...] the conclusion that it is the third and not the first or the second of the items on the above list – the judge as a human being and not the judge as judge or the judge as lawyer – that has the greatest explanatory power in accounting for judicial behavior [...]«



se ti mehanizmi izkažejo za izjemno natančne in zanesljive (Ariely 2010b; Lehrer 2009; Gladwell 2007), občasno pa prav zaradi njih prihaja do sistematičnih napak v zaznavanju in odločanju. Te napake, ki so v literaturi znane kot kognitivne iluzije, so kot posledica nezavednih in nenamernih kognitivnih bližnjic enako nezavedne in nenamerne, na žalost pa ne tudi neškodljive (Mozetič 2006; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001; Kahneman, Slovic in Tversky 1982).

Med kognitivnimi iluzijami<sup>165</sup> so za odločanje o sankcijah še posebej pomembne nekatere izmed njih, čeprav se je vsekakor treba zavedati, da nikoli ne delujejo izolirano ena od druge, temveč vedno kot celota (Levesque 2006). Največ pozornosti bom tako v nadaljevanju posvetila t.i. učinkom uokvirjanja (*framing effects*) v navezavi s sidranjem (*anchoring*), ki ima pri odločanju o sankcijah (lahko) celo odločilno vlogo (Isaacs 2011), manj pa ostalim iluzijam, čeprav tudi te niso brez vpliva.<sup>166</sup>

### 3.2.2.1 uokvirjanje

Bistvo »uokvirjanja« je v tem, da način, na katerega je določeno vprašanje zastavljeno, bistveno vpliva na njegovo dojetje in razumevanje na strani naslovnika. Čeprav gre za identično vsebino vprašanja, sam način spraševanja temeljno določi naš odziv nanj (Baron 2006; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001; Plous 1993).<sup>167</sup>

V splošnem je mogoče tako kognitivno napako predstaviti s pomočjo eksperimenta, ki sta ga izvedla Tversky in Kahneman (1981), v katerem sta udeležence razdelila v dve skupini in ju spraševala, kolikšna je verjetnost, da bi se odločili za nakup vstopnice za ogled filma. Pri tem sta prvi skupini ponudila scenarij, v katerem vstopnica stane deset dolarjev, pred nakupom vstopnice pa se posameznik zave, da je izgubil deset dolarski bankovec. Kljub temu se je za nakup

---

<sup>165</sup> Za širši pregled glej (Pohl 2012; Kahneman 2011; Baron 2006; Gilovich, Griffin in Kahneman 2002; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001; Kahneman, Slovic in Tversky 1982), strnjeno pa (Mozetič 2006).

<sup>166</sup> Samo za redke izmed njih posamezni avtorji ocenjujejo, da pri odločanju o sankcijah ne morejo igrati nobene vloge (Isaacs 2011).

<sup>167</sup> Mozetičeva (2006) podobno razpravlja v okviru pomena »konteksta odločanja«.

vstopnice odločilo 88 odstotkov vprašanih. Posameznikom iz druge skupine je bilo ob enaki ceni vstopnice rečeno, da so po nakupu vstopnice listek izgubili. Na vprašanje, ali bi kupili novo vstopnico, je pritrnilo odgovorilo le 46 odstotkov vprašanih. Jasno je, da gre v obeh primerih za enako situacijo, v kateri posameznik izgubi listek v vrednosti desetih dolarjev (bankovec ali kino vstopnico), a drugačno oblikovanje vprašanja je pri skoraj polovici vprašanih povzročilo drugačno odločitev.<sup>168</sup>

Seveda se vpliv uokvirjanja ne ustavi pri vsakdanjih odločitvah, temveč nosi močno vlogo tudi v profesionalnem okolju. Naslednji eksperiment v nizu poskusov Tverskega in Kahnemana (1981) je zajemal temeljne odločitve v zvezi z odločanjem glede medicinskih vprašanj. Dvema skupinama udeležencev sta tako predstavila scenarij, po katerem je ZDA grozila epidemija nove »azijske bolezni« in vsaki izmed njiju ponudila dva alternativni možnosti postopanja. Prvi skupini udeležencev sta pojasnila, da bo v primeru, da pristopijo k planu A, rešenih 200 ljudi. V primeru plana B pa obstaja ena tretjina možnosti, da bo rešenih 600 ljudi, dve tretjinska verjetnost pa, da ne bo rešen nihče. Glede na tako predstavljene možnosti se je 72 odstotkov ljudi odločilo za scenarij A – nekako v skladu s pregovorom »bolje vrabec v roki kot golob na strehi«, v terminologiji teorij odločanja pa v skladu s konceptom odpora do tveganja (*risk aversion*). Drugi skupini je bila dilema predstavljena nekoliko drugače: če bo vpeljan plan C, bo umrlo 400 ljudi, če pa bo vpeljan plan D, obstaja ena tretjina možnosti, da ne bo nihče umrl ter dve tretjinska verjetnost, da bo umrlo 600 ljudi. V tako oblikovanih možnostih se je 78 odstotkov udeležencev odločilo za plan D. Jasno je, da sta scenarija A in C ter scenarija B in D identična in ponujata enak končni rezultat, a sama formulacija dileme je izjemno spremenila izražene preference posameznikov.

K takšnim »napakam« v odločanju pa niso nič manj od splošne populacije podvrženi tudi profesionalni odločevalci. Več študij, izvedenih na zdravniškem osebju, študentih medicine in pacientih, je pokazalo, da med njimi praktično ni

---

<sup>168</sup> Podobnih eksperimentov je bilo v različnih variantah izvedenih še precej, vsi pa kažejo na podobne rezultate. Glej (Ariely 2010a; Tversky in Kahneman 1981).

razlik glede vpliva, ki ga ima takšno uokvirjanje na njihove odločitve glede strokovnih medicinskih vprašanj (Plous 1993).

Smiselno enako velja tudi za odločanje v pravu. Enak vpliv uokvirjanja so izhajajoč iz eksperimenta z »azijsko boleznijo« na sodnikih zaznali Guthrie, Rachlinski in Wistrich (2001), ki so skupini (civilnopravnih) sodnikov hipotetični primer tožbe glede avtorskih pravic in morebitno poravnavo predstavili z vidika tožeče, drugi skupini pa z vidika tožene stranke, pri čemer je bila poravnava v obeh primerih identična. Mnenja sodnikov o primernosti takšne poravnave so bila pomembno različna glede na način predstavitve vprašanja – v eni skupini bi poravnavo podprlo skoraj 40 odstotkov sodnikov, v drugi pa le 25 odstotkov.

Za vprašanje odločanja o sankcijah so učinki uokvirjanja pomembni predvsem z vidika odločanja o olajševalnih in obteževalnih okoliščin (Isaacs 2011). Naša in številne druge ureditve posameznih okoliščin ne uvrščajo v skupino olajševalnih ali obteževalnih, temveč takšno kategorizacijo prepuščajo sodniku v posameznem primeru. S tem pa se seveda odpirajo vrata različnim interpretacijam oz. predstavitev posameznih dejavnikov, ki lahko bistveno vplivajo najprej na njihovo dojemanje, nato pa še na njihov vpliv na izbor ustrezne sankcije.

Plous (1993) v splošnem našteva nekaj okoliščin, ki jih je potrebno upoštevati pri presoji vprašanja, v kolikšni meri je neka odločitev lahko podvržena učinkom uokvirjanja. V tem smislu so pomembne okoliščine, kot so: vrstni red, po katerem so bila vprašanja zastavljena; kontekst, v katerem so bila vprašanja postavljena; odprto ali zaprto vprašanje; uporaba ključnih besed oz. fraz; razpon potencialnih odgovorov in podobno. Če opisano apliciramo na odločanje o sankcijah in specifično na odločanje o okoliščinah, ki naj vplivajo na sankcijo, ugotovimo, da so vprašanja, o katerih je bil govor v zgornjem poglavju, izjemnega pomena ne samo s systemskega, temveč tudi s psihološkega vidika. Za vsako posamezno odločitev je tako pomembno, kakšno je razmerje med predvidenimi olajševalnimi in obteževalnimi okoliščinami, ali je njihov seznam odprt ali zaprt, vpliv, ki ga posamezna okoliščina lahko predstavlja za končno sankcijo in podobno.

Na nekaterih drugih področjih socialnega udejstvovanja so se že pojavile ideje o t.i. »arhitekturi izbire« (*choice architecture*) (Thaler, Sunstein in Balz 2010; Thaler in

Sunstein 2009). Ta zajema oblikovanje okolja, v katerem se sprejema odločitve in posledično vplivanje na odločitve, ki je lahko bodisi spodbudno v smislu svobodnega odločanja (avtorji tak odnos imenujejo libertarni paternalizem) bodisi omejevalno v smislu usmerjenega odločanja. Med orodja, s katerimi je mogoče posameznike spodbuditi k boljšim odločitvam, po mnenju avtorjev teorije npr. sodijo privzete odločitve, pričakovanje napak, povratne informacije, strukturiranje kompleksnih odločitev in druga.

V mnogih ozirih sodobne ureditve odločanja o sankcijah počnejo prav to, torej usmerjajo odločanje v konkretnih primerih tako, da postavljajo posamezno odločitev v neko arhitekturno ogrodje. Pri olajševalnih in obteževalnih okoliščinah tako npr. pod privzete odločitve (odločitev, ki sledi, ko posameznik ne stori nič) v nekaterih ureditvah sodijo »nevtralne sankcije« (torej startne pozicije za odločanje kot v primeru angleških smernic). Pričakovanje napak je urejeno s klasičnimi možnostmi pritožbenih postopkov, povratne informacije pa dobiva sodnik z različnih strani – bodisi nemudoma s strani obeh udeležencev postopka, bodisi s strani višjih sodišč ali pa s primerjavo sodne prakse. Strukturiranje kompleksnih odločitev je na splošno značilnost sodobnih načinov urejanja odločanja o sankcijah, posebno značilen je v tem oziru pristop zadnjega modela angleških smernic, ki predvideva odločanje v posameznih vnaprej predvidenih korakih, ki jim mora sodnik slediti v vsakem posameznem primeru.

Kljub takšnim podobnostim pa so sodobni sistemi odločanja o sankcijah daleč od arhitekture izbire, kakršno si zamišljajo avtorji ideje. Tudi ti se zavedajo, da takšno prilagajanje prostora izbire samo do določene mere zamejuje napake pri odločanju in jih ne odpravlja v celoti (Thaler, Sunstein in Balz 2010). V navezavi z odločanjem o sankcijah pa se zdi na mestu tudi vprašanje smiselnosti (pre)podrobnega urejanja takšnega prostora, saj proces kaznovanja nujno potrebuje določen odprt prostor, ki služi individualizaciji sankcije v posameznem primeru. Poleg tega se zdijo razumni tudi pomisleki v zvezi s potencialnimi zlorabami ali napakami v takšnem urejanju, pomisleki, ki jih vse bolj potrjuje ameriška kaznovalna realnost, ki je prav s podrobnim strukturiranjem kaznovalnih postopkov hkrati pristala na trend vse večje represije.

### 3.2.2.2 sidranje

Druga kognitivna iluzija, ki se zdi izjemnega pomena prav za odločanje o sankcijah, je sidranje (*anchoring*). Sidranje v svojem bistvu omogoča, da sprejemamo odločitve na podlagi nekih izhodiščnih vrednosti, ki delujejo kot podlaga za odločitve. Kadar je takšna podlaga pretehtana in razumna, je kot »sidro«, iz katerega izhaja naša bodoča odločitev, ustrežna in primerna. Do težav in kognitivne napake v odločanju pa pride takrat, ko je takšno sidro določeno neustrezno, nerazumno ali celo naključno, pa ga naš um kljub temu upošteva (Isaacs 2011; Kahneman 2011; Ariely 2010a; Lehrer 2009; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2007; Tversky in Kahneman 1974).

Fenomen je najlažje razložiti s primerom, na katerem sta Tversky in Kahneman (1974) prvotno izoblikovala teorijo o sidranju. Udeležencem raziskave sta naročila, naj ocenijo, kolikšen je delež afriških držav v Organizaciji združenih narodov. Udeleženci so nato zavrteli kolo s številkami od 1 do 100, ki se je v prvi skupini vedno ustavilo na številki 65, v drugi pa na številki 10. Udeleženci so morali najprej oceniti, ali je delež afriških držav večji ali manjši od prikazanega števila, nato pa še kolikšen po njihovem mnenju je. Izkazalo se je, da ima »naključno« prikazana številka na kolesu pomemben vpliv na oceno udeležencev: tisti s sidrom na 65 so v povprečju ocenili delež na 45 odstotkov, tisti s sidrom na 10 pa na 25 odstotkov. Razlike se niso zmanjšale niti v različici eksperimenta, v kateri so bili udeleženci denarno nagrajeni za točnejše ocene in bi torej pričakovali tehtnejši razmislek.

Podobnih eksperimentov je bilo v različnih kontekstih izvedenih še precej, v vseh pa se je izkazalo, da ima začetna, četudi očitno naključno zastavljena vrednost izjemen vpliv na končno odločitev. Ta vpliv se je v nezmanjšani obliki pokazal tudi v primerih, kjer bilo sidro zastavljeno očitno napačno (Isaacs 2011; Englich in Mussweiler 2001; Mussweiler in Strack 2001; Plous 1993). Študente so na primer v eni izmed raziskav vprašali, ali bi bili pripravljene za učbenik plačati več kot 7 tisoč dolarjev. Četudi je bila cena smešno visoka in so jo vsi zavrnil, je omenjena

vsota pomembno vplivala na njihovo oceno vrednosti knjige, ki je bila bistveno višja kot pri njihovih vrstnikih, ki jim absurdno sidro ni bilo predstavljeno.<sup>169</sup>

Čeprav gre pri sidranju v večini primerov za numerične vrednosti, je bil z nekaterimi eksperimenti dokazan tudi učinek ne-numeričnih sider. V eni taki raziskavi je bil tako na primer dokazan vpliv pozitivno ali negativno napisanega eseja na kasnejše mnenje udeležencev o neki vojaški pogodbi, s čimer je bilo dokazano, da tudi vsebinsko sidro lahko nosi pomemben vpliv na nadaljnjo odločitev (Plous 1993; tudi Quattrone 1982).<sup>170</sup>

Sidranje se je tako izkazalo za enega najbolj trdovratnih in učinkovitih mehanizmov, ki pri odločanju povzročajo napake. Mussweiler, Englich in Strack (2012, s. 185-186) tako učinkovito strnejo, da gre za kognitivno iluzijo, ki je vselej prisotna tako v eksperimentalnih, kot tudi realnih okoljih in neodvisna od številnih spremenljivk: očitna naključnost sidra, skrajna vrednost sidra, neodzivnost na poskuse večanja motivacije pri odločanju (npr. s plačilom za boljše rezultate), neodvisnost od strokovnosti odločevalca – nobeden izmed navedenih dejavnikov na sidranje nima bistvenega vpliva. Za nadaljnjo razpravo je zlasti pomembno tudi, da ima učinek sidranja dolgo trajanje in da celo izrecno opozarjanje na neupoštevanje sidra nima realnih učinkov.

Več raziskav v zvezi s sidranjem je bilo opravljenih tudi na polju pravnega odločanja, kjer je moč pomembne učinke zaznati tako v civilnih primerih, kjer je bila npr. (v fiktivnih primerih) dosojena odškodnina odvisna od začetnega zahtevka (Pohl 2012; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001; Plous 1993), kot tudi na kazenskem področju. Z vidika kazenskega prava je sidranje pomembno v več ozirih. Na eni strani že kaznovalni okviri, ki jih posamezne ureditve postavljajo sodiščem pri odločanju o sankcijah, služijo kot neke vrste primarna sidra (prim. Isaacs 2011; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001). Pri tem ne moremo govoriti o »napakah pri odločanju«, saj gre za hoten učinek – pravni sistem je zasnovan tako,

---

<sup>169</sup> Do nasprotnih rezultatov, da je torej učinek nerazumno postavljenega sidra manjši od učinka ustreznega sidra, so prišli (Wegener *et al.* 2001).

<sup>170</sup> Gre za raziskavo avtorjev Quattrone, G. A., Lawrence, C. P., Warren, D. L., Souza-Silva, K., Finkel, S. E., & Andrus, D. E. (1984). *Explorations in anchoring: The effects of prior range, anchor extremity, and suggestive hints*. Stanford University. Neobjavljen rokopis. Navajam po Plous (1993, s. 146).

da se od sodnika pričakuje, da se giblje v postavljenih okvirih in jih praviloma ne zapušča (tako tudi Scott 2010).<sup>171</sup>

Nudi pa tovrstno sidranje dobro razlago za spremembe v kaznovalni politiki v Sloveniji v zadnjih desetletjih, ki jo je seveda moč kombinirati s številnimi drugimi, a tudi sama nosi določeno razlagalno vrednost. V času od osamosvojitve dalje se je kaznovalna zakonodaja v Sloveniji večkrat spreminjala. S tem predvsem merim na postopno višanje najvišje kazni, ki je z začetnih 15 oz. 20 let preskočila na 30 let, nazadnje pa še na možnost dosmrtnega zapora, pri čemer so ostali kaznovalni razponi ostali v glavnem v mejah, ki jih je poznala začetna ureditev. V luči zakonodajalca takšne spremembe vplivajo le na najbolj skrajne primere, torej tiste, v katerih je moč izreči tovrstno kazen. A spremenjen kaznovalni razpon – torej spremenjeno zgornje sidro – v skladu z opisanimi spoznanji psihologije ne vpliva le na te primere, temveč vpliva na odločanje sodnika v vseh primerih, saj v skladu z novo ureditvijo kazni treh let zapora ne primerja več z 20-letnim maksimumom, temveč z bistveno višjo zgornjo mejo, zato se zdi triletna zaporna kazen relativno manjša. Zelo verjetno se tako zdi, da bi bilo moč vsaj del stopnjevanja kaznovalne politike pri nas razložiti prav s pomočjo sidranja, za nesporno potrditev takšne teze pa bi bila potrebna podrobna analiza primerov v obdobjih po uvedbi sprememb.

Drugo obliko sider v kaznovalnih postopkih lahko predstavlja sodna praksa, predvsem takrat, ko v posameznem sistemu igra pomembnejšo vlogo. Če sodnik pred odločitvijo o sankciji preveri obstoj sodne prakse v podobnih primerih, ta do neke mere zasidra njegovo nadaljnjo odločitev. Kot v primeru kaznovalnih razponov tudi tu ne gre nujno za napačno sidro, saj načelo enakosti terja, da so odločitve sodišč v podobnih primerih primerljive. Tovrstno sidranje je pravzaprav psihološka oblika ohranjanja kontinuitete pri odločanju, sestavine pravne varnosti kot enega izmed temeljev koncepta pravne države. Do težav lahko pride takrat, ko

---

<sup>171</sup> S tem se ne strinja Isaacs (2011, s. 441-442), ki v ameriškem kontekstu poudarja, da kaznovalne smernice ne predstavljajo absolutnega merila za odločanje o sankcijah, temveč mora sodnik ob njihovem upoštevanju presoditi vse pomembne okoliščine. Če kaznovalni okviri delujejo kot kognitivna iluzija, to nikakor ne more biti njihov namen, saj bi to pomenilo, da sistem spodbuja iracionalno odločanje. Z Isaacsom se je do določene mere mogoče strinjati, a tudi sam priznava, da je razlikovanje med »razumno prepričljivostjo« (*reasonable persuasiveness*) smernic na eni strani in smernicami kot kognitivno napako na drugi strani, v praksi izjemno težko.

trči v drugega izmed temeljev pravne države, torej pravičnost, na primer v konkretnih primerih, ki so prejšnjim samo navidezno podobni, ali pri katerih posebej izstopa določena olajševalna in obteževalna okoliščina, ki bi si zaslužila izjemno veliko pozornost, a je zaradi učinka sidranja posamezni sodnik ne bo dovolj ovrednotil.

Najbolj raziskana in vsaj na videz najpomembnejša oblika sidranja pri odločanju o sankcijah pa je vpliv tožilca oz. njegovega predloga sankcije na končno odločitev sodišča (Englich in Mussweiler 2001; Martin in Alonso 1997; Chapman in Bornstein 1996; Ebbesen in Konečni 1981), o čemer sem razpravljala že v razdelku o vlogi tožilcev pri kaznovanju. Pobudo pri preučevanju takšnega vpliva tožilskih predlogov so v zadnjih letih prevzeli nemški raziskovalci, ki so v več empiričnih študijah, izvedenih na nemških prvostopenjskih sodnikih, dognali, da so takšni učinki ne le prisotni, temveč tudi izjemno pomembni. Englichova in Mussweiler (2001) sta tako več sodnikom predstavila identičen hipotetičen primer, pri čemer sta nekaterim izmed njih ponudila tožilčev predlog kaznovanja, drugim pa ne. Razlike med skupinama so bile izrazite, pri čemer sta z variacijami eksperimenta prišla še do dveh pomembnih spoznanj: učinek sidranja na odločitev sodnika je bil neodvisen od tega, ali je sodnik predlog ocenil kot ustrezen ali ne, in enako neodvisen od izkušenj oz. staža sodnika.

Učinke sidranja je bilo pri odločitvah sodnikov mogoče najti tudi v primerih, ko je predlog sankcije prišel s strani pravno nerelevantnega vira (novinarja),<sup>172</sup> ko jim je bilo pojasnjeno, da je bil predlog izbran naključno, ali celo v primerih, ko so predlog sami ustvarili z metom kocke (Englich, Mussweiler in Strack 2006).

Če bi intuitivno morebiti pričakovali, da lahko učinek tožilskega predloga uravnoteži zaključna beseda zagovornika (prim. Plous 1993), rezultati raziskav temu oporekajo. Tako je, nasprotno, v primerih, ko zagovorniki predlagajo drugačno kaznovanje, že njihov predlog podvržen učinku sidranja, pri čemer osnovno sidro predstavlja prav tožilčev predlog. Celo več, tudi klasična postopkovna ureditev, ki v skladu z načelom *in dubio pro reo* zaključno besedo daje

---

<sup>172</sup> Več o vplivu zunanjih pritiskov na kaznovalno politiko sodišč v nadaljevanju.



zagovorniku misleč, da ima zadnja slišana beseda večji učinek, temelji na zgrešeni logiki. Bistveno večji je učinek prvega predloga, ki je skladno z opisano klasično ureditvijo tožilcev, kar postavlja obdolženega v izrazito neenakopraven položaj (Englich, Mussweiler in Strack 2005).

Predlog sankcije tožilstva, ki v naši ureditvi na prvi pogled zaradi nezavezujoče narave igra obrobno vlogo, ima torej skladno z opisanimi ugotovitvami bistveno globlji pomen od pričakovanega.<sup>173</sup> Vprašanje o ustreznosti takšne pristojnosti, ki je bilo že omenjeno v razdelku o vlogi tožilca pri kaznovanju, se zdi zato toliko bolj na mestu.<sup>174</sup>

Prikazani rezultati nudijo pomemben uvid v odločanje sodnika o ustrezni sankciji, a vendar se zdi na mestu opomba, na katero odkrito opozarjajo Guthrie *et al.* (2001, s. 28, op. 146). Dejstvo, da so bile med skupinami sodnikov v vseh opisanih primerih zaznane statistično pomembne razlike, drži, a to hkrati ne pomeni, da je imelo sidranje enak učinek na prav vse sodelujoče sodnike. V vsaki izmed skupin so bili tudi sodniki, na katere sidranje ni imelo pomembnega vpliva. Navedeno seveda ne jemlje veljave rezultatom o skupini sodnikov kot celoti, daje pa morebiti dobro usmeritev za nadaljnje raziskave na tem področju.

Če bi bilo mogoče ugotoviti, kateri sodniki, predvsem pa zakaj, so manj podvrženi učinkom sidranja, bi bilo, ob predpostavki, da ne gre za izrazito osebne lastnosti, temveč za veščine, ki se jih je vsaj do določene mere moč priučiti, mogoče negativne učinke sidranja pri odločanju o sankcijah vsaj nekoliko zaježiti.

---

<sup>173</sup> Španski raziskovalci v podobnem sistemu na podlagi analiz sodb španskih sodišč ugotavljajo, da tožilsko »zasidranje« sankcije učinkuje v skoraj 64 odstotkih primerov (Fariña, Arce, in Novo 2003). Pri tem Martin in Alonsova (1997) opozarjata, da je vpliv neenak pri različnih kaznivih dejanjih – pri spolnih deliktih, ki sta jih preučila, je bil denimo bistveno večji pri hujših kaznivih dejanjih (npr. posilstvu in spolni zlorabi mladoletne osebe), manjši pa pri manj hudih (npr. poskus posilstva, spolno nasilje).

<sup>174</sup> Še pomembnejša zna biti prav zaradi učinka sidranja vloga tožilca ob novo uvedeni možnosti pogajanj o sankcijah. Več o tem glej (Šugman Stubbs 2011).

### 3.2.2.3 druge napake pri odločanju

Med drugimi kognitivnimi bližnjicami, za katere smo že ugotovili, da jih je zelo veliko, se zdi smiselno v okviru razprave odločanja o sankcijah spregovoriti vsaj še o nekaterih izmed njih, ki pogosto pripeljejo do napak pri odločanju in so zato še posebej relevantne za dani kontekst, a je v zvezi z njimi (vsaj v okviru pravnih odločitev) bilo doslej opravljenih bistveno manj raziskav.

Na prvem mestu velja omeniti **predsodek izkustvenega spoznanja** (*hindsight bias*).<sup>175</sup> Pri tovrstnem »predsodku« gre za *ex-post* precejevanje naših sposobnosti predvidevanja dogodkov, ki so se zgodili v preteklosti ali, poenostavljeno: ko se nek dogodek zgodi, se nam za nazaj zdi, da je bil bistveno bolj predvidljiv, kot je bil v resnici (Lehrer 2009; Gilovich, Griffin in Kahneman 2002; Fischhoff 2007; Fischhoff 1975; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001), včasih si celo domišljamo, da smo ga v resnici pričakovali (Fischhoff 1982).<sup>176</sup> Razloge za takšno napako v odločanju lepo opiše Mozetičeva (2006, s. 321-322), ko pravi:

Razlogi tega kognitivnega pojava izvirajo iz same narave kognitivnih procesov, deloma pa so motivacijsko pogojeni. Ljudje sestavimo vse, kar vemo o določenem dogodku in okoliščinah pred njegovim nastopom, v koherentno celoto. Pri tem pripišemo dogodek tistim predhodnim okoliščinam, za katere se nam za nazaj zdi, da so v največji meri prispevale k temu, da je do dogodka res prišlo, zanemarjamo pa pomen ostalih okoliščin, ki bi sicer utegnile voditi do drugačnega razpleta.

Takšna napaka v mišljenju ni nič nenavadnega tudi v profesionalnem odločanju, zaznati jo je mogoče tako pri zdravnikih (Arkes *et al.* 1981), ki po postavitvi ustrezne diagnoze menijo, da so bili simptomi bistveno bolj očitni in jasni, kot pred diagnozo, kot tudi pri pravnih (Mozetič 2006; Bibas 2004; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001).

---

<sup>175</sup> Mozetičeva (2006, s. 321 in nasl.) to napako odločanja prevaja kot »*precejevanje zmožnosti predvidevanja dogodkov*«.

<sup>176</sup> »*The tendency toward determinism is somehow implied in the method of retrospection itself. In retrospect, we seem to perceive the logic of the events which unfold themselves in a regular or linear fashion according to a recognizable pattern with an alleged inner necessity. So that we get the impression that it really could not have happened otherwise.*« (Georges Florovsky (1969): *The study of the past*, navajam po Fischhoff, 1982, s. 341).

V kazenskem pravu je bolj kot pri odločanju o sankcijah ta kognitivna napaka pomembna pri odločanju o krivdi, saj je za ocenjevanje oblike krivde obdolženega ali vzročne zveze med dejanjem in posledico, ocena predvidljivosti posledic lahko ključnega pomena (prim. Mozetič 2006).

Izjemno nazoren je v tem pogledu primer iz slovenske sodne prakse, ki ga opisuje Petrovec (2011), ko je sodišče ocenjevalo krivdo obdolženega, obtoženega povzročitelja prometne nesreče s smrtnim izidom.<sup>177</sup> V nesreči so nastale izjemno hude posledice, saj je v njej umrlo kar osem ljudi, sodišče pa je moralo oceniti stopnjo storilčeve krivde in vzročno zvezo med njegovim ravnanjem in posledicami, ki so nastale. Obsojeni je namreč prometno nesrečo povzročil tako, da je v trenutku nepazljivosti zapeljal na nasprotni pas in oplazil nasproti vozeče vozilo ter tako sprožil verigo nesrečnih naključij, ki so pripeljale do smrti osmih ljudi, pri čemer je vozil 20 kilometrov na uro pod dovoljeno hitrostjo, trezen in spočit ter v tehnično ustrezno delujočem vozilu.

V opisanem primeru je sodišče ocenilo, da je kaznivo dejanje bilo storjeno z najmilejšo obliko krivde, torej v nezavedni malomarnosti, pri čemer definicija nezavedne malomarnosti v klasični dikciji, da bi se storilec »*moral in mogel zavedati možnosti nastanka prepovedane posledice*« (Bavcon *et al.* 2013, s. 300), v konkretnem primeru pomeni, da bi storilec moral predvideti, da lahko zaradi njegove trenutne nepazljivosti prišlo do smrti več udeležencev prometa. O primernosti takšne ocene, ki je v primeru malomarnostnih kaznivih dejanj, še posebej pa v primeru nezavedne malomarnosti, vedno problematična (Bavcon *et al.* 2013) in odpira tudi vprašanje objektivne odgovornosti, je gotovo mogoče razpravljati (kot npr. Petrovec 2011), a potrdili sta jo tudi obe instančni sodišči, zaradi česar gre soditi, da je odločitev skladna tudi s siceršnjo sodno prakso.

Kar je ob tem pomembno z vidika napak pri odločanju, je dejstvo, da se v skladu s predsodkom izkustvenega spoznanja, predvidljivost takšnega dogodka zdi bistveno večja od realne. Sodišče torej verjetnost za nastanek preteklega dogodka

---

<sup>177</sup> Sodba okrajnega sodišča v Novem mestu, K 136/2006, z dne 9. julija 2006, sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Kp 1200/2007, z dne 9. septembra 2008 in sodba Vrhovnega sodišča I Ips 490/2008, z dne 2. aprila 2009.

ocenjuje vedoč, da je do njega prišlo, obdolženi pa bi moral to isto verjetnost oceniti pred dogodkom samim, kar je v skladu s številnimi eksperimentalnimi in realnimi situacijami bistveno težje (Lehrer 2009; Gilovich, Griffin in Kahneman 2002; Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001)

Drugo vprašanje, ki se ravno tako ukvarja z verjetnostjo in se zdi še bolj povezano z odločanjem o sankcijah, je kognitivna napaka **reprezentativnosti**. Reprezentativnost je tesno zvezana s procesoma kategorizacije in stereotipizacije, o katerih bom nekoliko več govorila v nadaljevanju.<sup>178</sup> Zanja je značilno, da pri podajanju kategoričnih ocen ljudje svoje odločitve navadno vežemo na zaznano verjetnost, da presojeni pojav sodi v določeno kategorijo oz. v kolikšni meri je zanja »reprezentativen« (Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001; Mozetič 2006; Tversky in Kahneman 1982; Kahneman in Tversky 1972).

Guthrie in drugi (2001, s. 49-51) ta pojav prikažejo na presoji obdolženčeve krivde. Ljudje o njej navadno presojajo glede na to, v kolikšni meri je okoliščina, ki jo ocenjujejo (npr. obnašanje obdolženega) značilna za posamezno kategorijo (krivih in nedolžnih). V primeru živčnega in negotovega obdolženega, se bolj potrjuje teza krivde, saj sta v skladu s splošnim prepričanjem za »krive« obdolžence značilna živčnost in negotovost. Nasprotno, mirnost obdolženega nakazuje na njegovo nedolžnost, saj je mirnost tipično bolj značilna za kategorijo »nedolžnih«.

Čeprav je takšno odločanje v vsakdanjem življenju lahko koristno (kot tudi sicer velja za večino kognitivnih bližnjic), je v pravu vsekakor nevarno, saj povzroči zmanjšanje ravni pozornosti, ki je namenjena drugim okoliščinam, pomembnim za realno oceno neke verjetnosti.<sup>179</sup> Raziskava Guthrieja in drugih (2001) kaže, da so prav sodniki nekoliko manj podvrženi takšnemu napačnemu sklepanju v

---

<sup>178</sup> V kontekstu stereotipov je v tem oziru govor o napaki pripisovanja, ki »povzroči, da se vedenje predstavnika skupine, zoper katero imamo stereotip (ali celo predsodek), razloži z značilnostmi skupine, ki ji pripada, ne pa z njegovimi osebnostnimi značilnostmi oziroma s specifičnimi okoliščinami dogodka« (Šugman Stubbs 2006, s. 23).

<sup>179</sup> Hkrati takšno sklepanje vodi do še globlje napake odločanja, t.i. obrnjene zmote (*inverse fallacy*), pri kateri verjetnost nekega dokaza zamenjamo z neko drugo verjetnostjo (npr. pri vrednotenju DNK dokazov: Verjetnost, da bi se naključno izbran vzorec DNK ujema s tistim najdenim na kraju dogodka je ena proti milijon, a to ne pomeni, da je takšna tudi verjetnost, da je obdolženec kriv. Zanesljivost DNK je odvisna še od številnih drugih dejavnikov, npr. zanesljivost izvedbe testa in velikosti populacije.) (Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001; tudi Mozetič 2006).

primerjavi z ostalimi testiranimi, kljub temu pa jih je ob praktičnem primeru napaki reprezentativnosti podleglo kar štirideset odstotkov.

Prav pri odločanju o sankcijah je za ustrezno odločitev nujno potrebna celovita ocena okoliščin in so lahko takšne pavšalne ocene na podlagi verjetnosti za pravilno izbiro sankcije odločilnega pomena. Še posebej je lahko ta hevristika nevarna v primeru kombiniranih sodnih senatov, kjer skupaj s sodniki profesionalci, ki lahko vsaj do neke mere razvijejo imunost nanjo, sodijo tudi neprofesionalni sodniki, ki so tovrstnim napakam odločanja toliko bolj podvrženi.

Isaacs (2011) med napake odločanja, posebej pomembne za odločanje o sankcijah, uvršča še dve: **predsodek opustitve** (*omission bias*) in **predsodek sedanjega stanja** (*status quo bias*).

Pri prvem gre za to, da se v primeru negotovosti glede posamezne okoliščine, pomembne za kaznovanje, sodnik raje nagne v smer »opustitve« kot v smer »storitve«. Ko torej glede neke okoliščine sodnik ni povsem prepričan, se raje odloči za njeno neupoštevanje, kot da bi izbiro sankcije potencialno neustrezno prilagodil, saj v takšni odločitvi najde več varnosti (Isaacs 2011; Ritov in Baron 1992).

S tega vidika sta toliko bolj pomembni dve temeljni vprašanji, s katerima sem se ukvarjala v prejšnjem delu disertacije. Na eni strani je ključno, da je sodniku povsem jasno, s kakšno verjetnostjo mora biti neka okoliščina izkazana, da jo lahko šteje za resnično, na drugi strani pa je enako pomembno, kako je določena izhodiščna sankcija, od katere se sodnik ne bo oddaljil v primeru negotovosti.

Pri predsodku sedanjega stanja pride do izraza splošna nagnjenost k ohranjanju kontinuitete. Ta je še posebej vezana na pomen sodne prakse, ki ustvarja »značilne« sankcije za »značilne« primere. Za sodnika je v vsakem prihodnjem primeru bolj značilno, da svojo odločitev prilagodi tej tipični odločitvi, kakor da bo od nje bistveno odstopil, in v tem smislu obstaja nevarnost, da zanemari pomembne okoliščine, ki primer razlikujejo do te mere, da bi si zaslužil drugačno obravnavo (Isaacs 2011; Šugman Stubbs 2006; Ritov in Baron 1992). Smiselno

enako se kaže že omenjeno sidro »sodne prakse«, o katerem sem pisala v razdelku o sidranju.

Pri tem gre hkrati za enega izmed mehanizmov, ki nasprotuje hitrim spremembam v kaznovanju in pri oblikovanju kaznovalne politike. Nekateri ameriški pisci temu (vsaj delno) pripisujejo nadaljevanje uporabe zveznih smernic za kaznovanje tudi po primeru Booker, ko njihovo upoštevanje ni več obvezno (Jefferson Exum 2008; Berman 2007).

Na podoben način bi bilo mogoče razložiti tudi stanje v slovenski kaznovalni politiki, ki kot opisano postopoma postaja vse strožja (v skladu z višanjem zakonsko postavljenih sider), a je ta proces razmeroma počasen in viden šele na daljše razdobje.

### **3.2.3 razlikovanje, ki izhaja iz konkretnega primera (neupravičena neenakost)**

Če smo se v prejšnjem odseku ukvarjali z napakami pri odločanju, ki so v večjem ali manjšem deležu lastne vsem odločevalcem in med njimi tudi sodnikom kot posebni skupini odločevalcev, je ta odsek namenjen razlikam v kaznovanju, ki izhajajo iz okoliščin konkretnega primera.

Številne raziskave izvedene bodisi na izmišljenih primerih bodisi z analizo realnih postopkov že desetletja kažejo, da pri kaznovanju prihaja do sistematičnih razlik, ki jih je mogoče pripisati takšnemu odločanju. Prav ugotavljanje takšnega razlikovanja je bilo eden izmed povodov za spremembe v odločanju o sankcijah v anglo-ameriških ureditvah, ki so težave skušale rešiti z vpeljavo bolj rigidne strukture kaznovanja (s smernicami in tabelami) (Breyer 1988), a rezultati so tudi v tem smislu vse prej kot zadovoljivi. Tudi po tako korenitih spremembah namreč ni opaziti posebnega zmanjšanja razlikovanja pri kaznovanju (Ashworth 2010; Kapardis 2009; Sporer in Goodman-Delahunty 2009; Goodman-Delahunty 2006; Fernandez 1997).

Značilnosti konkretnega primera, ki privedejo do razlikovanja, se lahko nahajajo tako na strani obdolženega, kot tudi na strani sodnika, ter celo na strani žrtve, vselej pa je odločitev rezultat sodnikove mentalne slike in je torej on tisti, ki jih bodisi upošteva ali pa jih je sposoben ignorirati. Pri tem gre seveda za okoliščine, za katere družba (vsaj na formalni ravni) večinoma ne želi, da imajo pri kaznovanju kakršen koli vpliv, nasprotno, če jih pravo sploh ureja, gre navadno v smeri prepovedi njihovega upoštevanja (npr. s prepovedjo diskriminacije).<sup>180</sup>

Ključnega pomena za nadaljnjo razpravo je poznavanje osnovnih pojmov v zvezi s kategorizacijo, stereotipi, predsodki in diskriminacijo, ki so medsebojno sorodne, a pomembno različne kategorije (Šugman Stubbs 2006; Ule 2000; Lakoff 1990).

---

<sup>180</sup> Ob tem se zdi smiselno ponoviti Kapardisovo (2009) opozorilo, da podobni dejavniki skozi celoten kazenski postopek vplivajo na postopanje uradnih organov v konkretnih primerih in da odločanje o sankcijah predstavlja le vrh ledene gore v smislu upoštevanja neprimernih dejavnikov.

Šugmanova njihovo vsebino pojasni na strnjen način, ki se zdi primeren kot uvod v nadaljnje pisanje:

Kategorizacija [...] je mehanizem, na podlagi katerega posameznik poenostavlja kompleksnost dražljajskega sveta, si ga s tem razlaga in pridobiva iluzijo stabilnosti, [pri čemer gre] za temeljni človeški kognitivni mehanizem, ki se mu ni moč izogniti. [...] Stereotipi so niz prepričanj in pričakovanj, ki jih imamo glede posameznika, samo zato, ker pripada določeni skupini; navadno takšna mnenja deli cela kultura. (Šugman Stubbs, 2006, s. 15)

Stereotipi predstavljajo kognitivno (spoznavno, razumsko) naravo predsodka. Predsodki vsebujejo predvsem čustveno (afektivno) komponento in večini definicij je skupno pojmovanje: (1) da gre pri predsodku za (praviloma negativen) odnos (*attitude*) do določenega posameznika; (2) da to stališče temelji samo na pripadnosti določeni skupini. Diskriminacija pa je vedenje, s katerim nekoga obravnavamo drugače zaradi predsodka, ki ga imamo do skupine ljudi, ki ji pripada. Pri diskriminaciji je torej poudarjen vedenjski (behavioralni) element. (Šugman Stubbs, 2006, s. 22)

Če zgornje opise grobo poenostavim, gre pri kategorizaciji za neizbežen proces, ki je posledica soočanja posameznika z množico zunanjih dražljajev – z njimi se lažje sooča in jih analizira, ko jih uspe umestiti v ustrezne kategorije, na podlagi katerih lahko sprejema hitrejše odločitve. Stereotipi predstavljajo eno izmed kognitivnih bližnjic in so še vedno razmeroma nevtralna kategorija, ki ravno tako izhaja iz človekove potrebe po poenostavitvi – da bi prihranil mentalno delo, posameznik pri ocenjevanju drugih izhaja iz lastnosti, za katere (on ali družba) meni, da so lastne skupini, ki ji ocenjevani subjekt pripada. Pri predsodkih takšne vsaj navidezne nevtralnosti ni več, praviloma gre za negativno dojetje posameznika, ki izhaja samo iz dejstva, da je ta član neke skupine ljudi, stopnjevanje pa se zaključi pri diskriminaciji, ki pomeni aktivno ravnanje na podlagi takšnega predsodka.

Nekatere izmed spodaj opisanih okoliščin lahko umestimo v kategorijo diskriminacije, gotovo večino tistih, ki jih je mogoče najti na strani obdolženega. Pri okoliščinah na strani žrtve in še bolj pri okoliščinah na strani sodnika pa ne gre toliko za diskriminatorno odločanje, temveč odločanje na podlagi pridobljenih vzorcev, katerega rezultat so diskriminatorne odločitve.



### **3.2.3.1 okoliščine na strani obdolženega**

Pri dejavnikih na strani obdolženega je treba že v samem začetku razlikovati med dvema skupinama okoliščin, kakor to počne večina sodobnih kazenskih ureditev. Že na sistemski ravni namreč obstaja razlikovanje med nekaterimi kategorijami obdolžencev, pri čemer je za nekatere izmed njih predvideno drugačno kaznovanje. To je lahko milejše (npr. v primeru mladoletnih storilcev) ali strožje (npr. v primeru povratnikov ali uradnih oseb). Takšno razlikovanje izhaja iz določenih ustaljenih vzorcev, ki imajo bolj ali manj racionalno razlago. Če npr. za mladoletnike velja, da je drugačna obravnava potrebna zaradi njihove nezrelosti in večjih možnosti za rehabilitacijo (Ashworth 2010; F. Zimring 2009; von Hirsch 2001; Zedner 1998), v kar zaupajo tudi slovenski sodniki (Petrovec 1998a), so razlogi za strožje kaznovanje povratnikov manj razdelani in v teoriji vse bolj sporni (Ramdhan in Bissessar 2011; Roberts in Hirsch 2010; Roberts 2008c).

Čeprav tudi razlikovanje na zakonski ravni lahko izhaja iz neprimernih motivov in tudi (ali še posebej) za odločanje zakonodajalca velja, da je podvrženo številnim ne nujno družbeno sprejemljivim interesom, me na tem mestu bolj zanimajo okoliščine na strani obdolženega, ki jih sodnik pri odločanju o sankcijah upošteva mimo zakonodajalčeve odločitve ali celo v nasprotju z njo.

Med okoliščinami, ki so najbolj raziskane in glede katerih velja najširši konsenz o tem, da vplivajo na kaznovanje, in hkrati o tem, da je njihov vpliv neprimeren, je mogoče najti predvsem dve: rasno oz. etnično pripadnost obdolženega ter spol obdolženega (Ashworth 2010; Kapardis 2009; Goodman-Delahunty 2006; Šugman Stubbs 2006), poleg njih pa še nekatere druge.

#### **3.2.3.1.1 rasna oz. etnična pripadnost**

Rasna diskriminacija je predvsem značilna za ameriško in deloma britansko ureditev, kjer je pestrost ras tudi največja, medtem ko se z diskriminacijo

posameznih etničnih skupin spopadajo praktično vse ureditve.<sup>181</sup> V domala vseh sistemih je namreč mogoče najti skupine, katerih deleži so v kazenskih postopkih in kaznovalnih zavodih v primerjavi s splošno populacijo nesorazmerno veliki, pri čemer razlike ne izhajajo nujno iz njihove večje udeležnosti v kriminalnih dejavnostih.

Številne raziskave, med katerimi jih je velika večina izvedenih v ZDA, kjer so težave z rasno diskriminacijo tudi največje, kažejo, da predstavlja tovrstna diskriminacija velik problem in, kar je še bolj zaskrbljujoče, da je vsaj na videz neodzivna na razne ukrepe, ki so bili sprejeti z namenom preprečiti jo. Tako se ZDA spopadajo z nesorazmerno velikim deležem zaprtih oseb črnske rase, ki se jim v zadnjih letih pridružuje tudi vse več obsojencev latinsko-ameriškega porekla. Celoten pravosodni sistem je v razmerju do njih bolj kaznovalno naravnan, kar kažejo še vedno veljavne ocene verjetnosti obsodbe in še posebej obsodbe na smrtno kazen, ki so neprimerno večje, ko je storilec črnc, žrtev pa belec, kot v obratnem primeru (Kapardis 2009).

Ob tem Ashworth (2010) upravičeno opozarja, da je pravzaprav nemogoče pričakovati, da bo kaznovalni sistem deloval povsem brez predsodkov, če so ti v družbi tako razširjeni, kot so danes. Še huje, nekatere značilnosti omenjenih sistemov, npr. pogajanja o sankcijah in vojna zoper droge, tudi brez sodnikove aktivne participacije dajejo izjemno diskriminatorne rezultate – prva zaradi manjše verjetnosti, da se bo črn obdolženec pogodil, druga zaradi večje razširjenosti drog med črnskim prebivalstvom (Ashworth in Roberts 2009).

Pri nas raziskav v zvezi s tovrstnim (etničnim) razlikovanjem pri kaznovanju ni, a Šugmanova na podlagi splošnega vedenja o stereotipih v slovenski družbi, ki ga vsakoletno preverja na študentih prava, ter posameznih odmevnih primerov utemeljeno ocenjuje, da je njegov obstoj povsem pričakovan.

---

<sup>181</sup> Za Kanado je tako značilen večji delež indijanske populacije v zaporih, za Avstralijo večji delež aboriginov, a tudi evropske kontinentalne države se težavam ne izognejo. Tu so navadno zaprti nesorazmerni deleži romske populacije, za sicer tolerantne skandinavske države pa je npr. značilno izrazito neproporcionalno zapiranje posameznikov tujih narodnosti, predvsem priseljencev z juga Evrope (Kapardis 2009; Cavadino in Dignan 2006).

### 3.2.3.1.2 spol

Drug pomemben dejavnik, deležen precejšnje pozornosti raziskovalne javnosti, je spol obdolženega oz. obdolžene.<sup>182</sup> Že dlje časa je v teoriji znan koncept kavalirstva (*chivalry hypothesis*), v skladu s katerim naj bi bile ženske v kazenskih postopkih obravnavane bistveno mileje od moških.<sup>183</sup>

Ženske naj bi bile tako še danes v postopkih kaznovanja obravnavane mileje kot moški in za primerljiva kazniva dejanja naj bi jim bile dodeljene nižje kazni (Walklate 2004; Forell in Matthews 2000). Nekateri novejši raziskave kažejo, da se taka obravnava spreminja, predvsem v anglo-ameriškem okolju, ki je na splošno vse bolj kaznovalno naravnano in kjer so tudi ženske »žrtve« togih smernic za kaznovanje (Heidensohn in Gelsthorpe 2007). A četudi se trendi ponekod spreminjajo, še vedno velja, da mnoga sodišča ženske obravnavajo drugače, saj pri njihovem kaznovanju bolj upoštevajo druge okoliščine in ne le resnosti kaznivega dejanja in storilnine krivde kot v primeru moških obtožencev (Williams 1999). Ob tem mnogi kriminologi, predvsem na strani feministične kriminologije, opozarjajo, da so za ženske storilke značilne tudi številne druge spremenljivke, ki jih razlikujejo od moških storilcev, od socialnega statusa, predhodnih zlorab, odvisnosti, pa vse do starševstva; te spremenljivke pa imajo v postopku kaznovanja – neodvisno od spola – vlogo olajševalnih okoliščin (Jones 2009; Kanduč 2007a; Bickle in Peterson 1991; Curran 1983).

Za koncept kavalirstva je bistveno, da kazenskopravno osebje žensko-storilko zazna kot izrazito nemočno, potrebno pomoči, nežno, skratka tako, kot v skladu z družbeno konstrukcijo spola velja za izrazito ženstveno. Le v tem primeru »kavalirstvo« lahko deluje, saj moški »odrešitelj« v resnici nastopi kot »princ na belem konju«, ki lahko pomaga ženski – ta v konkretnem primeru nastopa bolj v

---

<sup>182</sup> Odsek delno po Plesničar 2012b.

<sup>183</sup> Že prej veljavno idejo je »poznanstvenik« ameriški kriminolog Otto Pollak, tudi sicer avtor bolj kontroverznih idej glede ženske kriminalitete. Pollak je menil, da so ženske, ki jih kazenskopravni sistem zajame, bistveno mileje obravnavane tudi zaradi (pretežno moških) uradnikov (od policistov do sodnikov), ki jih želijo zaščititi pred strogo kaznijo, ki bi jim po zakonu pripadala. Čeprav je Pollakova osnovna teza danes ovržena, se je koncept kavalirstva nekako zasidral med splošno sprejeta dejstva in ohranja veljavo še danes (Pollak 1950; glej tudi Jones 2009; Kanduč 2007a). Teorija je bila zlasti popularna sredi 20. stoletja, ko je bilo osebje v pravosodju v resnici skoraj izključno moškega spola, v zadnjih desetletjih pa tudi zaradi večje vloge žensk v kazenskopravnem sistemu nekoliko izgublja na pomenu (glej npr. Heidensohn 2006).

vlogi žrtve (sostorilcev, okoliščin, družbe, ipd.) kot storilke. Nekateri avtorji govorijo celo o tistem »spolnem sporazumu« (*gender contract*), po katerem se ženska strinja s tako (četudi umetno) skonstruirano podobo o sebi v zameno za milejšo obravnavo.<sup>184</sup>

Na drugi strani »spolnega sporazuma« in onkraj kavalirstva pa se znajdejo ženske, ki niso pripravljene sprejeti take konstrukcije, ženske, katerih vedenje je ne-žensko ali celo proti-žensko. Gre na primer za matere, ki se ne vedejo materinsko, prostitutke, nasilne ženske in podobno (Messing in Heeren 2009; Kanduč 2007a; Šugman Stubbs 2006). Te ženske so poleg kazni za kaznivo dejanje deležne še dodatne kazni za svojo »neženskost«. Ta kazen je velikokrat višja celo od tiste, ki jo za primerljiva dejanja dobijo moški storilci.<sup>185</sup>

### 3.2.3.1.3 videz

Videz je v socialni psihologiji eden od pomembnih faktorjev, ki vplivajo na izoblikovanje mnenja o posamezniku in na oceno njegove sposobnosti, prijetnosti, popularnosti in številnih drugih lastnosti, pri čemer velja, da privlačnost navadno vodi v pozitivno oceno posameznika, neprivlačnost pa v nasprotno smer (Kapardis 2009).

Pri tem se različne kulture med seboj razlikujejo pri ocenjevanju tega, kaj je privlačno in kaj ni, zato so posplošitve na tem področju razmeroma tvegane. Kljub temu številne raziskave in eksperimenti, pa tudi vsakodnevne izkušnje kažejo, da že samo vprašanje urejenosti ali neurejenosti (npr. obleke, pričeske, ipd.) močno vpliva na odziv in nadaljnje vedenje naslovnika (Kapardis 2009; Bull 1974; Steffensmeier in Terry 1973).<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> »The female law-breaker is routinely offered the opportunity to neutralize the effects of her law-breaking activity by implicitly entering into a contract whereby she permits her life to be represented primarily in terms of its domestic, sexual, and pathological dimensions.« (Worrall 1990, s. 31)

<sup>185</sup> Za dva primera takšne »kršitve« spolnega sporazuma glej Plesničar (2012b).

<sup>186</sup> Pred kratkim je neka ameriška tv oddaja pripravila oddajo o pomenu zunanjega videza in ličenja žensk za njihovo dožemanje s strani družbe. Za ponazoritev jakosti vpliva tega dejavnika so v poskusu, ki so ga izvedli pred kamerami, mlado dekle okusno uredili in naličili, nato pa je na ulici mimoidoče spraševala za pomoč pri iskanju neke mestne ulice. V tem scenariju so ji praktično vsi

Ocene o vplivu videza v kazenskem postopku so različne. Številne raziskave potrjujejo intuitivno spoznanje, da so privlačnejši posamezniki v kazenskih postopkih obravnavani mileje, pri čemer nekatere tovrstne vplive ugotavljajo le v fazi odmere kazni, nekatere pa celo v fazi odločanja o krivdi (English 2009; Kapardis 2009; Sporer in Goodman-Delahunty 2009; Levesque 2006). V tem smislu govorimo o učinku privlačnost-prizanesljivost (*attractiveness-leniency effect*).

Kljub temu obstajajo tudi raziskave z nasprotnimi rezultati, zato Kapardis (2009) ocenjuje, da na podlagi obstoječih raziskav (eksperimentov in analiz realnih primerov) ni mogoče zagotovo trditi, da je privlačnost obdolženega v vseh primerih koristna v smislu milejše obravnave. Nasprotno, nekatere raziskave kažejo, da je vpliv privlačnosti temeljno povezan z naravo kaznivega dejanja: če je bila privlačnost dejavnik pri storitvi kaznivega dejanja, potem je njen vpliv v postopku negativen in ne pozitiven (Sporer in Goodman-Delahunty 2009; Bierhoff, Buck in Klein 1989; Sigall in Ostrove 1975).<sup>187</sup>

#### 3.2.3.1.4 drugi dejavniki

Na strani obdolženega si je mogoče zamisliti številne druge dejavnike, ki lahko v skladu s spoznanji glede stereotipov in predsodkov, vplivajo na odločitev sodnika v konkretnem primeru. Pri tem so izrazito pomembni tisti dejavniki, ki utrjujejo (psihološko) mejo med sodnikom in obdolženim. Za kazenske postopke namreč velja, da sodniki sodijo posameznikom, ki se od njih pomembno razlikujejo v številnih vidikih (Hudson 1998; Ulmer 1997).

Ashworth (2010) med takimi dejavniki npr. našteva zaposlitveni status ter ekonomski položaj obdolženega, s tem pa je tesno zvezan tudi njegov socialni položaj. Vsi ti dejavniki se navadno tesno prepletajo tudi z osnovnima dvema

---

mimoidoči priskočili na pomoč. Povsem drugačen pa je bil odziv mimoidočih, ko je isto dekle za pomoč spraševalo oblečeno v manj privlačna (a še vedno ne zanemarjena) oblačila, pokrito s kapo in očali. V tem primeru se je večina skušala izogniti, le razmeroma majhen delež pa se je odzval na njeno vprašanje za pomoč (Wade 2013).

<sup>187</sup> Pojav spominja na strožje kaznovanje žensk, ki nasprotujejo svoji stereotipni spolni vlogi.

kriterijema – raso in spolom. Tako za ZDA na primer velja, da je za socialno najšibkejši sloj Američanov, ki so v veliki večini pripadniki črnske rase, značilna izjemno visoka verjetnost, da bodo njihovi mladi pripadniki moškega spola je vsaj določeno obdobje prestali v zaporu (Wacquant 2009a, 2009b).<sup>188</sup>

Kot enega izmed pomembnih dejavnikov je mogoče šteti tudi narodnost oz. državljanstvo obdolženega, pri čemer je prvi kriterij povezan z etnično in rasno pripadnostjo, drugi pa ne nujno. Pri tem je zanimivo, da je prav v državah, ki sicer veljajo za najbolj umirjene pri kaznovanju, delež tujcev oz. imigrantov druge generacije med zaprtimi osebami izrazito povečan (prim. Barker 2013; Wacquant 1999).

Upoštevanja vredna je tudi okoliščina starosti obdolženega (predvsem takrat, ko je ta bistveno drugačna od sodnikove). Če gre pri starosti v nekaterih primerih za okoliščino, ki je potrebno upoštevati zaradi zakonskih zahtev (npr. mladoletni storilec) ali kot okoliščino, ki naj vpliva na kaznovanje (npr. visoka starost storilca),<sup>189</sup> pa si je povsem mogoče zamisliti primere, v katerih starost storilca lahko predstavlja predsodek na strani sodnika, v smislu »mladi ste vsi delomrzneži in kriminalci« in podobno (Ashworth 2010; Bushway in Piehl 2007).

### **3.2.3.2 okoliščine na strani žrtve**

Podobno kot za nekatere okoliščine na strani obdolženca tudi za tiste na strani žrtve velja, da jih zakonodaja sama obravnava kot odločilne in zato zapoveduje drugačne vrste postopanje pri kaznovanju. V tem smislu so navadno posebej obravnavane žrtve, ki so v razmerju do storilca v izrazito šibkejšem položaju, npr. otroci, osebe s posebnimi potrebami, osebe, ki so storilcu zaupane v varstvo in

---

<sup>188</sup> Verjetnost je za petnajstletnike denimo večja od verjetnosti, da bodo zaključili srednješolsko izobraževanje. Kaznovalni sistem je tako postal eden izmed temeljnih opredeljujočih dejavnikov sodobnega pojmovanja »črnstva« (Wacquant 2001).

<sup>189</sup> Sem denimo sodijo primeri starejših gospa (v šestem ali celo sedmem desetletju), ki po letih zlorab ubijejo moža, ki jih je trpinčil. Pri tem olajševalna okoliščina ni le dolgoletna zloraba, temveč tudi starost storilke, zaradi katere bo zaporna kazen zanjo bistveno bolj naporna, specialnopreventivni učinki pa minimalni (za več primerov glej Petrovec in Plesničar 2009).

podobno. Ravnanje storilca se v takšnih primerih dojema kot toliko bolj zavržno, zato je razlikovanje v kaznovanju tudi načeloma upravičeno.

Nekoliko drugačna pa je ocena razlikovanja v primerih, kjer so okoliščine na strani žrtve manj ali sploh nerelevantne za odločanje, a kljub temu vplivajo na sodnikovo ravnanje. Očiten je tako na primer vpliv rase žrtve na končno odločitev. Pri ugotavljanju rasne diskriminacije v kaznovanju (v ZDA) namreč ni pomembna le rasa obdolženega, temveč tudi rasa žrtve. Šugmanova (2006, s. 24) tako navaja podatke iz zvezne države Georgie, kjer je bila smrtna kazen za umor izrečena v 22 odstotkih primerov, v katerih je črnc ubil belca, v 8 odstotkih primerov, v katerih je belec ubil belca, v 1 odstotku primerov, v katerih je črnc ubil črnca in v 3 odstotkih primerov, v katerih je belec ubil črnca.

Vendar rasa seveda ni edini dejavnik, ki je v tem smislu pomemben, podobno lahko trdimo tudi za spol ter socialni in ekonomski status žrtve. Goodman-Delahuntyjeva (2006) nadalje našteva nekaj različnih okoliščin, ki so se skozi številne raziskave izkazale kot pomembne. Velikega pomena je tako dejstvo, ali je žrtev v danem primeru povsem »nedolžna«, ali pa ji je zaradi določenih okoliščin (npr. predhodne kaznovanosti) sodišče manj naklonjeno. Če jo sodišče dojema kot nedolžno, bo sankcija, ki jo bo izreklo obdolžencu, praviloma strožja (Alicke in Davis 1989).

Greenejeva (1999) tudi ugotavlja, da so med (eksperimentalnimi) sodniki porotniki že rahlo spremenjeni opisi žrtve povzročili pomembne spremembe v dojemanju dogodka in sankcioniranju storilca – pomembno je denimo bilo, ali je bil oškodovanec opisan kot skrben zakonski mož ali kot izoliran samotar, pri čemer je bila sankcija strožja v prvem primeru.

Celo dejavniki na strani žrtve, s katerimi storilec v času izvršitve kaznivega dejanja nikakor ni mogel biti seznanjen, saj še niso nastali, so imeli podoben vpliv. Sem sodi npr. vprašanje, v kolikšni meri si je žrtev opomogla od kaznivega dejanja in kakšne posledice je utrpela zaradi njega (Goodman-Delahunty, 2006).

### **3.2.3.3 okoliščine na strani sodnika**

Za vse doslej opisane okoliščine bi bilo mogoče trditi, da so brez slehernega vpliva, če v posameznem primeru ne sovpadajo z drugimi dejavniki na strani sodnika, zaradi katerih je ta do njih še posebej dojemljiv. Za ponazoritev, če sodnik nima nobenega predsodka do npr. pripadnikov etnične manjšine, pripadnost obdolženega takšni manjšini v konkretnem postopku načeloma ne bo igrala nobene vloge. Torej gre v vseh opisanih primerih pravzaprav za dejavnike, ki jim je vzporednice treba iskati na strani sodnika, obdolženi oz. žrtve nanje praviloma ne morejo vplivati, saj gre običajno za objektivno dana dejstva.

V tem smislu so dejavniki, ki jih literatura navadno obravnava kot pomembne na strani sodnika, v resnici okoliščine, ki vplivajo na oblikovanje sodnikove mentalne slike sveta, njegovega referenčnega okvirja, znotraj katerega sprejema odločitve na vseh, tudi profesionalnem področju.

Poleg opisanega novejša spoznanja s področja psihologije in kriminologije emocij opozarjajo na nekatere dodatne elemente, ki (lahko) na sodnike močno vplivajo pri odločanju na splošno in odločanju o sankcijah še posebej (Maroney 2011b, 2012), zato bo v nadaljevanju nekaj prostora namenjenega tudi njim.

#### **3.2.3.3.1 socialne in osebne značilnosti sodnika**

Vse večje število raziskav s tega področja ugotavlja, da veliko vlogo pri odločanju igrajo prav osnovne demografske, osebne in socialne značilnosti posameznega sodnika, pri čemer različni avtorji navajajo različne sezname pomembnih dejavnikov (Ashworth 2010; Kapardis 2009; Goodman-Delahunty, Forsterlee in Forsterlee 2005; Sisk, Heise in Morriss 1998; Hogarth 1971).

Za izhodišče nadaljnji razpravi vzemimo Ashworthovo (2010) shemo:



Tabela 4 – Dejavniki, ki vplivajo na odločanje sodnika (Ashworth, 2010, s. 43-44)

I	Sodnikov pogled na dejstva primera
II	Sodnikov pogled na osnovna načela v zvezi z odločanjem o sankcijah
	(i) pogled na težo kaznivega dejanja
	(ii) pogled na cilje, učinkovitost, strogost razpoložljivih sankcij
	(iii) pogled na splošna načela odločanja o sankcijah
	(iv) pogled na pomen olajševalnih in obteževalnih okoliščin
III	Sodnikov pogled na kriminaliteto in kaznovanje
	(i) pogled na namen(e) kaznovanja
	(ii) pogled na razloge za kriminaliteto
	(iii) pogled na vlogo sodišča pri izreku sankcije
IV	Sodnikove socialne značilnosti
	(i) starost
	(ii) družbeni sloj <sup>190</sup>
	(iii) zaposlitev <sup>190</sup>
	(iv) mestno ali podeželsko okolje
	(v) rasa
	(vi) spol
	(vii) verska pripadnost
	(viii) politična pripadnost

Za zgornjo shemo je značilno, da so prve tri kategorije (I, II in III) v veliki meri odvisne od četrte kategorije (IV), saj njeni elementi močno vplivajo tudi na sodnikovo dožemanje konkretnega primera in kaznovanja na splošno.

Pri tem je pomembno, da so prve tri kategorije takšne, da je mogoče z različnimi ukrepi nanje vsaj nekoliko vplivati »od zunaj« - pravni sistem torej npr. lahko določi splošni namen kaznovanja, ki naj mu kaznovanje sledi. S tem seveda ne

---

<sup>190</sup> Shema je naravnana na angleški kontekst, kjer je velik delež sodnikov laikov (*magistrate courts*), ki so praviloma po poklicu ne-pravniki in lahko pripadajo različnim družbenim slojem, medtem ko je npr. pri nas homogenost sodnikov v teh dveh segmentih seveda izrazita.

more spremeniti sodnikovih intimnih prepričanj, lahko pa jih do določene mere usmeri. Takšen je bil tudi sklep ene izmed prvih in pomembnejših raziskav s tega področja, ki je utrdila pomen koherentnosti kaznovanja in sistemskih odločitev glede namenov in ciljev, ki jih s kaznovanjem skušamo doseči (Hogarth 1971).

Podobno velja tudi za nekatere posamične elemente iz četrte kategorije. Za karierni in profesionalni sodni sistem je tako značilno, da je sodnik zaposlen na sodišču in obenem predpisuje potrebno izobrazbo. V nekaterih primerih je to mogoče zahtevati tudi od laičnih sodnikov, npr. sodnikov porotnikov, ki sodelujejo v postopkih zoper mladoletne, od katerih se zahtevajo izkušnje s tega področja. Podobno velja za starostni kriterij, a na splošno drži, da je glavna postavka iz zadnje kategorije (ki močno sodoločajo tudi vse ostale postavke iz tabele) razmeroma neodvisna od pravnega sistema, ki jih ne more in v večini primerov tudi ne sme regulirati (diskriminatorno bi npr. seveda bilo sodniško funkcijo omejevati samo na ljudi določene rase ali verske pripadnosti).

Podobno pomemben za raziskovanje takšnih okoliščin na odločanje sodnika je še nekoliko podrobnejši seznam dejavnikov, ki so ga v eni najobširnejših študij s tega področja sestavili Sisk, Heise in Morris (1998) za primer ameriških zveznih sodnikov:

*Tabela 5 – Dejavniki, ki vplivajo na odločanje sodnika (Sisk, Heise in Morriss 1998, s. 1379-1380)*

A	Demografske spremenljivke
	1. spol
	2. rasa
	3. starost
	4. regija
	5. stopnja kriminalitete
	6. pravna izobrazba
B	Politične/ideološke spremenljivke

C	Predhodna zaposlitev <sup>191</sup>
	1. odvetnik (zagovornik v kazenskih primerih)
	2. upravne/politične funkcije <ul style="list-style-type: none"> <li>a. tožilske izkušnje</li> <li>b. politične izkušnje</li> <li>c. izvršilni, zakonodajni ali sodni položaji</li> </ul>
	3. sodnik na ravni zvezne države
	4. vojska
	5. profesura na pravni fakulteti
D	Vloga v sodnem sistemu <sup>191</sup>
	1. ocena ABA (American Bar Association)
	2. obremenjenost sodišča
	3. trajanje mandata zveznega sodnika
E	Možnosti za napredovanje
F	Vpliv precedensov

V primerjavi z Ashworthovo shemo se nekateri dejavniki ponavljajo, drugi so podrobneje razdelani, nekateri pa so specifično vezani na ameriški zvezni kontekst, zato se seveda razlikujejo. Za nekatere izmed omenjenih dejavnikov obstaja precejšnje število raziskav, vendar ne dajejo enotne slike glede njihovega vpliva na odločitve v kazenskem postopku ali pri kaznovanju samem (Kapardis, 2009).

Glede **spola** sodnika je tako razmeroma razširjeno stališče, katerega avtorica je Carol Gilligan (1982), da je ženski način razmišljanja drugačen od moškega, pri čemer velja, da ženske odločajo bolj celovito in skozi odločanje izražajo večjo skrb, moški pa delujejo bolj analitično in se bolj zanašajo na abstraktna pravila. V tem smislu naj bi veljalo tudi, da so ženske pri kaznovanju manj stroge, kar nekatere raziskave potrjujejo, druge pa prepričljivo zavračajo (Kapardis 2009; Kutateladze

---

<sup>191</sup> Tudi ta seznam je, podobno kot Ashworthov angleškemu, prilagojen ameriškememu sistemu, zato vse spremenljivke v našem okolju niso relevantne. Predhodna zaposlitev je npr. bistveno bolj pomembna v sistemu imenovanih oz voljenih sodnikov kot v našem sistemu kariernih sodnikov (čeprav tudi tu ni nepomembna), podobno velja za oceno ABA, ki je v ZDA podlaga za predsednikovo imenovanje zveznih sodnikov.

in Crossman 2009; Sisk, Heise in Morriss 1998). V kontekstu spola sodnika je pomembna tudi že opisana hipoteza kavalirstva, v skladu s katero naj bi bili moški sodniki do ženskih obdolženek manj strogi, a tudi te empirične raziskave ne potrjujejo v celoti. Muhlhausen (2004) tako ugotavlja, da so ženske sodnice tiste, ki v večji meri mileje obravnavajo ženske storilke, in ne njihovi moški kolegi. Poleg tega nekateri avtorji dokazujejo, da spol sodnika lahko bistveno vpliva na sam kazenski postopek tako, da pri obdolžencu spremeni vzorce vedenja – ena izmed raziskav je tako pokazala, da so obdolženi pri sojenju ženske sodnice bolj pripravljeni izražati tudi svoja čustva in pomisleke, s čimer je mogoče priti tudi do jasnejše slike o samem kaznivem dejanju (Johnson *et al.* 2007).

Podobno neenotno je mnenje glede vpliva sodnikove **rase** na njegovo odločanje. Etnična ali rasna pripadnost manjšini naj bi sodnika vodila v bolj empatično odločanje v razmerju do drugih pripadnikov manjšin, a rezultati empiričnih raziskav so znova različni. Nekatere kažejo celo na nasprotno stanje, kjer naj bi bili manjšinski sodniki do pripadnikov manjšin strožji (Muhlhausen 2004), druge pa, da pripadnost manjšini vpliva na potek odločanja, pri čemer so takšni sodniki bolj naklonjeni iskanju alternativnih poti razmišljanja, ne vpliva pa bistveno na izid takšnega odločanja, ki je v večji meri enak odločanju sodnikov, pripadnikov večine (Sisk, Heise in Morriss 1998).

Nekateri drugi dejavniki, kot sta npr. **starost** sodnika in njegova **izkušnost** (trajanje sodniškega mandata) se v veliki meri povezujejo, zato je med njimi težko razlikovati (Sisk, Heise in Morriss 1998). Na splošno naj bi veljalo, da so starejši sodniki manj kaznovalno naravnani od mlajših kolegov (Goodman-Delahunty, Forsterlee in Forsterlee 2005), bodisi zato, ker si zaradi izkušenj in staža lahko »privoščijo« takšno odločanje, bodisi zato, ker se z leti »omehčajo«.

Med zanimivejšimi dejavniki velja omeniti npr. še sodnikovo **politično pripadnost, versko prepričanje**, njegovo **izobrazbo** (v smislu univerze, na kateri je študiral) ter **okolje**, iz katerega izhaja (mestno ali podeželsko). V zvezi z njimi

sicer obstajajo določene hipoteze, a nedvoumnih rezultatov raziskav, še posebej takšnih, ki bi se posebej dotikale vprašanj kaznovanja, ni.<sup>192</sup>

Kljub temu je mogoče prepričljivo oceniti, da opisani dejavniki, v sodelovanju z morebitnimi številnimi drugimi, v kaznovalnem procesu še zdaleč niso brez vpliva (Kapardis 2009; Goodman-Delahunty, Forsterlee in Forsterlee 2005). Že površen vpogled v osnovne psihološke mehanizme, ki oblikujejo človekovo delovanje in odločanje, tudi zadostuje, da se takšno stanje ne zdi le razumljivo, temveč tudi povsem pričakovano. Od sodnika ni mogoče pričakovati, da bo na vratih razpravne dvorane odvrigel svojo človeško naravo in postal pravni avtomat za odločanje, toliko manj pri odločitvah, kjer je človeški faktor izjemnega pomena, kakršna odločitev o sankciji vsekakor je.

Za prikaz tega, kako tudi najbolj banalni dejavniki niso brez vpliva na sodnike, so izraelski avtorji izvedli (že opisano) raziskavo, v kateri so analizirali odločitve sodišča glede pogojnih odpustov in prišli do malodane šokantnih ugotovitev. Bolj kot karkoli drugega je odločitve sodnikov pojasnil časovni okvir, v katerem so o posameznem primeru odločali – več časa kot je minilo od zadnjega odmora z malico, manj je bilo ugodilnih odločitev in nasprotno, takoj po odmoru je bilo takšnih odločitev največ (Danziger, Levav in Avnaim-Pesso 2011).

Doseči stanje, kjer takšni in drugačni dejavniki na strani sodnika ne bi imeli nikakršnega vpliva, je seveda nemogoče. Vendar je zatiskanje oči pred njimi in pretvarjanje, da je postopek popolnoma »očiščen« slehernih subjektivnih dejavnikov, tisto, kar jim daje večjo veljavo. Prav njihovo poznavanje in soočanje sodnikov z njimi je tisto, kar lahko omogoči zmanjšanje njihove teže pri posameznih postopkih (Kmet 2012b; Kapardis 2009; Petrovec in Plesničar 2009; Šugman Stubbs 2006; Sisk, Heise in Morriss 1998).

V tem smislu se zdi na mestu tudi Bavconov premislek, ki ga plemeniti teža nekaj desetletij, v katerih pa vsaj na področju odločanja o sankcijah, ni bilo korenitih sprememb. Bavcon (1968, s. 158) tako pravi, da je tudi na tem področju potrebno

---

<sup>192</sup> V zvezi s politično pripadnostjo sodnikov in njihovimi odločitvami nasprotno obstaja precej literature, a predvsem vezane na ameriško vrhovno sodišče ali zvezne sodnike na splošno (glej npr. Posner 2009; Sunstein *et al.* 2006; Songer in Crews-Meye 2000), ne pa specifično na kaznovanje.

več pripravljenosti na sodelovanje z znanostjo, čeprav je ta lahko zelo neprijetna, ker z odkrivanjem relativne resničnosti ruši dušni mir, udobnost tradicije, šablone in rutino, vnaša nemir in dvome tja, kjer je bilo na videz še včeraj vse jasno.

Prav pretirano prepričanje v lasten prav in pomanjkanje dvoma, ki prinese s seboj vztrajno preverjanje sprejetih odločitev (Lehrer, 2009), sta namreč za učinkovanje predsodkov in njihovo zrcaljenje v diskriminatornih odločitvah temeljno gorivo.

### **3.2.3.3.2 vloga čustev**

Vloga čustev v kazenskem pravu že nekaj časa ni več tabu. V razpravo jo je že zelo zgodaj vpeljal Durkheim s poudarjanjem emocionalne narave kazenskopravnega reagiranja, ki zgolj formalizira že prej prisotne čustvene elemente v družbeni skupnosti (Durkheim 1997), v zadnjih letih pa ji kriminološka stroka naklanja vse več pozornosti.

Razlogov za to je več, od vse večjega sprejemanja in razumevanja čustvovanja na splošno, do vse širšega priznavanja čustveno obarvanih (predvsem kaznovalno naravnanih) elementov v posameznih institutih ter kazenskopravnem sistemu na splošno. Na temo čustev in kazenskega prava tako nastaja veliko število referenčnih znanstvenih del, ki počasi, a vztrajno odstirajo tančico objektivnosti in racionalnosti z delovanja kazenskopravnega sistema.<sup>193</sup>

Glavnina literature v zvezi s čustvi in odločanjem o sankcijah je posvečena vlogi žrtev in njihovih morebitnih izjav v zvezi s kaznovanjem (glej npr. Bandes 2009; Lynett in Rogers 2000). Zdi se, kot da sodnikom ne pripisujemo prav dosti čustvovanja, nikakor pa ne v sodni dvorani. Maroneyjeva (2011a) takšno stanje opisuje kot tradicionalen »skript« o sodniški nevtralnosti, s katerim se skušata tako splošna kot tudi strokovna javnost prepričati, da je kaznovalni postopek povsem logično formalen in neodvisen od morebitne čustvene vpletenosti sodnika.

---

<sup>193</sup> Glej npr. Murphy 2012; Karstedt, Loader, in Strang 2011; Smith 2008; De Haan in Loader 2002; Garland 1991, pri nas pa npr. Kmet 2011; Muršič 2008; Šugman Stubbs 2006.

Takšno pojmovanje seveda ne more vzdržati resne analize, poleg tega pa temelji na izhodišču, da so čustva nekaj inherentno slabega in da bi njihova vključitev v proces pomenila njegovo degradacijo. V resnici sodniki tako v sodni dvorani kot zunaj nje čustvujejo na povsem enak način kot vsi ostali, zato je zatiskanje oči pred tem nerazumno. »Nevarnost« čustev namreč leži prav v takšni *laisse-faire* logiki, saj jih, če jih sploh ne priznavamo, nikakor ne moremo usmerjati ali omejevati, kadar je to potrebno (Maroney 2012, 2011b).

Ameriški sodnik Chin izjemno težavnost odločanja o sankcijah pripisuje prav vlogi čustev pri izbiri sankcije:

Čustva so eden izmed razlogov, zakaj je [odločanje o sankcijah] tako zahtevno. Medsebojno nasprotujoči si pomisleki vzbujajo močna čustva – jezo, ogorčenje, sram, sočutje, žalost, obup in upanje. Sodnik na vsa ta čustva ni imun.<sup>194</sup> (Chin 2012, s.1579)

Obenem poudarja, da so prav čustva tista, ki lahko v kombinaciji s »pravom, logiko in razumom« sodniku pomagajo izbrati ustrezno kaznovalno možnost, saj pravo v tem oziru ne nudi ene rešitve, temveč vedno le izbor rešitev, med katerimi je treba izbrati najboljšo (oz. najmanj slabo). Pri tem izrazito poudarja empatijo, ki naj jo sodnik deli na obe strani – žrtvino in obdolženčevo.

Zelo podobnih misli je slovenska sodnica Betettova („Nina Betetto: Sodnik ne more biti človek brez vonja, barve in okusa“ 2012):

Sodniki smo vezani, da sodimo po ustavi in zakonu. To je popolnoma jasno. Pravno znanje, strokovnost sodnika je *conditio sine qua non*. Vendar to za dobrega sodnika ni dovolj. Imam nekatere kolege, ki so sicer intelektualno superiorni, pogosto pa jim manjka čustvene inteligence, če hočete, tudi empatije. Če sodimo po ustavi in zakonu, to ne pomeni, da mora biti pravica brez človeškega obraza. Biti dober sodnik je stvar značaja. Pogum je gotovo med tistimi lastnostmi, brez katerih se ne more.

---

<sup>194</sup> »Emotion is one reason it is so difficult. The competing considerations evoke strong sentiments - anger, indignation, shame, sorrow, grief, despondency, and hope. The sentencing judge is not immune from these emotions.«





## 3.3 stopnjevanje kaznovanja

### 3.3.1 uvodno

Stopnjevanje kaznovanja v sodobnih kazenskoopravnih ureditvah je dejstvo, ki se mu ni moč izogniti. Seveda je takšen trend še posebej izrazit v državah *common law*-ja, pri čemer so stvar daleč najdlje pripeljali Američani, ki glede na indeks zaprtih oseb in druge kazalnike prepričljivo »vodijo« v kaznovanju in zapiranju obsojenih oseb. Z manjšo intenzivnostjo, a nič manjšo prepričljivostjo je mogoče isti trend zaznati v Angliji, Avstraliji, Kanadi, nekoliko manj enovit pa je odgovor glede trendov v kontinentalnih ureditvah. Zanje je stopnjevanje kaznovanja manj značilno, čeprav se ponekod brez dvoma pojavlja, predvsem z »uvozom« kaznovalne mentalitete, ki izhaja iz ameriške in drugih *common law* ureditev (*tough-on-crime, law-and-order*, ipd.).<sup>195</sup>

Stopnjevanje kaznovanja je značilno tudi za slovensko ureditev po osamosvojitvi, kar je jasno razvidno tako iz podrobnejših analiz kaznovalne politike (Brinc 2005; Brinc 1996), kot tudi že iz bežnega preleta števil (UIKS 2012; UIKS 2011; UIKS 2010; UIKS 2009 in drugi), ki nam dajejo osnovno sliko o kaznovanju in zapiranju kaznovanih oseb pri nas.<sup>196</sup>

Kljub posameznim »stopničkam« v spodnjem grafu je trend vse strožjega kaznovanja oz. zapiranja vse večjega števila oseb nemogoče zanikati. Meško, Fields in Smole (2011) obdobje od osamosvojitve dalje tako delijo v štiri faze: fazo upada števila zaprtih (1991-1996), fazo hitre rasti števila zaprtih (1996-2001), fazo razmeroma stabilne rasti števila zaprtih (2001-2005) in zadnjo fazo ponovne hitre rasti med letoma 2006 in 2009, ko je število zaprtih oseb doseglo vrhunec in

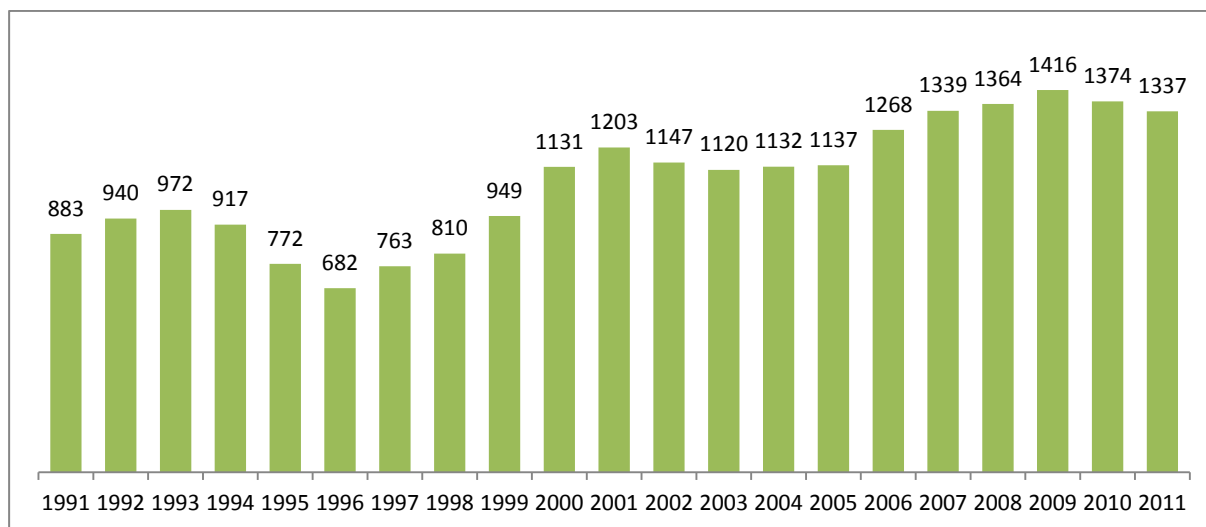
---

<sup>195</sup> Več o kaznovalnih trendih po svetu glej npr. (Loader 2009; Lacey 2007; Pratt 2007; Tonry 2004; Albrecht 2001; Garland 2001; Young 1999).

<sup>196</sup> Opis kaznovalnega trenda pri nas, vključno z grafom, je bil predstavljen na konferenci *(Re)imagining imprisonment in Europe*, septembra 2012 v Dublinu v okviru prispevka o prezasedenosti zaporov pri nas (Plesničar 2012d).

presešlo dvakratnik zaprtih oseb v letu 1996. Novejši podatki kažejo, da se je po letu 2010 število zaprtih znova nekoliko zmanjšalo, a za oceno resnejših sprememb ali morebitnega obrata trenda je še prezgodaj.

Graf 1 – Število zaprtih oseb v Sloveniji v letih 1991-2011<sup>197</sup> (vir: Letna poročila UIKS)



Med zaprtimi osebami je bilo v letu 2011 največ pravnomočno obsojenih oseb (70,5%), drugo največjo skupino v zaporih pa predstavljajo priporniki (22,2%). Preostala mesta zapolnjujejo osebe v uklonilnem zaporu (2,5%) ter mladoletniki v popravnih domovih (2%) ali mladoletniškem zaporu (0,2%) (UIKS 2012). Delež zaprtih oseb je pri nas še vedno med najnižjimi v Evropi in povsem primerljiv z denimo skandinavskimi državami, ki so v tuji literaturi pogosto postavljene kot zgled drugim ureditvam, a ob tem je potrebno upoštevati izjemno nizko izhodiščne oz. upad sredi devetdesetih let ter trend rasti števila zapornikov, ki ga ni mogoče zanikati.

---

<sup>197</sup> Število zaprtih oseb predstavlja dnevno povprečje števila zaprtih oseb v vsakem posameznem letu, zajema pa polnoletne obsojence, priprte osebe, pridržane osebe, obsojene mladoletnike in mladoletnike v popravnih domovih ter uklonilno zaprte osebe (UIKS 2012).

Govoriti o razlogih za takšno naraščanje je brez celostne analize tvegano, izpostaviti pa je mogoče vsaj nekaj objektivnih dejavnikov, ki bi k temu v različnih deležih gotovo lahko pripomogli: uvedba uklonilnega zapora, povečanje rabe pripora, upad v številu pogojno odpuščenih oseb, spremembe v kaznovalni politiki sodišč (bodisi več bodisi daljše zaporne kazni), spremembe v stopnji kriminalitete in podobno (Plesničar 2013; prim. Brinc 2005).<sup>198</sup>

Na drugi strani nekateri avtorji izpostavljajo druge vrste dejavnikov, ki tudi v skladu s tujimi spoznanji, doprinesejo k trenutnim trendom v kaznovanju. Petrovec in Muršič (2011) tako opozarjata na vpliv odprtja medijev, ki so lahko v obdobju po osamosvojitvi (končno) izrazili kaznovalne apetite, ki so bili pred tem v obdobju socializma pretežno zadrževani. V kombinaciji z zgledi iz tujih »modernih« držav je to povzročilo spremembo družbenega vzdušja v zvezi s kaznovanjem, ki se je kmalu začelo zrcaliti v spremenjenem pristopu politike in države k urejanju tovrstnih vprašanj. Ob že opisanih spremembah zgornje meje kaznovanja je bila postopoma (vsaj deloma) opuščena rehabilitacijska ideologija, vprašanja kaznovalne politike pa so vse bolj postala tudi vprašanja politike na splošno, kar je sicer značilno tudi za druge države v tem obdobju.

---

<sup>198</sup> Pri tem je pomembnih več Brinčevih opozoril v zvezi s statistikami in podatki, ki jih nudijo. Le-ti npr. v zvezi s prijavljeno kriminaliteto niso odvisni le od dejanske kriminalitete, temveč v veliki meri prav od beleženja in analiziranja le-te. Samo kombinacija različnih dejavnikov lahko da razmeroma celovito sliko o stanju kriminalitete v družbi, pa še ta je vedno le boljši ali slabši približek realnega stanja.

### 3.3.2 politika in kaznovanje<sup>199</sup>

Kaznovanje in kaznovalna politika sta družbena konstrukta in kot taka tesno povezana z vrednotami in izbirami, ki jih ljudje praviloma izražamo v političnem okolju (Durkheim 1972). Nemogoče je celovito razmišljati o vprašanih kriminalitete in kaznovanja v »nevtralnih« ali »ne-političnih« okvirih – sam koncept kriminalitete predpostavlja predhodno politično odločitev glede tega, kaj je in kaj ni kaznivo ter v kolikšni meri. Četudi se tovrstne političnosti skušamo otresti z uporabo konceptov kot sta *mala in se* ter *mala prohibita*, hitro naletimo na (včasih šokantne) ugotovitve glede tega, kaj v neki družbi in v nekem obdobju sodi v katero izmed obeh kategorij (npr. družbeno sprejeto izpostavljanje novorojenčkov v stari Grčiji in Rimu, dolgotrajno vztrajanje na stališču, da posilstvo znotraj zakonske zveze ne obstaja, in podobno).

Nemogoče si je torej zamisliti, da bi politični element povsem izbrisali iz debat o kriminaliteti in kaznovanju, a stanje v zadnjih desetletjih se kljub temu zdi alarmantno. Številni avtorji soglašajo, da je trenutno stanje na področju kaznovanja preseglo vse meje, da je stopnja politizacije daleč presegla opisani nujni politični element in prešla na področje, kjer sta kriminaliteta in naš odziv nanjo postala le spremenljivki na političnem odru, ki ju je mogoče samovoljno zlorabljati zgolj za zaščito lastnih političnih, predvsem pa volilnih interesov (glej npr. Sherman 2009; Lacey 2007; Zimring in Johnson 2006; Zimring, Hawkins in Kamin 2003; Pettit 2002). Takšne spremembe so med drugim pripeljale do nesistematičnih, neučinkovitih, predvsem pa izjemno strogih ukrepov na področju kaznovanja in v celoti spremenile sliko kaznovalnih vrednot sodobnih družb.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> Odsek je deloma povzet po prispevku z naslovom *Politics in criminal justice*, predstavljenem na konferenci CEE Foruma z naslovom *Reconsidering democracy: (New) theories, policies and Social practices*, marca 2012 (Plesničar 2012c).

<sup>200</sup> Zanimiv je na drugi strani Loaderjev (2008) pomislek, da težava morebiti ni v »preveč« politike, temveč v »premalo« politike. Trenutne razmere so namreč na zahodu prepeljale do stanja, ko se kriminalitetna in kaznovalna vprašanja ne razrešujejo več v klasičnih političnih okvirih, temveč so povsem nepovezana z modernimi političnimi ideologijami (in tradicionalno dihotomijo liberalizem-konzervativizem) ter se gibajo na samem zgornjem robu še sprejemljive strogosti. Izgubile so torej sleherno povezavo s klasičnimi političnimi ideologijami in so povsem izpraznjene vrednot, ki jih navadno zagovarja ena ali druga politična opcija.

Seveda stanje ni identično povsod po svetu, glavne analize in kritike nastajajo v prej omenjenih *common law* ureditvah, zlasti ZDA in Angliji. Posploševanje na ravni različnih ureditev je izjemno tvegano in kot poudarja Albrecht (2001) mnoge ugotovitve, ki so v teh okoljih nesporne, drugod (*»elsewhere«*) niti približno ne držijo ali vsaj ne v tolikšni meri (prim. še Nelken 2009; Tonry 2004).

Kljub temu prav v zvezi s politizacijo kaznovalne politike obstajajo podobnosti, ki jih je smiselno podrobneje preučiti. Četudi se podatki o številu zapornikov in drugi kazalci kaznovalne naravnosti po ureditvah v Evropi med seboj precej razlikujejo, ti niso nujno povezani z vprašanji vmešavanja politike na področje kaznovanja. Nedvomno je mogoče trditi, da je raven politizacije kaznovalnih vprašanj bistveno večja v neoliberalnih ureditvah (Cavadino in Dignan 2006) oz. ekonomijah prostega trga (Lacey 2007), kjer so tudi kazalci kaznovanja najstrožji, a tudi za tradicionalno manj kaznovalno naravnane skandinavske ureditve, kot je npr. Švedska, ni mogoče reči, da politizacije teh vprašanj tam ni (Tham 2001). Povezava med politizacijo in strogo kaznovalno politiko je tako manj jasna, kot se zdi na prvi pogled, saj *»segrevanje«* (*heating up*) (Loader in Sparks 2010) kriminalitetne in kaznovalne politike ni dejavnik le v državah z najstrožjimi kaznovalnimi prijemi, temveč tudi v drugih sodobnih ureditvah, kjer takih ekscesov (še) ni.<sup>201</sup>

V zadnjih letih so različni avtorji ponudili množico različnih odgovorov o razlogih in procesih, ki so pripeljali do stroge kaznovalne realnosti v *»neoliberalnih«* državah. Na eni strani se tako ponujajo razlage na podlagi družbenih sprememb v obdobju post-moderne, ki vplivajo na kriminalitetno politiko (Garland 2001), ob bok pa se jim postavljajo teze o načrtnih in pretehtanih spremembah, ki koreninijo v skritih interesih vladajočih slojev (Wacquant 2009a; Simon 2007). Drugi iščejo razloge v kulturnih spremembah (Whitman 2003), politični ekonomiji (Cavadino in Dignan 2006) ali volilnih sistemih (Lacey 2007). Kje točno leži odgovor oz.

---

<sup>201</sup> Politični element je ravno tako prisoten v tradicionalno manj kaznovalno naravnani Skandinaviji, najbolj očiten je bil v zadnjem času pri procesu zoper Breivika, a v nasprotju z zahodnimi ureditvami je bil politični kontekst bistveno drugačen. Nasprotovanje pretiranemu kaznovanju in vztrajanje na spoštovanju obstoječega sistema sta tako postala ključni razlikovalni element za norveške politike in splošno javnost, ki sta utrdili prepričanje, da sta sposobni reagirati drugače kot neoliberalne države (iz katerih je bilo tudi v primeru norveškega množičnega morilca slišati glasne klice po strožjih kaznih in celo vnovični vzpostavitvi smrtne kazni).

katera kombinacija možnih razlogov daje pravi vpogled v spremembe in razlike med njimi, ni povsem jasno. Zdi se, da se iskanje odgovorov nikakor še ni zaključilo – v pravo smer pa bi utegnil iti kombiniran pristop iskanja več dejavnikov z upoštevanjem primerjalnih in zgodovinskih značilnosti posameznih ureditev in opuščanjem klasičnih primerjalnih dvojic (npr. kontrast med anglo-saško kulturo na eni strani in frankofonsko na drugi (Tonry 2007)), ki ne delujejo vedno v parih. Ob tem je potrebno v ozir vzeti »širšo sliko« strukturne ter socialne in ne le institucionalne strogosti sistema (Kanduč 2007b; Nelken 2006, 2005).

Dokler takšne razlage ne najdemo, pa se mnogi kriminologi soočajo z vse prej kot prijetno realnostjo sodobnih kaznovalnih sistemov. Eno izmed ključnih vprašanj, pri katerem mnogi iščejo odgovore, je prav vprašanje politizacije kriminalitetne in kaznovalne politike, ki ga ključno povezujejo s sodobnimi kaznovalnimi trendi, povezano z vse večjim zanimanjem in angažiranostjo javnosti za vprašanja kaznovanja (Plesničar 2012c).

Pettit (2002) potrebo po ohladitvi politične aktivnosti na teh področjih pojasnjuje z aplikacijo MacDonaghove »dinamike ogorčenja« na področje kaznovanja. Za nastanek »spirale ogorčenja« (*outrage spiral*) so na tem področju potrebne tri predpostavke: zaznava določenega »zla« v javnosti, javno ogorčenje kot odziv na takšno zaznavo in ustrezna reakcija oblasti na javno ogorčenje.

Omenjena dinamika je v resnici značilna za »razvoj« kaznovalne politike v zadnjih letih, ko posamezni dogodki sprožijo nepretehtane, a pogosto korenite spremembe določenih kaznovalnih postopkov. Najbolj značilni so v tem smislu zakoni, ki jih v posameznih ureditvah celo poimenujejo po žrtvah v teh izvornih primerih, ki so spiralo sprožili (npr. pred časom Megan's law v ZDA , trenutno aktualni Marijin zakon v Srbiji).<sup>202</sup>

---

<sup>202</sup> Oba zakona, čeprav z desetletno razliko, urejata vprašanja kaznovanja storilcev kaznivega dejanja pedofilije, tako Megan v ZDA kot Marija v Srbiji pa sta bili mladi deklici, katerih posilstvo in smrt sta sprožili verigo dogodkov, ki je pripeljala do sprejetja oz. v srbskem primeru skorajšnjega sprejetja omenjenih zakonov (več o ameriški ureditvi v Simon 2000), predlog srbskega zakona pa je dostopen na [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/559-13Lat.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/559-13Lat.pdf) (dostopano 20. 2. 2013).

Težava, ki jo vidi Pettit (2002), s katerim je v tem pogledu mogoče soglašati, je v tem, da tovrstna spirala nujno vodi kaznovanje proti kulturno sprejemljivemu maksimumu, poleg tega pa tak »odziven« kaznovalni sistem ne more biti preišljen in koherenten, temveč kmalu postane le krpanka, zgrajena na ekscesnih primerih. Edini kriterij za njegovo ustvarjanje predstavlja ugajanje javnim zahtevam po (re)akciji. V tem smislu so sodobni demokratični sistemi ključna težava, saj politiki nimajo druge izbire, kot da svoje ogorčenje (in temu primerno reakcijo) izkažejo v vsaj tolikšni meri kot siceršnja javnost, saj jim v nasprotnem primeru grozi padec v priljubljenosti ali morebitna neizvolitev v prihodnosti.

Nekaj je na demokraciji, kar preprečuje razumno ustvarjanje politik. [...] Družba je demokratično organizirana na takšen način, da bodo politiki prisiljeni, ob grožnji neizvolitve, na ogorčenje odgovoriti bolj ali manj prepričljivo. [...] Na ogorčenje bodo morali odgovoriti vsaj z enako stopnjo ogorčenja, kot jo izkazuje splošna javnost, ter pripravljenostjo (podkrepljeno s sredstvi) nekaj narediti v zvezi z njim.<sup>203</sup> (Pettit 2002, s. 429, 433, 435)

Podobno je nad trenutno situacijo zgrožena Laceyjeva (2007), ki meni, da so sodobni kaznovalni trendi v nasprotju z razumom in liberalnimi vrednotami, hkrati pa tudi nekaj, kar bi večina v družbi le stežka namenoma izbrala, če bi bile vnaprej predstavljene vse negativne posledice takšne politike, na čelu z vse večjo družbeno polarizacijo.

V tem smislu je njen argument vezan na spoznanja Herberta Simona o omejeni racionalnosti posameznika (in javnosti kot celote). Čeprav se zahteve javnosti v kontekstu posamičnega primera lahko zdijo (razmeroma) racionalne, je takojšnja reakcija politike tista, ki se zdi bolj problematična, saj javnost nujno deluje na podlagi omejenih informacij glede posamičnega primera in pričakovanih posledic morebitnih ukrepov, politiki pa se na zahteve odzivajo predvsem v luči potencialnih volilnih izgub, zato javnost praviloma »potešijo«, pri čemer tak

---

<sup>203</sup> »[T]here is something about democracies that militates against reasoned policy-making. [...] [T]he society is democratically organized in such a way that politicians are going to be required, on pain of electoral sanction, to respond in a more or less persuasive way to the outrage. [...] They will have to react to the popular outrage by showing themselves to be at least as outraged as the general run of people – and to be determined, with resources at their disposal, to do something about it.«

pristop onemogoči pretehtano debato z vsemi posledicami predvidenih ukrepov (prim. Fischer 2005).

Laceyjeva (2007) poleg tega v debato vnese tudi pragmatično ekonomsko dimenzijo, pri čemer opozarja, da je v sodobni družbi vlaganje tolikšnega deleža BDP-ja v zapiranje ljudi, ki ima le marginalni učinek na kriminaliteto, popoln nesmisel. Komentar, pisan še pred nastopom aktualne ekonomske krize, je v resnici dobil precej zagona po letu 2009 in predstavlja enega izmed temeljnih argumentov predlagateljev reform kaznovalnega sistema tako v ZDA kot v Angliji.

Na problem demokracije v navezavi s kaznovalno politiko opozarjata tudi Zimring in Johnson (2006), izhajajoč predvsem iz primera ameriške zvezne države Kalifornije. Sovražna nastrojenost javnosti zoper storilce kaznivih dejanj je po njunem mnenju v demokratični ureditvi neizogibna, razloge, da se v dejanskih ureditvah po svetu zrcali zelo različno, pa vidita v različnih stopnjah demokratičnosti v zvezi z ustvarjanjem kaznovalne politike. V evropskih državah naj bi relativna profesionalizacija področja, ki je zato manj odzivno na neposredne zahteve javnosti, zavirala kaznovalne trende, medtem ko so ti v primeru Kalifornije povsem neomejeni.

Podobne rešitve pravzaprav kot izhod iz trenutne situacije ponujajo vsi omenjeni pisci – profesionalizacija ustvarjanja kaznovalnih politik, izločitev politike ter utišanje javnosti naj bi pripeljali do ustrežnejših rešitev na področju kaznovanja. O uspešnosti takšnega pristopa je mogoče na široko razpravljati, najbolj problematična pa se zdi še posebej teza o potrebi po izključitvi javnosti iz kaznovalnih debat (Plesničar 2012c).

Zdi se, da omenjeni avtorji pozabljajo, da je aktivno vključevanje javnosti v vprašanja kaznovanja razmeroma nov pojav – do nekako sedemdesetih let prejšnjega stoletja je bila javnost na Zahodu povsem neangažirana v tem smislu (Loader, 2009),<sup>204</sup> pri nas lahko to trdimo za obdobje do osamosvojitve ali celo še

---

<sup>204</sup> Za ZDA skuša takšno razliko pojasniti Rowan (2012), ki meni, da od poznih šestdesetih let dalje politika in vsakdanji rituali vezani na kaznovanje, vzpostavljajo »vtis nedolžnosti« ameriške družbe (v smislu poštenosti postopka in enakosti za vse v primerjavi s predhodnimi obdobji suženjstva in segregacije). Prav takšna »nedolžnost« služi kot ideološki temelj pretirano kaznovalnim trendom –



dlje. Pogoji za spiralo ogorčenja niso nekaj novega, temveč so obstajali desetletja pred prvimi dejanskimi primeri.

Tudi javno mnenje ni niti približno tako enoznačno, kot se ga mnogokrat skuša prikazati. Številne raziskave kažejo, da je izjemno kaznovalno naravnano le na površju, medtem ko že površno seznanjanje s kazenskim postopkom in kaznovanjem kot takim povzroči izjemno zmanjšanje kaznovalnih apetitov pri večini posameznikov (Roberts *et al.* 2012; Green 2006; Roberts in Hough 2005; Roberts *et al.* 2003). Poleg tega obstajajo »obdobja in območja kaznovalne zmernosti« (Loader 2008, s. 10), ki izpodbijajo tezo »normalnosti« visokih kaznovalnih apetitov javnosti.

Koliko so takšne razprave dejansko pomembne za sam postopek odločanja o sankcijah, je težko oceniti. Družbena realnost je nekaj, v kar so sodniki vpeti in iz česar se ne morejo in niti ne smejo izolirati. Sodni sistem ne deluje v slonokoščnem stolpu, temveč v realnem svetu, s katerim mora do razumne mere komunicirati (prim. intervju s sodnico Betettovo: „Nina Betetto: Sodnik ne more biti človek brez vonja, barve in okusa“ 2012; podobno v nemškem kontekstu Streng 2007).

Četudi sodniki mnogokrat mislijo, da je njihovo odločanje neodvisno od zunanjih dejavnikov, že prejšnji odseki jasno kažejo, da temu ni tako. Družbena realnost je gotovo eden izmed dejavnikov, ki pomembno (so)oblikujejo sodnikov pogled na svet na splošno in kaznovanje samo. Raziskava Millieja, Jacobsonove in Hougha (2003) je tako pokazala, da angleški sodniki menijo, da razlogi za veliko postrožanje sankcij v zadnjih letih nikakor ni rezultat njihovih odločitev, temveč povsem zunanjih dejavnikov (npr. hujših primerov kaznivih dejanj, strožje zakonodaje), pri čemer to drži le v majhni meri. Kot ključna se je izkazala pripravljenost sodnikov izrekati več zapornih kazni in daljše zaporne kazni kot v primerjanih preteklih obdobjih. Avtorji ocenjujejo, da je poleg zakonodajnih oz. strukturnih sprememb prav splošna kaznovalna klima v državi eden izmed temeljnih razlogov za takšno ravnanje.

---

le družba, ki sebe dojema kot popolno in neomadeževano, je sposobna takšnih politik brez kančka samorefleksije.

Če se za hip vrnemo na psihološke dejavnike, ki delujejo na sodnike pri odločanju o sankcijah, je jasno, da bolj kaznovalno naravnana družba nudi drugačno okolje za odločanje od manj kaznovalne ali manj angažirane družbe. Ko javnost preko medijev (ali mediji preko javnosti?) sodnikom vztrajno sporoča, da hlepi po strožjih sankcijah, s tem nanje deluje tako preko »uokvirjanja«<sup>205</sup> debate, kot tudi preko »sidranja«<sup>205</sup> in številnih drugih bližnjic pri odločanju. Ali in kako je mogoče takšno vplivanje zajezi, če se nam kot družbi sploh uspe sporazumeti, da je to zaželen cilj (Plesničar 2012c), ostajata odprti vprašanji, odgovor nanju pa terja poglobljene analize, razdelane študije in morebiti celo pogumne (vnovične)<sup>205</sup> eksperimente na področju kaznovanja.

---

<sup>205</sup> S tem seveda merim na slavni logaški eksperiment v slovenski penološki zgodovini in posledično prakso v zaporih na Igu in drugod, ki je koreninila v njem. Gre za nekoliko drugačno področje, a enako pomembno in enako občutljivo, kot področje odločanja o sankcijah, zato se takšna analogija vendarle ne zdi nemogoča.





## 4. poglavje: SKLEP

Če kaj, je iz doslej zapisanega mogoče razbrati, da odločanje o sankcijah predstavlja zapleten in zahteven proces, v katerem se prepleta množica zavestnih in nezavednih dejavnikov, racionalnih in emocionalnih pomislekov, v katerem je pomembnih več akterjev, katerih naloge so načeloma ločene in jasne, a se v stvarnosti pogosto križajo in sooblikujejo. Ob natančnem analitičnem premisleku se tako zdi naloga v konkretnem primeru izbrati ustrezno sankcijo za posameznega sodnika kar prezahtevna.

Skozi disertacijo sem skušala ločeno prikazati dve ključni skupini dejavnikov, ki proces odločanja oblikujeta – vsaka zase in v sodelovanju druga z drugo.

\*

Na eni strani imamo tako zbrane pravne dejavnike, torej tiste dejavnike, ki jih je mogoče pravno normirati in oblikovati. V tem smislu gre poudarek vsem trem oblikam individualizacije: zakonodajni, sodni in izvršilni, pri čemer se izkaže, da je za vse tri faze temeljnega pomena prav začetni premislek.

Tako se zdi, da je odločitev o namenu kaznovanja tista, ki zacementira nadaljnje odločanje, tista, h kateri se je potrebno vedno znova vračati – naj bo to pri oblikovanju kaznovalnih okvirov in določanju upoštevanja vrednih okoliščin, pri razvijanju postopka ali pri dopuščanju zunanjih elementov v kaznovanje. Temeljni premislek o tem, kaj želimo s kaznovanjem doseči, še zdaleč nima le simbolne vloge, temveč nosi tudi povsem praktične posledice. Odločanje znotraj koherentnega sistema tako nudi določeno varnost in, kot postavljanje pravil

malemu otroku,<sup>206</sup> sodniku postavlja trdne meje, na katere se lahko naslanja pri svojem odločanju.

Sodobna družba, ki postaja vse bolj kompleksna na vseh področjih, je tudi pri vprašanju namena kaznovanja praviloma že preseгла klasično binarno delitev na retributivizem in utilitarizem. Tako so se v zadnjih desetletjih razvile nove, vmesne teorije o kaznovanju z novimi, včasih zelo pomembnimi poudarki. Kljub temu se zdi, da temeljna odločitev, glede katere si morata priti na jasno družba in zakonodajalec kot njen predstavnik, še vedno izhaja iz dveh nasprotujočih si izhodišč. Ključno vprašanje, na katerega je potrebno odgovoriti, ko se odločamo glede uganke, čemu je namenjeno kaznovanje, je namreč sposobnost ljudi, da se spremenijo (prim. Goodman-Delahunty 2006). Pri tem sta mogoča dva odgovora: na eni strani lahko verjamemo, da posameznik ni sposoben spreminjanja in da bo »enkrat kriminalec, vedno kriminalec«, na drugi strani pa obstaja bolj optimističen pogled na človeško naravo, ki verjame v sposobnost vsakega posameznika, da se v nekem trenutku odloči za korenito spremembo svoje življenjske poti. Gre za premislek o človeški naravi, ki ni nujno vezan na kazenskopravne okvire, nasprotno, srečati ga je mogoče na vseh področjih človekovega delovanja (ali smo npr. sposobni spremeniti naše prehranjevalne navade, ali se lahko odrešimo odvisnosti in podobno). A na področju kaznovanja je zaradi narave tega procesa in posledic, ki jih nosi za posameznika in družbo, toliko bolj pomemben. Obenem mu je mogoče dodati podvprašanje, ki je za premislek o sistemu kaznovanja še pomembnejše: če verjamemo, da so spremembe mogoče, ali je nanje mogoče vplivati od zunaj? Ali torej lahko zunanji dejavniki kakorkoli spodbudijo posameznikovo spremembo ali je pri tem vsak prepuščen samemu sebi?

Zdi se, da je na zahodu prav negativen odgovor na zgornje vprašanje povzročil padec rehabilitacijske ideologije – ko je Martinson na znanstveni ravni

---

<sup>206</sup> Analogija, ki se je porodila povsem spontano, spominja na besede angleškega sodnika Cookeja, ki je zapisal: »*Odločanje o sankcijah ne more biti natančna znanost: Lady Wootton je sodnika primerjala z majhnim fantom, ki rešuje svoje računske naloge, pri čemer nima nikogar, ki bi njegove rešitve preveril.*« V izvirniku: »*Sentencing cannot be an exact science; indeed, Lady Wootton likened the sentencer to a small boy adding up his sums but with no one to correct his answer.*« (Cooke 1987, s. 57)

(zmotno!)<sup>207</sup> ugotovil, da »nič ne deluje« in da smo kot družba nemočni pri (so)oblikovanju prihodnosti posameznih obdolžencev, je s tem sistem odvezal od nujnosti poskušanja. Spodbujanje sprememb pri posameznih obsojencih je resda ponekod prešlo ne le meje dobrega okusa, temveč tudi trdnejše meje človekovega dostojanstva,<sup>208</sup> a opustitev resnih namenov v tej smeri tudi ni brez posledic. »Skladiščenje« (*warehousing*), ki se je znova razlezlo po večini penitenciarnih institucij modernega sveta, na bodočnost »skladiščenih« obsojencev ravno tako vpliva kot sistemsko ukvarjanje z njimi, na kar pomembno opozarja Petrovec (1998), ko pravi, da ne-komunikacija ni mogoča. Da poleg individualnega vpliva takšno kaznovanje korenito spreminja podobo sodobne družbe z ustvarjanjem novega »podrazreda« (*underclass*) in poglobljanjem socialnih razlik, pa že leta opozarjajo pronicljivi kritiki iz zelo različnih izhodišč in okolij (glej na primer Wacquant 2009a; Melossi 2008; Simon 2007; Whitman 2003; Garland 2001; Young 1999; Christie 1994).

Seveda nasprotno razmišljanje, torej takšno, ki verjame v posameznikovo sposobnost spreminjanja, ni povsem izginilo s kaznovalnega odra. Predvsem v zadnjem času, ob razočaranju nad posledicami skrajnih retributivnih kaznovalnih teorij in gibanja v območju brez slehernih kaznovalnih teorij, se pojavljajo nove in nove teorije in programi, namenjeni obuditi rehabilitativnih teženj v kaznovanju. Nenazadnje je, kot opozarja Maruna (2009), zgodba o »ponovnem rojstvu« med ljudmi vsaj enako popularna kot zgodbe o »pravični kazni«, če ne bolj.

Kako se opisane dileme navezujejo na področje odločanja o sankcijah? Odločanje v konkretnem primeru je tisto, ki posamezno ideologijo privede v realnost. Kot smo videli, je uokvirjanje sodnikovih kaznovalnih izhodišč temeljnega pomena za doseganje enakosti v kaznovanju. Ne glede na skupno izobrazbo, pravniško in sodniško kulturo ter druge socialne okoliščine, ki so značilne za sodniški poklic, je namreč nemogoče pričakovati, da bodo pogledi sodnikov glede tako temeljnih

---

<sup>207</sup> Glej npr. Pratt, Gau in Franklin 2010; Cullen in Gendreau 2001; Cullen in Gilbert 1982; Palmer 1975.

<sup>208</sup> S tem merim na razne ukrepe medicinske narave, s katerimi se je skušalo obsojence spreminjati predvsem v preteklosti, čeprav tudi danes tovrstno postopanje ni povsem neznano (npr. kemične ali kar običajne medicinske kastracije za storilce spolnih deliktov).

vprašanj identični. Le enako skupno izhodišče pa lahko pripelje do dosledne(jše) aplikacije predpisov na konkretne življenjske primere.

Poleg takšnega pragmatičnega razloga se zdi enako pomemben, če ne pomembnejši, tisti, ki leži v teži odločitve. Kaznovanje vse od Durkheima naprej pojmuje kot odziv družbe na kršitev družbenih pravil s strani posameznika, za katero družba meni, da je tako huda, da si zasluži najresnejši možni odziv. Preko kaznovanja se znova utrdijo družbena pravila in vzpostavi družbena kohezija, posamezni kršitelj pa po prestani kazni dobi možnost za vnovično vključitev v družbo. Kaznovanje torej predstavlja najresnejši odziv, ki ga družba zmore in sme uveljaviti v razmerju do posameznika, zato se zdi prepuščanje temeljnih premislekov glede njega redkim posameznikom, ki v družbi opravljajo funkcijo sojenja, povsem neprimerno. Seveda si vsi želimo družbe, kjer bi bili sodniki deležni zaupanja družbe kot celote in tudi dejansko zaupanja vredni, a Dworkinovi Herkulovi je v realnem svetu zelo malo. Pa tudi, če bi jih bilo več – breme odločitve o namenu kaznovanja je tolikšno, da ga nikakor ne gre naložiti na pleča posameznega sodnika.

\*

Ko govorimo o trdnih okvirih, znotraj katerih obstaja polje sodnikove proste presoje pri odločanju o sankcijah, je potrebno biti previden. Na eni strani drži, da določitev namena kaznovanja predstavlja nujni del takšnega omejevanja, a obenem je to tudi samo začetni del ukvarjanja s sistemom odločanja o sankcijah.

Sledijo namreč številni premisleki in izbire, ki lahko ta sistem oblikujejo na zelo različne načine. Najprej so tu razmisleki o dopustnih sankcijah – torej o kaznovalnih možnostih, med katerimi bo lahko izbiral sodnik. Tema je tako obširna, da jo je skoraj nemogoče površno obdelati, in sodi v tisti del zakonske individualizacije, s katero se v disertaciji nisem posebej ukvarjala, četudi si gotovo zasluži ločeno analizo. Od zakonodajalčevih premislekov so me bolj zanimale



omejitve pri izbiri vnaprej postavljenih sankcij in njihov vpliv na različno delovanje sistemov po svetu.

Po natančnejšem pregledu in omejeni primerjalni študiji, prikazani v prvem delu disertacije, lahko samo pritrdim besedam prof. Šelihove, ki je pred nekaj leti razlike v razvoju po svetu označila tako:

Ocena prizadevanj za bolj racionalno sodno odmero kazni pokaže, da ta prizadevanja niso privedla do napredka – če za napredek štejemo tako odmero kazni, ki izhaja iz načela, da se kazen zapora uporablja kot *ultima ratio*, uporaba zapora pa naj bo hkrati sorazmerna teži kaznivega dejanja in krivdi storilca, čim manj neenaka in pravična. Del kazensko-pravnih sistemov je ostal zadržan do novosti, ki so jih v ameriškem sistemu uvajali od sedemdesetih let naprej, ameriški pa je prišel do sklepa, da uvedene novosti niso pripomogle k cilju, zaradi katerega so bile uvedene. Po drugi strani se zdi, da druga dva velika sistema – nemški in francoski – nista na praktični ravni prispevala prav veliko k temu, da bi postala sodna odmera kazni manj neenaka in bolj pregledna. (Šelih 2009, s. 1363)

Zdi se, da ustrezne »srednje poti« med preveč in premalo diskrecije še nismo našli. Nekoliko protislovno je razvoj zadnjih desetletij *common law* sodnika, ki je tradicionalno deležen več zaupanja in ugleda kot njegov kontinentalni kolega, pripeljal v situacijo, ko je njegova diskrecija pri odločanju o sankcijah zmanjšana na minimum, medtem ko je v kontinentalnih ureditvah diskrecija sodnika prav v zvezi z izbiro sankcij največja. Predvsem ameriški poskusi ozkega omejevanja diskrecije z uvajanjem kaznovalnih tabel in minimalnih kazni so se izkazali za tvegane, saj so, resda ob sodelovanju številnih drugih dejavnikov, pripeljali v stanje, ko je svobode v zibelki moderne demokracije vse manj. Obenem rigidni sistem ni prinesel zelenih učinkov pri izničenju ali vsaj zmanjšanju neupravičenih razlik pri kaznovanju, zaradi katerih je bil v začetku oblikovan.

Čeprav tudi evropske kontinentalne ureditve v tem pogledu niso dosegle zavidanja vrednih uspehov, obstoječi sistemi vsaj ne ustvarjajo dodatnih težav in z zavezanostjo tradicionalnim ureditvam ohranjajo *status quo*, ki seveda ni optimalen, v primerjavi z ameriško realnostjo pa tudi ne najslabši.

Boljša pa se zdi pri odločanju o sankcijah v *common law* sistemih postopkovna ureditev vprašanja. Dvodielba kazenskega postopka na del, v katerem se ugotavlja

krivda in del, v katerem se določa ustrezna sankcija, že na načelni ravni poudarja tudi težo druge in ne le prve odločitve. Vmesni čas nudi poleg tega obdobje za premislek, ki je nujno potreben, ter omogoča doslednejšo predstavitev dejavnikov, ki jih je potrebno pri odločitvi o sankciji upoštevati. Pravzaprav se zdi, da bi bila dvodelba sistema bolj pričakovana in potrebna prav v kontinentalnih ureditvah, kjer je diskrecijsko polje praviloma večje, več pa je tudi dopustnih dejavnikov, ki jih sodnik pri svoji odločitvi sme upoštevati.

\*

Zdi se, da je največja težava zelo različnih sistemov odločanja o sankcijah ni nujno v različno oblikovanih fazah odločanja ali polju diskrecije. Ureditve z ene in druge strani, tiste z bolj in tiste z manj restriktivnimi okvirji, se namreč ukvarjajo s podobno težavo – dejstvom, da je sojenje v končni fazi vedno v domeni sodnika, sodnik pa je – neizbežno – človek.

V debatah o odločanju in še posebej o odločanju glede sankcij sta že dlje časa prisotni dve različni teoriji o tem, na kakšen način sodnik pride do končne odločitve (glej npr. Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2007; tudi Schauer 2010; Kapardis 2009; Lovegrove 2006). Na eni strani se nahaja »formalistični model«, ki prisega na razumsko in analitično odločanje. Pri odločanju gre v skladu s to idejo za logično-mehanično operacijo z močnim poudarkom na silogističnem sklepanju. Na drugi strani najdemo »realistični model« kot produkt pravnega realizma, ki opozarja, da je odločitev, četudi v pravnih okvirih, vselej produkt intuitivnega spoznanja, pri katerem ima pravni »občutek« ključno vlogo, racionalizacija pa sledi temu občutku predvsem v smislu pojasnitve odločitve za nazaj, namenjene tako sodniku samemu kot širšemu avditoriju.

Podobnih dualizmov najdemo tudi v slovenski teoriji kar nekaj. Bavcon (1968) je v kazenskopravnem kontekstu podobno pisal o analitični in sintetični metodi pri izbiri sankcije, s precej podobnima definicijama, še pred njim pa je že v tridesetih

letih za pravno odločanje na splošno na stran pravnega realizma prestopil Furlan,<sup>209</sup> ki je glede intuicije zapisal:

Izkušeni pravnik bo pravo smer našel mnogo lažje nekam instinktivno, privlačevala ga bo skoro nezavestno neka kategorija pravnih likov. Kadar ne najdemo drugega izhoda, moramo prečitati cele dele zakonikov [...] dokler se nam *na mah* ne zasvita: to je to, kar iščemo [...]. [...] To je neko intuitivno zrenje, neka neposredna danost, in čeprav smo se do nje z razumom dokopali, ni istovetna z razumskimi danostmi. (Furlan 2002, s. 162-163)

Glede vloge razuma pa:

Silogizem je tvorba razuma, prepoznavanje pa akt intuicije. Da postane poslednja dostopna drugim ljudem in da sploh more vršiti neko socialno funkcijo, jo moramo izraziti z onimi sredstvi, ki nam jih daje razum na razpolago. [...] Če damo torej intuitivnemu aktu prepoznavanja obliko silogizma, ga na ta način pretvorimo v lik, ki je vsakomur dostopen. [...] Preko silogizma torej ne *najdemo* ustreznih pravnih norm k nekemu primeru, marveč le *dokazujemo* pravilnost tega, kar smo našli z *intuicijo*. (Furlan 2002, s. 164)

Nekatere sodobne teorije so takšen dualizem v določeni meri presegle in poudarjajo, da gre pri pravnem odločanju za mešanico značilnosti obeh modelov. V skladu s takšnim pojmovanjem, ki ga podpirajo tudi nekatere psihološke študije, sodniško odločanje v veliki meri res sledi intuitivnemu modelu, pri čemer pa je mogoče intuicijo v nekaterih primerih »preglasiti« (*override*) z razumskim premislekom (Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2007).

Kot smo videli skozi celotno disertacijo, še posebej pa v njenem drugem delu, igra intuicija pri odločanju o sankcijah še večjo vlogo kot v drugih primerih pravnega odločanja. To je posledica narave tovrstne odločitve, še bolj pa dejstva, da je intuitivno odločanje bližnjica, ki so jo razvili človeški možgani za hitrejše povezovanje in odzivanje na dogodke v zunanjem svetu. Zato z intuitivnim odločanjem načeloma ni nič narobe, nasprotno: prav v zapletenih odločitvah, v katerih je potrebno upoštevati večje število dejavnikov, ki se medsebojno

---

<sup>209</sup> Iz istega obdobja je tudi eno najbolj znanih del, ki povezuje pravni realizem s psihologijo pravnega odločanja – *Law and the modern mind* – izpod peresa slavnega ameriškega vrhovnega sodnika Jeroma Franka (2009), ki tako kot Furlan poudarja predvsem *ex post* pomen racionalizacije v smislu iskanja argumentov za primarno intuitivno spoznanje.

dopolnjujejo in izključujejo, je tovrstno odločanje praviloma bolj učinkovito od matematično-racionalnega premisleka (Dijksterhuis *et al.* 2006; Dijksterhuis 2004; Wilson in Schooler 1991).<sup>210</sup>

A iz drugega dela disertacije izhaja tudi, da intuitivno odločanje v nekaterih primerih vodi do sistemskih napak pri odločanju, v drugih primerih pa do bolj specifičnih napak, ki so posledica naših ustaljenih miselnih povezav. Ker gre vsaj v prvem delu za napake, ki izhajajo iz narave odločanja samega, jih je nemogoče povsem odpraviti, jih je pa po mnenju mnogih mogoče vsaj do neke mere omejiti, kar je gotovo nekaj, za kar si moramo pri kaznovanju prizadevati.

Pri nas je že desetletja nazaj Kobe razmišljal, da je treba sicer izhajati iz zaupanja v sodnika, a obenem svaril, da se za tako zahtevo

lahko skrivajo subjektivistične težnje (v negativnem pomenu) ali pa vsaj neznanstvene in naivne špekulacije, zaradi katerih idealizirajo sodnika, ga postavljajo nekam iznad družbe; v nasprotju s sociološkimi dognanji pozabljajo, da je sodnik podvržen istim zakonitostim družbenega dogajanja, istim objektivnim silam, ki obvladujejo to družbeno dogajanje. (Kobe 1959, s. 115)

V tem smislu se je zavzel za sistem, ki temeljnega zaupanja v sodnika ne zanika, ga pa uokviri, predvsem pa poudaril potrebo po širokem znanju na strani sodnika, ki omogoča, da je njegovo odločanje kar najboljše, kar bo mogoče

čim širše in poglobljeno bo njegovo znanje in to ne samo ozko strokovno pravno znanje, ampak vse, kar sestavlja vsebino njegove državljanske zavesti in usposobljenosti, ki je potrebna za izvrševanje tako odgovorne in delikatne funkcije.

Različni avtorji predlagajo različne ukrepe, kako intuitivno odločanje uokviriti tako, da zmanjšamo njegove negativne plati, ne izgubimo pa pozitivnih učinkov, ki jih prinaša (Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2007, 2001; Spellman 2007). Za kar nekaj rešitev se zdi, da bi lahko to dosegle brez prevelikega poseganja v

---

<sup>210</sup> Podobno je za pomembne življenjske odločitve že desetletja nazaj ugotavljal Freud, ki je ocenil, da mora »za manjše zadeve v življenju [...] človek dolgo in temeljito razmišljati, kadar pa so pod vprašajem velike [...], mora človek to kar storiti.« Navajam po Salecl 2010, s. 69.

avtonomijo sodnikov in brez ogrožanja njihove suverenosti na področju odločanja.<sup>211</sup>

Na prvem mestu med možnimi ukrepi je zagotovo izobraževanje sodnikov v smeri večjega poznavanja psiholoških dejavnikov, ki so jim podvrženi. Že samo ozaveščenje delovanja podzavestnih silnic lahko veliko pripomore k njihovemu manjšemu vplivu v konkretnih primerih.<sup>212</sup> S tega vidika sta mogoča dva pristopa – dosedanji, v katerem je takšno izobraževanje prepuščeno vsakemu sodniku posebej in se na sistemski ravni s tem ne ukvarjamo, ter drugačen, doslednejši, kjer bi v redna izobraževanja sodnikov poleg pravnih vprašanj vključili tudi izobraževanja s tega področja. V tem smislu so morebiti še najbolj koristne različne delavnice, kjer sodnikom tema ni predstavljena *ex cathedra*, temveč v njih dejavno sodelujejo. Na tak način bi bili prisiljeni v aktivno vlogo, ki bistveno bolj pripomore k ponotranjenju določenih spoznanj.

Dober primer za tovrstno izobraževanje je denimo poskus Guthrieja in sodelavcev (2007), ki so sodnike soočili s klasičnim kognitivnim testom (*cognitive reflection test* - CRT). Ta je zasnovan tako, da udeležencu jasno predoči razliko med intuitivnim in racionalnim premislekom ter obenem opozori na to, da je mogoče in potrebno v nekaterih primerih intuicijo korigirati z razumskim razmišljanjem.<sup>213</sup> Hkrati sodniku preko primerov pokaže, kdaj se pretežno zanašajo na intuicijo in kdaj je takšno zanašanje še posebej tvegano.

---

<sup>211</sup> V nadaljevanju z naštevanjem takšnih potencialnih ukrepov tvegam, to, kar je že dolgo nazaj sumil Furlan (2002, s. 166): »Vsi ti praktični juristi pa bi se lepo zahvalili, če bi jim prišel teoretik in jih hotel učiti, kako naj pravno pravilno sklepajo.«, a zdi se, da je takšno tveganje upravičeno glede na morebitne pozitivne učinke.

<sup>212</sup> Podobno razmišlja Šugmanova (2006, s. 25), ki pravi: »[...] ne glede na svoje delo z ljudmi, delavci v pravosodju nimajo nobene posebne psihološke izobrazbe, ki bi jih opozarjala na učinek teh mehanizmov ali bi jim ga pomagala osvestiti oz. celo nevtralizirati.«

<sup>213</sup> V poskusu so Guthrie in sodelavci (2007, s. 10-11) sodnikom postavili tri vprašanja:

(1) Bejzbolski kij in žoga staneta skupaj 1,10 dolarja. Kij stane 1 dolar več kot žoga. Koliko stane žoga?

(2) Če 5 strojev za izdelavo 5 aparatov potrebuje 5 minut, kako dolgo bo 100 strojev izdelovalo 100 aparatov?

(3) Del jezera je pokrit z lotosovimi cvetovi. Območje lotosa se vsak dan podvoji. Če lotos v 48 dneh prekrije celotno jezero, kako dolgo bo trajalo, da prekrije polovico jezera?

V vseh primerih je prvi odgovor, na katerega pomislimo, praviloma napačen – z minimalnim racionalnim premislekom pa odgovor zlahka popravimo.

Na podobnem principu izkustvenega spoznanja gradijo nekateri testi v zvezi s stereotipi in predsodki, sedaj tudi že prosto dostopni na spletu,<sup>214</sup> ki pri posamezniku odkrivajo skrite predsodke glede spola, rase, psihičnega zdravja in podobnih dejavnikov na podlagi enostavnega grupiranja pojmov.

Druga možnost, preko katere bi bilo mogoče zmanjšati stopnjo napak pri intuitivnem odločanju, je vaja. Lehrer (2009) tako opisuje, kako se je število letalskih nesreč, povzročenih zaradi napake pilota, drastično zmanjšalo po razširitvi uporabe simulatorjev letenja, ki so pilotom ponudili možnost svoje odločitve v različnih situacijah večkrat preizkusiti na varen način. Seveda je pri kaznovanju takšno »poskusno učenje« nekoliko oteženo, a vendar ne povsem nemogoče. Poudarjanje študija preteklih primerov, ki je temeljni gradnik pravne izobrazbe v *common law* sistemih, je v tem smislu bistveno bolj spodbudno kot zgolj učenje abstraktnih norm, tipično za kontinentalni pravni študij. Kljub temu samo to ne zadostuje, saj so denimo ameriški sodniki napakam odločanja podvrženi v enaki meri kot njihovi kontinentalni kolegi (Spellman 2007).

Smiselno bi se tako zdelo razmisliti o večjem poudarku na praktičnih primerih v času študija, pa tudi kasneje v času pripravništva in morebitne zaposlitve na sodišču. Pri tem bi morali ključno vlogo igrati prav izkušeni sodniki, ki bi lahko mladim, ki šele stopajo na sodniško pot, dali več možnosti za neposredno odločanje tudi v zvezi z vprašanji kaznovanja, četudi le na primerih, ki služijo za vajo.<sup>215</sup> Bistveno pri tem je soočanje z dejavniki, ki se lahko pojavijo samo v praksi in jih iz teorije ni mogoče razbrati, spoznavanje lastnih odzivov na konkretne situacije in njihovo morebitno prilagajanje, ko spoznamo, da niso ustrezni.

Do neke mere lahko kot korektor napak intuicije deluje tudi zborna odločanja. V tem smislu so kontinentalni sistemi s prisedniškim sistemom odločanja spet v nekoliko boljšem položaju od klasične *common law* ureditve, čeprav gre tudi pri nas trend v smer večjega poudarka na samostojnem sojenju sodnika profesionalca.

---

<sup>214</sup> Najbolj znan je *Project Implicit*, projekt, ki ga je razvila Harvardska univerza v sodelovanju še z dvema drugima, uporabnikom pa omogoča, da ob brezplačni registraciji testirajo svoje morebitne predsodke. Rezultati so mnogokrat presenetljivi. Spletna stran v angleškem jeziku je dostopna na: <http://implicit.harvard.edu/implicit/> (dostopano 20. 2. 2013).

<sup>215</sup> Zavedanje, da ne gre zares, seveda do določene mere vpliva na sam postopek odločanja, a navsezadnje se tudi piloti v simulatorju letenja zavedajo, da gre samo za vajo.

V določenih pogledih sicer lahko sodniki porotniki bolj ali vsaj v enaki meri podležejo nekaterim kognitivnim iluzijam ali lastnim predsodkom, saj so izkušnje profesionalnega sodnika navadno neprimerno večje. Na drugi strani pa prav zbornost odločanja sama na sebi odpre možnosti za pretresanje vidikov, ki jih ob samostojnem odločanju še tako profesionalen sodnik zlahka spregleda (Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2001).<sup>216</sup>

Prav tako sta za izboljšanje odločitev pomembna dva procesna dejavnika. Že v poglavju o postopku sem poudarila pomen obrazložitve. Ta igra ključno vlogo tudi v predhodno navedenem Furlanovem besedilu – argumentacija terja racionalizacijo spoznanja, do katerega sodnik pride intuitivno. Na ta način je sodnik prisiljen svoje razmišljanje formalno preveriti vsaj toliko, da poišče ustrezne argumente za svojo odločitev. Seveda pri tem standardne fraze v smislu »sodišče je upoštevalo vse dejavnike, ki so pomembni« h kvaliteti odločitve ne doprinesejo nič. Nasprotno lahko pretehtane obrazložitve, v katerih se sodišče opredeli do vsake posamezne okoliščine, ki jo je ali je ni upoštevalo, odločitev v veliki meri izboljšajo, saj mora ta prestati »racionalnostni test« argumentacije.

Obrazložitev v sodobnih sistemih ni potrebna v vseh primerih, pri nas denimo le v primeru napovedane pritožbe ali izjemno strogih sankcij. Zahtevanje obrazložitve v vseh primerih bi sodni sistem seveda dodatno obremenilo, zato najbrž med sodobnimi klici po večji učinkovitosti sodišč ne bi naletelo na pozitiven odziv. Znova gre pri tem za tehtanje med ekonomičnostjo in načelnostjo in zadnje čase slednja na veliko izgublja. Kljub temu bi lahko sodnik, ki bi želel samega sebe preverjati, v vsakem primeru skušal sestaviti neke vrste mini-obrazložitev, nekaj, kar ne bi bilo namenjeno zunanjemu avditoriju, temveč le potešitvi lastne zagate in razjasnitvi razlogov, ki so ga pripeljali do odločitve zaradi lastnega »dušnega miru«.

---

<sup>216</sup> Podobno je do sodelovanja sodnikov prisednikov v našem sistemu pozitivno naravnani sodnik Jančar (2008), ki poudarja prav omenjeni vidik: *»Pomembno mi je tudi njihovo sodelovanje pri določanju višine kazni. Zlasti starejši sodniki porotniki imajo prav neverjeten čut za primerno sankcijo, pa tudi za razumevanje in oceno tako olajševalnih kot tudi oteževalnih okoliščin. Debate okoli tega so pri odločanju senata pred razglasitvijo sodbe lahko prav zahtevne, da ne rečem živahne, in zanimive.«*

Ključni dejavnik, ki bi utegnil korenito izboljšati odločanje v vseh postopkih pa je nekaj, česar je v kazenskih primerih zelo malo – čas (Guthrie, Rachlinski in Wistrich 2007). Čas za racionalni razmislek, pa tudi čas, ki navidezno teče v prazno, a v katerem nezavedni del naših možganov premlewa pomembne podatke (Partnoy 2012; Lehrer 2009), je temeljnega pomena za kvalitetno odločitev. V tem smislu bi bilo pametno kazenski postopek razdeliti ne na dva (fazo odločanja o krivdi in fazo odločanja o sankciji), temveč na tri dele, pri čemer bi bil zadnji namenjen samo sodnikovemu premisleku o primernosti izbrane sankcije in njenemu izreku.

Takšna delitev je seveda, znova v luči poudarjanja potrebe po učinkovitosti in hitrosti postopkov, iluzorna, se ji pa spet lahko delno približamo vsaj z daljšim premorom med koncem postopka in razglasitvijo sodbe, ki naj ga sodišče uporabi za tehten, z racionalnostjo preverjen intuitiven premislek o sankciji, s katero utegne spremeniti življenje obsojenca, ki je pred njim.

\*

Znameniti Isaiah Berlin je pri enem izmed svojih najbolj znanih esejev z naslovom Jež in lisica (*The hedgehog and the fox*), v katerem je analiziral Tolstojev pogled na zgodovino, izhajal iz verza starogrškega pesnika Archilochusa, o tem, da lisica ve mnogo stvari, jež pa eno veliko. V skladu s tem reklom je številne znamenite mislece uvrstil bodisi v kategorijo »liscic«, ki se hranijo iz raznovrstnosti izkušenj, s katerimi se soočajo, se prilagajajo in sveta ne (z)morejo zreducirati na eno samo vodilno idejo, bodisi v kategorijo »ježev«, ki, nasprotno, izhajajo iz enega samega življenjskega vodila, preko katerega dojemajo in razlagajo svet okrog sebe.<sup>217</sup>

Berlinovo zamisel je na polje razmišljanja in odločanja apliciral Philip Tetlock, psiholog, ki je ocenjeval sposobnost političnih komentatorjev za napovedovanje prihodnjih dogodkov. Skozi svojo dolgoletno raziskavo (Tetlock 2005) je prišel do spoznanja, da ljudje razmišljamo na dva načina: bodisi kot »ježi« izhajamo iz ene

---

<sup>217</sup> V prvo skupino je npr. uvrstil Aristotla, Shakespearja, Goetheja, Balzaca, v drugo pa npr. Pascala, Hegla, Dostojevskega, Nietzscheja.



vseobsegajoče teorije o svetu in o tem, kaj je prav in kaj narobe, bodisi smo kot »lisice« prilagodljivi in iščemo številne zorne kote, na podlagi katerih šele lahko podamo končno oceno. Težava pri razmišljanju v »lisičjem slogu« je spremenljivost in fluidnost mnenj, težava pri »ježevskem razmišljanju« pa rigidnost in nepripravljenost na sprejemanje možnosti, ki odstopajo od prvotne vodilne ideje.

Oboje je mogoče aplicirati tudi na odločanje o sankcijah. Seveda smo ljudje po naravi bodisi bolj »ježi«, bodisi bolj »lisice« in lastno naravo je težko spreminjati. Zato je pri odločanju o sankcijah pomembno, da so na delu tako sistemski kot človeški vidiki.

Za sistemski vidik, torej način, na katerega je formalno urejeno odločanje o sankcijah, si želimo, da bi izhajal iz ježevskega načina odločanja. Kot smo videli, je za koherentno odločanje nujen temeljni premislek o tem, kaj želimo kot družba s kaznovanjem doseči – ta mora (p)ostati središčna ideja, od katere se praviloma ne odstopa, ideja, ki zagotavlja, da odločanje v vsakem posameznem primeru sledi skupni volji.

Na drugi strani si pri človeškem elementu odločanja o sankcijah, torej tistem, ki izhaja iz delovanja vsakega posameznega sodnika, želimo več lisičjega razmišljanja. Sodnik mora biti, če želi sprejemati kvalitetne odločitve, pripravljen na vsak primer, na vsako okoliščino primera, pogledati z različnih zornih kotov, razmišljati o različnih scenarijih, prilagajati svoj odziv in svojo odločitev nepredvidljivim dejavnikom. Predvsem pa je zanj pomembno, da je sposoben zaznati nekoherentnost v svojem razmišljanju, jo popraviti in se na napakah učiti.



## 5. SENTENCING (COMPARATIVE AND CRIMINOLOGICAL ASPECTS)

### *SUMMARY*

Sentencing is a topic at the intersection of criminal law, criminology and several other important fields, which has gained an undisputed role in contemporary criminal justice debates. It has, however, due to some more turbulent developments in the last decades, become a much more scrutinised feature within *Common Law* systems as compared to continental ones. The stated is certainly true for the case of Slovenia, where only few thorough analyses have been made, the last of which is now over 20 years old.

The dissertation is divided in two parts, corresponding to the two areas encompassed in the subtitle. The first part is legal and comparative and deals with questions of how the law structures the decision making process in sentencing in different systems. Within this context most of the debate is directed at the question of sentencing *strictu sensu* (Frase 2001) or the judicial phase of the individualisation of punishment as its correspondent in the continental legal sphere.

The second part is directed at broader questions of decision-making, not necessarily related to the legal realm. In fact, the “human” part of sentencing is discussed, covering questions of wilful discrimination as well as unintentional disparities in sentencing, arising either from different cognitive processes or stereotyping. The discussion in this part concludes with a section on recent trends in sentencing in Slovenia and worldwide, with a special emphasis on punitive appetites that appear to have been awakened in the last decades.

The twofold structure somewhat corresponds to the dual nature of sentencing, noted by several prominent scholars in the field. On the one hand, sentencing is construed as an almost mechanic, routine operation of adding or subtracting, while

an opposing view offers a much more nuanced, subtle notion of the sentencing process, acknowledging its human and intuitive nature.

Since the potential discussions on the various topics dealt with in this dissertation are innumerable, I have limited them by focusing on the judge and his limitations or lack of them in the sentencing process. At the hearth of both main parts of the dissertation lies the question of judicial discretion, or to be more descriptive, the area left to particular judges in particular cases to choose and announce the appropriate sentence. Firstly, this area is larger or smaller as a result of legal solutions implemented in a given system, thus constructing systemic limitations to judicial discretion. Moreover, the judges' discretion seems to be further 'limited' by a number of non-legal, irrational, psychological factors that arise from the human nature of the sentencer – those limitations are not always obvious and are largely omitted in mainstream scholarly debates on sentencing outside the realm of psychology.

\*

I have divided legal questions that influence the sentencing stage of criminal proceedings in two groups. The first encompasses legal choices that are directly related to the issue of sentencing, such as the agreed upon purpose(s) of sentencing, the choice among different sentencing techniques, the structure of mitigating and aggravating circumstances, and procedural questions that relate to the sentencing stage. The second group is comprised of legal choices that may not seem related to sentencing issues at first glance, but after some scrutiny reveal a rather distinctive influence on sentencing – I have identified three such areas: plea bargaining, non-judicial participation in sentencing, and the issue of conditional release.

Both groups together represent the main choices of a legal nature important for the phase of judicial individualisation, which is the focus of this dissertation, but are of course, closely linked to both legislative and penitentiary individualisation

as well. As common in continental legal systems, *legal individualisation* comprises general and specific decisions with regard to punishment made by the legislature, namely types and forms of criminal sanctions, sentencing principles and statutory ranges, but also general decisions with regard to policing, prosecution, etc. *Judicial individualisation* is the next natural step in the administration of punishment, and is what best corresponds to what is generally understood as sentencing. It consists of the practical application of abstract statutory rules to practical cases. *Penitentiary (administrative) individualisation* is the last phase of the individualisation process and covers the actual administration of punishment, most commonly the administration of imprisonment sentences, but also includes early/conditional release from prison. The three phases roughly correspond to the *Common Law* notions of pre-adjudication sentencing, sentencing *strictu sensu*, and post-adjudication sentencing and only as a whole give an accurate picture of the sentencing process in a given system (Roberts 2009; Frase 2001).

To begin at the most abstract level, the dissertation opens with a discussion on the purposes of punishment, briefly sketching the two classic opposing frameworks, the retributive and utilitarian one, and expanding the debate by also acknowledging “in between” theories that have developed in the last decades as well as punishment practices that have emerged and cannot be justified with any existing punishment ideology. Regardless of the very abstract nature of the discussion on punishment purposes, research shows that it has a tremendous impact on the very practical aspects of sentencing. A clear punishing framework is one of the cornerstones of the rule of law in criminal justice and should be created at a general level, and most definitely not in particular cases. From Hogarth’s (1971) seminal work onwards it has been established that having a clear sentencing purpose (either one purpose or a clear hierarchy of purposes) is the precondition that allows judges to make coherent and structured choices with regard to punishment, in fact it is one of the elements that prevents disparities in sentencing. However, modern sentencing systems do not always take this into consideration and systems with unclear or undefined sentencing purposes are not rare. The said is definitely true for the case of Slovenia, where the purpose of punishment was omitted from the Criminal Code in 1994, mostly because the

previous solution was seen as no longer appropriate due to an ideological resonance, but also because of a certain insecurity concerning its main focus, which was mostly rehabilitative. By using scholarly debates and judicial practice it is possible to construct a notion of what the purpose of punishment in Slovenia is: the framework somewhat corresponds to concepts of limiting retributivism with relatively strong rehabilitative elements. The two main factors judges are supposed to pursue in determining an appropriate sanction are fairness and functionality, with rather defined meanings. However, as the analysis of court cases clearly shows, lower courts do not always follow the lead of the Supreme Court and a rather great variety of rationales appears at the first instance level. That is clearly undesirable in search for a coherent system and could perhaps be somewhat remedied by re-introducing the purpose of punishment at the legislative level.

The second issue I deal with in the first part of the dissertation is the question of sentencing techniques. A variety of them can be observed in different legal systems functioning today and many important notions could be discussed, but the basic issue I take up is the question of how much they limit judicial discretion. An analysis of different sentencing systems attempts to align them from the more restrictive to the less restrictive ones, beginning with mandatory sentences and mandatory minimums, followed by the two types of guidelines – numerical (grid-like) and narrative ones, then statutory regulation and finally indeterminate sentencing. An important tentative conclusion that is somewhat counterintuitive, may stem from this analysis: while one typically deems *common law* judges as the ones with more authority and discretion as compared to continental judges, the roles seem reversed in the sentencing phase. Since the introduction of restricting instruments, such as mandatory sentences or sentencing grids, *common law*, and especially American judges often lament the restrictions on their discretion in sentencing (coupled with increasing punitive appetites appeased by politicians) as being too intense and not allowing enough room to “tailor the sentence to the circumstances of the case”. On the contrary, in continental systems, sentencing has for the most part not really been an issue in the past decades and has mostly

remained guided by less restrictive statutory provisions, thus giving them more room for the still functioning notion of the individualisation of punishment.

The third issue among the legal choices that directly concern sentencing is the notion of mitigating and aggravating sentences. The sentencing techniques discussed earlier are for the most part necessarily affected by the choices made with regard to mitigating and aggravating factors. While different systems exist concerning these issues too and are discussed in the dissertation, I also try to point out the basic decisions that need to be made in relation to mitigating and aggravating factors in order to provide for a coherent sentencing system. Following the chosen punishment framework and deriving mitigating and aggravating circumstances from its purposes again seems a crucial point, there are however other important considerations, e.g. an open or closed list of circumstances, their number and the balance between potential aggravation and mitigation, their potential impact on the “normal” sentence and so on.

To conclude the group of legal factors directly concerning sentencing I consider an issue that is rather rarely discussed in scholarly debates on sentencing, but may have important consequences – the procedural aspects of sentencing. While the underrepresentation of these questions is somewhat explicable if we consider that most of the scholars discussing sentencing at the international level stem from *common law* systems with fairly similar criminal and sentencing procedures. Only when a continental system is inserted in the picture some important comparative differences can be discussed. The main issue in this respect is the uniform or bifurcated structure of the criminal proceedings. *Common law* systems typically have a two-fold proceeding, in which the first phase is dedicated to the determination of guilt and a second separate phase to the determination of an appropriate sentence. On the contrary continental systems usually follow a uniform proceeding when both the verdict and the sentence are decided upon and pronounced simultaneously at the end of the trial. That uniformity seems to have some important drawbacks for the defendant as well as for the judge, and seems to give an unfair advantage for the prosecution. Moreover, at a more abstract level, a division of the two phases gives a symbolic equality to the sentencing phase pairing it with the “main” criminal proceeding, while the uniform procedure

necessarily undermines the importance of sentencing as it is mostly only seen as an appendix to the main decision on the verdict.

The second group of legal choices that have an impact on sentencing, albeit an indirect one, comprises of three issues: plea bargaining, non-judicial participation in sentencing, and the issue of conditional release. With regard to plea-bargaining I divide the discussion in two parts: I begin with the well known issue of rewarding guilty pleas with sentencing discounts, that has not been satisfactorily resolved in any of the systems where it operates, much less in the Slovenian one when it is only a very recent practice. The second issue I discuss in this context, however, revolves more around the central issue of the dissertation – the judge’s discretion. What I am concerned with in this perspective, is the question of the role of prosecution in sentencing and how its heightened activity via plea bargaining impinges on the judge’s discretion to choose the appropriate sanction. The limits (very recently) set on the plea bargaining processes in Slovenia offer a good starting point for an analysis, which seems to point out, that the prosecutors’ involvement is in fact an important restraint of the judges’ traditional roles and, moreover, one that is very hard to mitigate or even regulate.

A second issue in this group is to an extent similar to the one I last described. What I am concerned with regarding the issue of non-judicial participation in sentencing, is again the question of how much the judge’s discretion in sentencing is limited by allowing external actors to intervene. In this context I briefly analyse the role of victims at sentencing as well as the role of professionals (e.g. writing pre-sentence reports) in determining the appropriate punishment.

The issue of conditional release is the last factor in this group and, contrary to the previously mentioned ones, stems from the phase of penitentiary individualisation. The various solutions that different systems choose with regard to conditional release, mainly the question of whether such release is mandatory or discretionary, certainly influence the potential impact that conditional release has on sentencing. It is, however, rather clear that the decision on “ending” the sentence of imprisonment before its full term, can and does impact sentencers’ decisions on the severity of the sanction they choose at the time of sentencing.



The second part of the dissertation is less traditional in terms of current sentencing debates as it drifts from (comparative) legal parameters that shape sentencing and focuses on other, more “human”, as Hogarth might say, aspects of the process. This part is split in two different segments, each of which could be a dissertation on its own: the question of disparity in sentencing and its roots on the one hand, and the prevailing trend of harsher sentences that can be observed in very varied legal frameworks in the later decades.

Differences are a common feature of sentencing in most if not all of the modern sentencing systems. I divide them into four distinctive groups: Firstly, there are differences that come as a result of deliberate individualisation in sentencing – those are differences that arise from “fitting the sentence to the facts of the case” and are a standard and intended characteristic of sentencing. Consequently they are not “problematic” and usually not termed *disparities* (with its negative connotation), though assessing their appropriateness can be a very difficult task, as can be observed in the first part of the dissertation. The other three groups of reasons for differences in sentencing typically fall in the realm of disparities. At the other end of the possible reasons for sentencing differences lies the other deliberate choice of different sentences – wilful and direct disparities as a result of corrupt sentencing. The most illustrative case of such disparities is the recent U.S. case named “kids for cash”, where money was the (only) motivation of extremely harsh sentences in numerous juvenile cases.

Between the two extremes of deliberate sentencing differences – either as a result of individualisation or as a result of corruption – there are two other groups of reasons, both of which are for the most part unintended and often undetected at a superficial level, on which I elaborate more in detail. The first group of disparities comes as a result of human cognition processes and is thus inescapably coupled with the human element of sentencing. These disparities are systemic and for the most part hardly preventable and stem from the structure of general human decision-making. In order to deal with the complexity of modern life the human

mind has developed several cognitive heuristics that allow the conscious brain to remove itself from large portions of everyday decisions leaving them to the unconscious. Accordingly, those decisions are made faster and with less strain on the brain, which has allowed humans to develop to the stage we are at. However, such heuristics do carry their risks – while simplification can unburden us, it also leaves room for more mistakes. Those mistakes, also termed cognitive illusions, are moreover, systemic and only avoidable through focused and deliberate decision-making. I only elaborate on some of those illusions that seem most crucially linked to decision-making processes connected with sentencing. In this vein I discuss framing and anchoring in more detail and other illusions (hindsight bias, representativeness, omission bias, and *status quo* bias) less comprehensively.

The second ‘unintended’ group of disparities is a result of another psychological characteristic of human decision-making – that of categorisation. Categorisation is in itself another heuristic that the human mind uses to simplify everyday decisions. By categorising items into distinct groups the mind shortens the time and effort needed to process each singular item by relying on group characteristics. However, again, categorisation often leads to further processes that are less desirable, much more so in terms of sentencing: stereotypes, prejudice and at last discrimination. While stereotypes usually stay ‘neutral’ in terms of our attitude towards the group in question, prejudice necessarily contains an emotional component that typically results in a negative attitude towards the item that is part of the group we are assessing. When one acts upon such prejudice and embeds that attitude in real-life decisions, the result of that process is discrimination. What is important in the context of sentencing is, again, the unconscious level at which those mechanisms operate – humans are typically not aware of falling prey to prejudice and discriminating practices. There have been important empirical studies in the context of sentencing that have revealed several factors that can and do affect judges in determining the appropriate sentence – I have grouped them in three sections: offender characteristics, victim characteristics and judge characteristics, but all of them only have a real effect on the final decision if the judge is prone to them.

The second segment of this part of the dissertation considers the modern trend of sentencing cross-systems, that of harsher sentencing. While there are numerous viewpoints and discussions on the matter, I first examine the trend in Slovenia and to an extent link in to numerous factors discussed in the previous segment, and second link the trend to the question of politicization in general.

\*

In conclusion I offer an overview of the topic, emphasising the duality of sentencing as a 'legal' and a 'psychological' process and the intertwining of the two spheres. I discuss on the ideology behind modern sentencing and the importance of coherence for a fully functioning system, while also offering some mechanisms that could allow for a system that is less rigid, while still structured enough to prevent some of the most extreme faults of modern sentencing.



## **6. PRILOGE**

Priloga 1 – Minnesota sentencing guidelines grid

Priloga 2 – Sentencing Council: Assault - Definitive guideline

Priloga 3 – Splošno navodilo o predlaganju vrste in višine kazni, varnostnih ukrepov oziroma predlogov



Priloga 1 – Minnesota sentencing guidelines grid







#### 4.A. Sentencing Guidelines Grid

Presumptive sentence lengths are in months. Italicized numbers within the grid denote the discretionary range within which a court may sentence without the sentence being deemed a departure. Offenders with stayed felony sentences may be subject to local confinement.

SEVERITY LEVEL OF CONVICTION OFFENSE (Example offenses listed in italics)		CRIMINAL HISTORY SCORE						
		0	1	2	3	4	5	6 or more
<i>Murder, 2nd Degree</i> (intentional murder; drive-by-shootings)	<b>11</b>	306 <i>261-367</i>	326 <i>278-391</i>	346 <i>295-415</i>	366 <i>312-439</i>	386 <i>329-463</i>	406 <i>346-480<sup>2</sup></i>	426 <i>363-480<sup>2</sup></i>
<i>Murder, 3rd Degree</i> <i>Murder, 2nd Degree</i> (unintentional murder)	<b>10</b>	150 <i>128-180</i>	165 <i>141-198</i>	180 <i>153-216</i>	195 <i>166-234</i>	210 <i>179-252</i>	225 <i>192-270</i>	240 <i>204-288</i>
<i>Assault, 1st Degree</i> <i>Controlled Substance Crime, 1st Degree</i>	<b>9</b>	86 <i>74-103</i>	98 <i>84-117</i>	110 <i>94-132</i>	122 <i>104-146</i>	134 <i>114-160</i>	146 <i>125-175</i>	158 <i>135-189</i>
<i>Aggravated Robbery, 1st Degree</i> <i>Controlled Substance Crime, 2nd Degree</i>	<b>8</b>	48 <i>41-57</i>	58 <i>50-69</i>	68 <i>58-81</i>	78 <i>67-93</i>	88 <i>75-105</i>	98 <i>84-117</i>	108 <i>92-129</i>
<i>Felony DWI</i>	<b>7</b>	36	42	48	54 <i>46-64</i>	60 <i>51-72</i>	66 <i>57-79</i>	72 <i>62-84<sup>2</sup></i>
<i>Controlled Substance Crime, 3rd Degree</i>	<b>6</b>	21	27	33	39 <i>34-46</i>	45 <i>39-54</i>	51 <i>44-61</i>	57 <i>49-68</i>
<i>Residential Burglary</i> <i>Simple Robbery</i>	<b>5</b>	18	23	28	33 <i>29-39</i>	38 <i>33-45</i>	43 <i>37-51</i>	48 <i>41-57</i>
<i>Nonresidential Burglary</i>	<b>4</b>	12 <sup>1</sup>	15	18	21	24 <i>21-28</i>	27 <i>23-32</i>	30 <i>26-36</i>
<i>Theft Crimes (Over \$5,000)</i>	<b>3</b>	12 <sup>1</sup>	13	15	17	19 <i>17-22</i>	21 <i>18-25</i>	23 <i>20-27</i>
<i>Theft Crimes (\$5,000 or less)</i> <i>Check Forgery (\$251-\$2,500)</i>	<b>2</b>	12 <sup>1</sup>	12 <sup>1</sup>	13	15	17	19	21 <i>18-25</i>
<i>Sale of Simulated</i> <i>Controlled Substance</i>	<b>1</b>	12 <sup>1</sup>	12 <sup>1</sup>	12 <sup>1</sup>	13	15	17	19 <i>17-22</i>

 Presumptive commitment to state imprisonment. First-degree murder has a mandatory life sentence and is excluded from the Guidelines under Minn. Stat. § 609.185. See Guidelines section 2.E. Mandatory Sentences, for policies regarding those sentences controlled by law.

 Presumptive stayed sentence; at the discretion of the court, up to one year of confinement and other non-jail sanctions can be imposed as conditions of probation. However, certain offenses in the shaded area of the Grid always carry a presumptive commitment to state prison. Guidelines sections 2.C. Presumptive Sentence and 2.E. Mandatory Sentences.

<sup>1</sup> 12<sup>1</sup>=One year and one day

<sup>2</sup> Minn. Stat. § 244.09 requires that the Guidelines provide a range for sentences that are presumptive commitment to state imprisonment of 15% lower and 20% higher than the fixed duration displayed, provided that the minimum sentence is not less than one year and one day and the maximum sentence is not more than the statutory maximum. Guidelines section 2.C.1-2. Presumptive Sentence.

**Examples of Executed Sentences (Length in Months) Broken Down by:  
Term of Imprisonment and Supervised Release Term**

*Under Minn. Stat. § 244.101, offenders committed to the Commissioner of Corrections for crimes committed on or after August 1, 1993 will receive an executed sentence pronounced by the court consisting of two parts: a specified minimum term of imprisonment equal to two-thirds of the total executed sentence and a supervised release term equal to the remaining one-third. The court is required to pronounce the total executed sentence and explain the amount of time the offender will serve in prison and the amount of time the offender will serve on supervised release, assuming the offender commits no disciplinary offense in prison that results in the imposition of a disciplinary confinement period. The court must also explain that the amount of time the offender actually serves in prison may be extended by the Commissioner if the offender violates disciplinary rules while in prison or violates conditions of supervised release. This extension period could result in the offender's serving the entire executed sentence in prison.*

<b>Executed Sentence</b>	<b>Term of Imprisonment</b>	<b>Supervised Release Term</b>	<b>Executed Sentence</b>	<b>Term of Imprisonment</b>	<b>Supervised Release Term</b>
12 and 1 day	8 and 1 day	4	78	52	26
13	8 2/3	4 1/3	86	57 1/3	28 2/3
15	10	5	88	58 2/3	29 1/3
17	11 1/3	5 2/3	98	65 1/3	32 2/3
18	12	6	108	72	36
19	12 2/3	6 1/3	110	73 1/3	36 2/3
21	14	7	122	81 1/3	40 2/3
23	15 1/3	7 2/3	134	89 1/3	44 2/3
24	16	8	146	97 1/3	48 2/3
27	18	9	150	100	50
28	18 2/3	9 1/3	158	105 1/3	52 2/3
30	20	10	165	110	55
33	22	11	180	120	60
36	24	12	190	126 2/3	63 1/3
38	25 1/3	12 2/3	195	130	65
39	26	13	200	133 1/3	66 2/3
42	28	14	210	140	70
43	28 2/3	14 1/3	220	146 2/3	73 1/3
45	30	15	225	150	75
48	32	16	230	153 1/3	76 2/3
51	34	17	240	160	80
54	36	18	306	204	102
57	38	19	326	217 1/3	108 2/3
58	38 2/3	19 1/3	346	230 2/3	115 1/3
60	40	20	366	244	122
66	44	22	386	257 1/3	128 2/3
68	45 1/3	22 2/3	406	270 2/3	135 1/3
72	48	24	426	284	142

## Priloga 2 – Sentencing Council: Assault - Definitive guideline



# Assault Definitive Guideline

# Contents

Applicability of guideline	2
Causing grievous bodily harm with intent to do grievous bodily harm/Wounding with intent to do grievous bodily harm (section 18)	3
Inflicting grievous bodily harm/Unlawful wounding (section 20)	7
Assault occasioning actual bodily harm (section 47)	11
Assault with intent to resist arrest (section 38)	15
Assault on a police constable in execution of his duty (section 89)	19
Common assault (section 39)	23
Annex: Fine bands and community orders	27

© Crown copyright 2011

You may re-use this information (not including logos) free of charge in any format or medium, under the terms of the Open Government Licence. To view this licence, visit [www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence/](http://www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence/) or write to the Information Policy Team, The National Archives, Kew, London TW9 4DU, or e-mail: [psi@nationalarchives.gsi.gov.uk](mailto:psi@nationalarchives.gsi.gov.uk)

# Applicability of guideline

In accordance with section 120 of the Coroners and Justice Act 2009, the Sentencing Council issues this definitive guideline. It applies to all offenders aged 18 and older, who are sentenced on or after 13 June 2011, regardless of the date of the offence.

Section 125(1) of the Coroners and Justice Act 2009 provides that when sentencing offences committed after 6 April 2010:

“Every court –

- (a) must, in sentencing an offender, follow any sentencing guideline which is relevant to the offender’s case, and
- (b) must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of the function,

unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so.”

This guideline applies only to offenders aged 18 and older. General principles to be considered in the sentencing of youths are in the Sentencing Guidelines Council’s definitive guideline, *Overarching Principles – Sentencing Youths*.

## Structure, ranges and starting points

For the purposes of section 125(3)-(4) of the Coroners and Justice Act 2009, the guideline specifies *offence ranges* – the range of sentences appropriate for each type of offence. Within each offence, the Council has specified three *categories* which reflect varying degrees of seriousness. The offence range is split into *category ranges* – sentences appropriate for each level of seriousness. The Council has also identified a starting point within each category.

Starting points define the position within a category range from which to start calculating the provisional sentence. **Starting points apply to all offences within the corresponding category and are applicable to all offenders in all cases irrespective of plea or previous convictions.** Once the starting point is established the court should consider further aggravating and mitigating factors and previous convictions so as to adjust the sentence within the range. Credit for a guilty plea is taken into consideration only at step 4 in the process, after the appropriate sentence has been identified.

**Information on community orders and fine bands is set out in the annex at page 27.**

# Causing grievous bodily harm with intent to do grievous bodily harm/Wounding with intent to do grievous bodily harm

Offences against the Person Act 1861 (section 18)

---

This is a serious specified offence for the purposes of section 224  
of the Criminal Justice Act 2003

Triable only on indictment  
Maximum: Life imprisonment

Offence range: 3–16 years' custody



**STEP ONE****Determining the offence category**

The court should determine the offence category using the table below.

<b>Category 1</b>	Greater harm (serious injury must normally be present) <b>and</b> higher culpability
<b>Category 2</b>	Greater harm (serious injury must normally be present) <b>and</b> lower culpability; <b>or</b> lesser harm <b>and</b> higher culpability
<b>Category 3</b>	Lesser harm <b>and</b> lower culpability

The court should determine the offender's culpability and the harm caused, or intended, by reference **only** to the factors below (as demonstrated by the presence of one or more). These factors comprise the principal factual elements of the offence and should determine the category.

**Factors indicating greater harm**

Injury (which includes disease transmission and/or psychological harm) which is serious in the context of the offence (must normally be present)

Victim is particularly vulnerable because of personal circumstances

Sustained or repeated assault on the same victim

**Factors indicating lesser harm**

Injury which is less serious in the context of the offence

**Factors indicating higher culpability***Statutory aggravating factors:*

Offence racially or religiously aggravated

Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her sexual orientation (or presumed sexual orientation)

Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on the victim's disability (or presumed disability)

*Other aggravating factors:*

A significant degree of premeditation

Use of weapon or weapon equivalent (for example, shod foot, headbutting, use of acid, use of animal)

Intention to commit more serious harm than actually resulted from the offence

Deliberately causes more harm than is necessary for commission of offence

Deliberate targeting of vulnerable victim

Leading role in group or gang

Offence motivated by, or demonstrating, hostility based on the victim's age, sex, gender identity (or presumed gender identity)

**Factors indicating lower culpability**

Subordinate role in group or gang

A greater degree of provocation than normally expected

Lack of premeditation

Mental disorder or learning disability, where linked to commission of the offence

Excessive self defence

**STEP TWO****Starting point and category range**

Having determined the category, the court should use the corresponding starting points to reach a sentence within the category range below. The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions. A case of particular gravity, reflected by multiple features of culpability in step one, could merit upward adjustment from the starting point before further adjustment for aggravating or mitigating features, set out below.

Offence Category	Starting Point <i>(Applicable to all offenders)</i>	Category Range <i>(Applicable to all offenders)</i>
Category 1	12 years' custody	9–16 years' custody
Category 2	6 years' custody	5–9 years' custody
Category 3	4 years' custody	3–5 years' custody

The table below contains a **non-exhaustive** list of additional factual elements providing the context of the offence and factors relating to the offender. Identify whether any combination of these, or other relevant factors, should result in an upward or downward adjustment from the starting point. In some cases, having considered these factors, it may be appropriate to move outside the identified category range.

**Factors increasing seriousness***Statutory aggravating factors:*

Previous convictions, having regard to a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence; and b) the time that has elapsed since the conviction

Offence committed whilst on bail

*Other aggravating factors include:*

Location of the offence

Timing of the offence

Ongoing effect upon the victim

Offence committed against those working in the public sector or providing a service to the public

Presence of others including relatives, especially children or partner of the victim

Gratuitous degradation of victim

In domestic violence cases, victim forced to leave their home

Failure to comply with current court orders

Offence committed whilst on licence

An attempt to conceal or dispose of evidence

Failure to respond to warnings or concerns expressed by others about the offender's behaviour

Commission of offence whilst under the influence of alcohol or drugs

Abuse of power and/or position of trust

Exploiting contact arrangements with a child to commit an offence

Previous violence or threats to the same victim

Established evidence of community impact

Any steps taken to prevent the victim reporting an incident, or obtaining assistance and/or from assisting or supporting the prosecution

Offences taken into consideration (TICs)

**Factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation**

No previous convictions **or** no relevant/recent convictions

Single blow

Remorse

Good character and/or exemplary conduct

Determination, and/or demonstration of steps taken to address addiction or offending behaviour

Serious medical conditions requiring urgent, intensive or long-term treatment

Isolated incident

Age and/or lack of maturity where it affects the responsibility of the offender

Lapse of time since the offence where this is not the fault of the offender

Mental disorder or learning disability, where **not** linked to the commission of the offence

Sole or primary carer for dependent relatives

**STEP THREE****Consider any other factors which indicate a reduction, such as assistance to the prosecution**

The court should take into account sections 73 and 74 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (assistance by defendants: reduction or review of sentence) and any other rule of law by virtue of which an offender may receive a discounted sentence in consequence of assistance given (or offered) to the prosecutor or investigator.

**STEP FOUR****Reduction for guilty pleas**

The court should take account of any potential reduction for a guilty plea in accordance with section 144 of the Criminal Justice Act 2003 and the *Guilty Plea* guideline.

**STEP FIVE****Dangerousness**

Causing grievous bodily harm with intent to do grievous bodily harm/wounding with intent to do grievous bodily harm is a serious offence within the meaning of Chapter 5 of the Criminal Justice Act 2003 and at this stage the court should consider whether having regard to the criteria contained in that Chapter it would be appropriate to award a life sentence, imprisonment for public protection or an extended sentence. Where offenders meet the dangerousness criteria, the notional determinate sentence should be used as the basis for the setting of a minimum term.

**STEP SIX****Totality principle**

If sentencing an offender for more than one offence, or where the offender is already serving a sentence, consider whether the total sentence is just and proportionate to the offending behaviour.

**STEP SEVEN****Compensation and ancillary orders**

In all cases, the court should consider whether to make compensation and/or other ancillary orders.

**STEP EIGHT****Reasons**

Section 174 of the Criminal Justice Act 2003 imposes a duty to give reasons for, and explain the effect of, the sentence.

**STEP NINE****Consideration for remand time**

Sentencers should take into consideration any remand time served in relation to the final sentence. The court should consider whether to give credit for time spent on remand in custody or on bail in accordance with sections 240 and 240A of the Criminal Justice Act 2003.

# Inflicting grievous bodily harm/ Unlawful wounding

Offences against the Person Act 1861 (section 20)

# Racially/religiously aggravated GBH/Unlawful wounding

Crime and Disorder Act 1998 (section 29)

---

These are specified offences for the purposes of section 224 of the Criminal Justice Act 2003

Triable either way

Maximum (section 20): 5 years

Maximum (section 29): 7 years

Offence range: Community order – 4 years' custody

**STEP ONE****Determining the offence category**

The court should determine the offence category using the table below.

<b>Category 1</b>	Greater harm (serious injury must normally be present) <b>and</b> higher culpability
<b>Category 2</b>	Greater harm (serious injury must normally be present) <b>and</b> lower culpability; <b>or</b> lesser harm <b>and</b> higher culpability
<b>Category 3</b>	Lesser harm <b>and</b> lower culpability

The court should determine the offender's culpability and the harm caused, or intended, by reference **only** to the factors below (as demonstrated by the presence of one or more). These factors comprise the principal factual elements of the offence and should determine the category.

<b>Factors indicating greater harm</b>	Use of weapon or weapon equivalent (for example, shod foot, headbutting, use of acid, use of animal)
Injury (which includes disease transmission and/or psychological harm) which is serious in the context of the offence (must normally be present)	Intention to commit more serious harm than actually resulted from the offence
Victim is particularly vulnerable because of personal circumstances	Deliberately causes more harm than is necessary for commission of offence
Sustained or repeated assault on the same victim	Deliberate targeting of vulnerable victim
<b>Factors indicating lesser harm</b>	Leading role in group or gang
Injury which is less serious in the context of the offence	Offence motivated by, or demonstrating, hostility based on the victim's age, sex, gender identity (or presumed gender identity)
<b>Factors indicating higher culpability</b>	<b>Factors indicating lower culpability</b>
<i>Statutory aggravating factors:</i>	Subordinate role in a group or gang
Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her sexual orientation (or presumed sexual orientation)	A greater degree of provocation than normally expected
Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on the victim's disability (or presumed disability)	Lack of premeditation
<i>Other aggravating factors:</i>	Mental disorder or learning disability, where linked to commission of the offence
A significant degree of premeditation	Excessive self defence

**STEP TWO****Starting point and category range**

Having determined the category, the court should use the corresponding starting points to reach a sentence within the category range below. The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions. A case of particular gravity, reflected by multiple features of culpability in step one, could merit upward adjustment from the starting point before further adjustment for aggravating or mitigating features, set out below.

<b>Offence Category</b>	<b>Starting Point</b> ( <i>Applicable to all offenders</i> )	<b>Category Range</b> ( <i>Applicable to all offenders</i> )
<b>Category 1</b>	3 years' custody	2 years 6 months' – 4 years' custody
<b>Category 2</b>	1 year 6 months' custody	1 – 3 years' custody
<b>Category 3</b>	High level community order	Low level community order – 51 weeks' custody

The table below contains a **non-exhaustive** list of additional factual elements providing the context of the offence and factors relating to the offender. Identify whether any combination of these, or other relevant factors, should result in an upward or downward adjustment from the starting point. In some cases, having considered these factors, it may be appropriate to move outside the identified category range.

When sentencing **category 3** offences, the court should also consider the custody threshold as follows:

- has the custody threshold been passed?
- if so, is it unavoidable that a custodial sentence be imposed?
- if so, can that sentence be suspended?

Factors increasing seriousness		
<i>Statutory aggravating factors:</i>		
Previous convictions, having regard to a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence; and b) the time that has elapsed since the conviction	Exploiting contact arrangements with a child to commit an offence	
Offence committed whilst on bail	Established evidence of community impact	
<i>Other aggravating factors include:</i>	Any steps taken to prevent the victim reporting an incident, obtaining assistance and/or from assisting or supporting the prosecution	
Location of the offence	Offences taken into consideration (TICs)	
Timing of the offence	Factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation	
Ongoing effect upon the victim	No previous convictions <b>or</b> no relevant/recent convictions	
Offence committed against those working in the public sector or providing a service to the public	Single blow	
Presence of others including relatives, especially children or partner of the victim	Remorse	
Gratuitous degradation of victim	Good character and/or exemplary conduct	
In domestic violence cases, victim forced to leave their home	Determination and/or demonstration of steps taken to address addiction or offending behaviour	
Failure to comply with current court orders	Serious medical conditions requiring urgent, intensive or long-term treatment	
Offence committed whilst on licence	Isolated incident	
An attempt to conceal or dispose of evidence	Age and/or lack of maturity where it affects the responsibility of the offender	
Failure to respond to warnings or concerns expressed by others about the offender's behaviour	Lapse of time since the offence where this is not the fault of the offender	
Commission of offence whilst under the influence of alcohol or drugs	Mental disorder or learning disability, where <b>not</b> linked to the commission of the offence	
Abuse of power and/or position of trust	Sole or primary carer for dependent relatives	

**Section 29 offences only:** The court should determine the appropriate sentence for the offence without taking account of the element of aggravation and then make an addition to the sentence, considering the level of aggravation involved. It may be appropriate to move outside the identified category range, taking into account the increased statutory maximum.

**STEP THREE****Consider any other factors which indicate a reduction, such as assistance to the prosecution**

The court should take into account sections 73 and 74 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (assistance by defendants: reduction or review of sentence) and any other rule of law by virtue of which an offender may receive a discounted sentence in consequence of assistance given (or offered) to the prosecutor or investigator.

**STEP FOUR****Reduction for guilty pleas**

The court should take account of any potential reduction for a guilty plea in accordance with section 144 of the Criminal Justice Act 2003 and the *Guilty Plea* guideline.

**STEP FIVE****Dangerousness**

Inflicting grievous bodily harm/Unlawful wounding and racially/religiously aggravated GBH/Unlawful wounding are specified offences within the meaning of Chapter 5 of the Criminal Justice Act 2003 and at this stage the court should consider whether having regard to the criteria contained in that Chapter it would be appropriate to award an extended sentence.

**STEP SIX****Totality principle**

If sentencing an offender for more than one offence, or where the offender is already serving a sentence, consider whether the total sentence is just and proportionate to the offending behaviour.

**STEP SEVEN****Compensation and ancillary orders**

In all cases, the court should consider whether to make compensation and/or other ancillary orders.

**STEP EIGHT****Reasons**

Section 174 of the Criminal Justice Act 2003 imposes a duty to give reasons for, and explain the effect of, the sentence.

**STEP NINE****Consideration for remand time**

Sentencers should take into consideration any remand time served in relation to the final sentence. The court should consider whether to give credit for time spent on remand in custody or on bail in accordance with sections 240 and 240A of the Criminal Justice Act 2003.

# Assault occasioning actual bodily harm

Offences against the Person Act 1861 (section 47)

# Racially/religiously aggravated ABH

Crime and Disorder Act 1998 (section 29)

---

These are specified offences for the purposes of section 224 of the Criminal Justice Act 2003

Triable either way

Maximum (section 47): 5 years' custody

Maximum (section 29): 7 years' custody

Offence range: Fine – 3 years' custody



**STEP ONE****Determining the offence category**

The court should determine the offence category using the table below.

<b>Category 1</b>	Greater harm (serious injury must normally be present) <b>and</b> higher culpability
<b>Category 2</b>	Greater harm (serious injury must normally be present) <b>and</b> lower culpability; <b>or</b> lesser harm <b>and</b> higher culpability
<b>Category 3</b>	Lesser harm <b>and</b> lower culpability

The court should determine the offender's culpability and the harm caused, or intended, by reference **only** to the factors identified in the table below (as demonstrated by the presence of one or more). These factors comprise the principal factual elements of the offence and should determine the category.

<b>Factors indicating greater harm</b>	Use of weapon or weapon equivalent (for example, shod foot, headbutting, use of acid, use of animal)
Injury (which includes disease transmission and/or psychological harm) which is serious in the context of the offence (must normally be present)	Intention to commit more serious harm than actually resulted from the offence
Victim is particularly vulnerable because of personal circumstances	Deliberately causes more harm than is necessary for commission of offence
Sustained or repeated assault on the same victim	Deliberate targeting of vulnerable victim
<b>Factors indicating lesser harm</b>	Leading role in group or gang
Injury which is less serious in the context of the offence	Offence motivated by, or demonstrating, hostility based on the victim's age, sex, gender identity (or presumed gender identity)
<b>Factors indicating higher culpability</b>	<b>Factors indicating lower culpability</b>
<i>Statutory aggravating factors:</i>	Subordinate role in group or gang
Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her sexual orientation (or presumed sexual orientation)	A greater degree of provocation than normally expected
Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on the victim's disability (or presumed disability)	Lack of premeditation
<i>Other aggravating factors:</i>	Mental disorder or learning disability, where linked to commission of the offence
A significant degree of premeditation	Excessive self defence

**STEP TWO****Starting point and category range**

Having determined the category, the court should use the corresponding starting points to reach a sentence within the category range below. The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions. A case of particular gravity, reflected by multiple features of culpability in step one, could merit upward adjustment from the starting point before further adjustment for aggravating or mitigating features, set out below.

<b>Offence Category</b>	<b>Starting Point</b> ( <i>Applicable to all offenders</i> )	<b>Category Range</b> ( <i>Applicable to all offenders</i> )
<b>Category 1</b>	1 year 6 months' custody	1 – 3 years' custody
<b>Category 2</b>	26 weeks' custody	Low level community order – 51 weeks' custody
<b>Category 3</b>	Medium level community order	Band A fine – High level community order

The table below contains a **non-exhaustive** list of additional factual elements providing the context of the offence and factors relating to the offender. Identify whether any combination of these, or other relevant factors, should result in an upward or downward adjustment from the starting point. In some cases, having considered these factors, it may be appropriate to move outside the identified category range.

When sentencing **category 2** offences, the court should also consider the custody threshold as follows:

- has the custody threshold been passed?
- if so, is it unavoidable that a custodial sentence be imposed?
- if so, can that sentence be suspended?

When sentencing **category 3** offences, the court should also consider the community order threshold as follows:

- has the community order threshold been passed?

Factors increasing seriousness	
<i>Statutory aggravating factors:</i>	Exploiting contact arrangements with a child to commit an offence
Previous convictions, having regard to a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence; and b) the time that has elapsed since the conviction	Established evidence of community impact
Offence committed whilst on bail	Any steps taken to prevent the victim reporting an incident, obtaining assistance and/or from assisting or supporting the prosecution
<i>Other aggravating factors include:</i>	Offences taken into consideration (TICs)
Location of the offence	Factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation
Timing of the offence	No previous convictions <b>or</b> no relevant/recent convictions
Ongoing effect upon the victim	Single blow
Offence committed against those working in the public sector or providing a service to the public	Remorse
Presence of others including relatives, especially children or partner of the victim	Good character and/or exemplary conduct
Gratuitous degradation of victim	Determination and/or demonstration of steps taken to address addiction or offending behaviour
In domestic violence cases, victim forced to leave their home	Serious medical conditions requiring urgent, intensive or long-term treatment
Failure to comply with current court orders	Isolated incident
Offence committed whilst on licence	Age and/or lack of maturity where it affects the responsibility of the offender
An attempt to conceal or dispose of evidence	Lapse of time since the offence where this is not the fault of the offender
Failure to respond to warnings or concerns expressed by others about the offender's behaviour	Mental disorder or learning disability, where <b>not</b> linked to the commission of the offence
Commission of offence whilst under the influence of alcohol or drugs	Sole or primary carer for dependent relatives
Abuse of power and/or position of trust	

**Section 29 offences only:** The court should determine the appropriate sentence for the offence without taking account of the element of aggravation and then make an addition to the sentence, considering the level of aggravation involved. It may be appropriate to move outside the identified category range, taking into account the increased statutory maximum.

**STEP THREE****Consider any other factors which indicate a reduction, such as assistance to the prosecution**

The court should take into account sections 73 and 74 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (assistance by defendants: reduction or review of sentence) and any other rule of law by virtue of which an offender may receive a discounted sentence in consequence of assistance given (or offered) to the prosecutor or investigator.

**STEP FOUR****Reduction for guilty pleas**

The court should take account of any potential reduction for a guilty plea in accordance with section 144 of the Criminal Justice Act 2003 and the *Guilty Plea* guideline.

**STEP FIVE****Dangerousness**

Assault occasioning actual bodily harm and racially/religiously aggravated ABH are specified offences within the meaning of Chapter 5 of the Criminal Justice Act 2003 and at this stage the court should consider whether having regard to the criteria contained in that Chapter it would be appropriate to award an extended sentence.

**STEP SIX****Totality principle**

If sentencing an offender for more than one offence, or where the offender is already serving a sentence, consider whether the total sentence is just and proportionate to the offending behaviour.

**STEP SEVEN****Compensation and ancillary orders**

In all cases, the court should consider whether to make compensation and/or other ancillary orders.

**STEP EIGHT****Reasons**

Section 174 of the Criminal Justice Act 2003 imposes a duty to give reasons for, and explain the effect of, the sentence.

**STEP NINE****Consideration for remand time**

Sentencers should take into consideration any remand time served in relation to the final sentence. The court should consider whether to give credit for time spent on remand in custody or on bail in accordance with sections 240 and 240A of the Criminal Justice Act 2003.

# Assault with intent to resist arrest

## Offences against the Person Act 1861 (section 38)

---

This is a specified offence for the purposes of section 224 of the Criminal Justice Act 2003

Triable either way  
Maximum: 2 years' custody

Offence range: Fine – 51 weeks' custody

**STEP ONE****Determining the offence category**

The court should determine the offence category using the table below.

<b>Category 1</b>	Greater harm <b>and</b> higher culpability
<b>Category 2</b>	Greater harm <b>and</b> lower culpability; <b>or</b> lesser harm <b>and</b> higher culpability
<b>Category 3</b>	Lesser harm <b>and</b> lower culpability

The court should determine the offender's culpability and the harm caused, or intended, by reference **only** to the factors identified in the table below (as demonstrated by the presence of one or more). These factors comprise the principal factual elements of the offence and should determine the category.

**Factors indicating greater harm**

Sustained or repeated assault on the same victim

**Factors indicating lesser harm**

Injury which is less serious in the context of the offence

**Factors indicating higher culpability***Statutory aggravating factors:*

Offence racially or religiously aggravated

Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her sexual orientation (or presumed sexual orientation)

Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on the victim's disability (or presumed disability)

*Other aggravating factors:*

A significant degree of premeditation

Use of weapon or weapon equivalent (for example, shod foot, headbutting, use of acid, use of animal)

Intention to commit more serious harm than actually resulted from the offence

Deliberately causes more harm than is necessary for commission of offence

Leading role in group or gang

Offence motivated by, or demonstrating, hostility based on the victim's age, sex, gender identity (or presumed gender identity)

**Factors indicating lower culpability**

Subordinate role in group or gang

Lack of premeditation

Mental disorder or learning disability, where linked to commission of the offence

**STEP TWO****Starting point and category range**

Having determined the category, the court should use the corresponding starting points to reach a sentence within the category range below. The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions. A case of particular gravity, reflected by multiple features of culpability in step one, could merit upward adjustment from the starting point before further adjustment for aggravating or mitigating features, set out below.

Offence Category	Starting Point <i>(Applicable to all offenders)</i>	Category Range <i>(Applicable to all offenders)</i>
Category 1	26 weeks' custody	12 weeks' – 51 weeks' custody
Category 2	Medium level community order	Low level community order – High level community order
Category 3	Band B fine	Band A fine – Band C fine

The table below contains a **non-exhaustive** list of additional factual elements providing the context of the offence and factors relating to the offender. Identify whether any combination of these, or other relevant factors, should result in an upward or downward adjustment from the starting point. In some cases, having considered these factors, it may be appropriate to move outside the identified category range.

When sentencing **category 1** offences, the court should consider whether the sentence can be suspended.

**Factors increasing seriousness***Statutory aggravating factors:*

Previous convictions, having regard to a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence; and b) the time that has elapsed since the conviction

Offence committed whilst on bail

*Other aggravating factors include:*

Location of the offence

Timing of the offence

Ongoing effect upon the victim

Gratuitous degradation of victim

Failure to comply with current court orders

Offence committed whilst on licence

An attempt to conceal or dispose of evidence

Failure to respond to warnings or concerns expressed by others about the offender's behaviour

Commission of offence whilst under the influence of alcohol or drugs

Established evidence of community impact

Any steps taken to prevent the victim reporting an incident, obtaining assistance and/or from assisting or supporting the prosecution

Offences taken into consideration (TICs)

**Factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation**

No previous convictions **or** no relevant/recent convictions

Single blow

Remorse

Good character and/or exemplary conduct

Determination and/or demonstration of steps taken to address addiction or offending behaviour

Serious medical conditions requiring urgent, intensive or long-term treatment

Isolated incident

Age and/or lack of maturity where it affects the responsibility of the defendant

Mental disorder or learning disability, where **not** linked to the commission of the offence

Sole or primary carer for dependent relatives

**STEP THREE****Consider any other factors which indicate a reduction, such as assistance to the prosecution**

The court should take into account sections 73 and 74 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (assistance by defendants: reduction or review of sentence) and any other rule of law by virtue of which an offender may receive a discounted sentence in consequence of assistance given (or offered) to the prosecutor or investigator.

**STEP FOUR****Reduction for guilty pleas**

The court should take account of any potential reduction for a guilty plea in accordance with section 144 of the Criminal Justice Act 2003 and the *Guilty Plea* guideline.

**STEP FIVE****Dangerousness**

Assault with intent to resist arrest is a specified offence within the meaning of Chapter 5 of the Criminal Justice Act 2003 and at this stage the court should consider whether having regard to the criteria contained in that Chapter it would be appropriate to award an extended sentence.

**STEP SIX****Totality principle**

If sentencing an offender for more than one offence or where the offender is already serving a sentence, consider whether the total sentence is just and proportionate to the offending behaviour.

**STEP SEVEN****Compensation and ancillary orders**

In all cases, the court should consider whether to make compensation and/or other ancillary orders.

**STEP EIGHT****Reasons**

Section 174 of the Criminal Justice Act 2003 imposes a duty to give reasons for, and explain the effect of, the sentence.

**STEP NINE****Consideration for remand time**

Sentencers should take into consideration any remand time served in relation to the final sentence. The court should consider whether to give credit for time spent on remand in custody or on bail in accordance with sections 240 and 240A of the Criminal Justice Act 2003.

# Assault on a police constable in execution of his duty

Police Act 1996 (section 89)

---

Triable only summarily  
Maximum: 26 weeks' custody

Offence range: Fine – 26 weeks' custody



**STEP ONE**

**Determining the offence category**

The court should determine the offence category using the table below.

<b>Category 1</b>	Greater harm <b>and</b> higher culpability
<b>Category 2</b>	Greater harm <b>and</b> lower culpability; <b>or</b> lesser harm <b>and</b> higher culpability
<b>Category 3</b>	Lesser harm <b>and</b> lower culpability

The court should determine the offender’s culpability and the harm caused, or intended, by reference **only** to the factors below (as demonstrated by the presence of one or more). These factors comprise the principal factual elements of the offence and should determine the category.

<b>Factors indicating greater harm</b>
Sustained or repeated assault on the same victim
<b>Factors indicating lesser harm</b>
Injury which is less serious in the context of the offence

<b>Factors indicating higher culpability</b>
<i>Statutory aggravating factors:</i>
Offence racially or religiously aggravated
Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her sexual orientation (or presumed sexual orientation)
Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on the victim’s disability (or presumed disability)
<i>Other aggravating factors:</i>
A significant degree of premeditation
Use of weapon or weapon equivalent (for example, shod foot, headbutting, use of acid, use of animal)
Intention to commit more serious harm than actually resulted from the offence
Deliberately causes more harm than is necessary for commission of offence
Leading role in group or gang
Offence motivated by, or demonstrating, hostility based on the victim’s age, sex, gender identity (or presumed gender identity)
<b>Factors indicating lower culpability</b>
Subordinate role in group or gang
Lack of premeditation
Mental disorder or learning disability, where linked to commission of the offence

**STEP TWO****Starting point and category range**

Having determined the category, the court should use the corresponding starting points to reach a sentence within the category range below. The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions. A case of particular gravity, reflected by multiple features of culpability in step one, could merit upward adjustment from the starting point before further adjustment for aggravating or mitigating features, set out below.

Offence Category	Starting Point <i>(Applicable to all offenders)</i>	Category Range <i>(Applicable to all offenders)</i>
Category 1	12 weeks' custody	Low level community order – 26 weeks' custody
Category 2	Medium level community order	Low level community order – High level community order
Category 3	Band B fine	Band A fine – Band C fine

The table below contains a **non-exhaustive** list of additional factual elements providing the context of the offence and factors relating to the offender. Identify whether any combination of these, or other relevant factors, should result in an upward or downward adjustment from the starting point. In some cases, having considered these factors, it may be appropriate to move outside the identified category range.

When sentencing **category 1** offences, the court should also consider the custody threshold as follows:

- has the custody threshold been passed?
- if so, is it unavoidable that a custodial sentence be imposed?
- if so, can that sentence be suspended?

**Factors increasing seriousness***Statutory aggravating factors:*

Previous convictions, having regard to a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence; and b) the time that has elapsed since the conviction

Offence committed whilst on bail

*Other aggravating factors include:*

Location of the offence

Timing of the offence

Ongoing effect upon the victim

Gratuitous degradation of victim

Failure to comply with current court orders

Offence committed whilst on licence

An attempt to conceal or dispose of evidence

Failure to respond to warnings or concerns expressed by others about the offender's behaviour

Commission of offence whilst under the influence of alcohol or drugs

Established evidence of community impact

Any steps taken to prevent the victim reporting an incident, obtaining assistance and/or from assisting or supporting the prosecution

Offences taken into consideration (TICs)

**Factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation**

No previous convictions **or** no relevant/recent convictions

Single blow

Remorse

Good character and/or exemplary conduct

Determination and/or demonstration of steps taken to address addiction or offending behaviour

Serious medical conditions requiring urgent, intensive or long-term treatment

Isolated incident

Age and/or lack of maturity where it affects the responsibility of the offender

Lapse of time since the offence where this is not the fault of the offender

Mental disorder or learning disability, where **not** linked to the commission of the offence

Sole or primary carer for dependent relatives

### STEP THREE

#### **Consider any other factors which indicate a reduction, such as assistance to the prosecution**

The court should take into account sections 73 and 74 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (assistance by defendants: reduction or review of sentence) and any other rule of law by virtue of which an offender may receive a discounted sentence in consequence of assistance given (or offered) to the prosecutor or investigator.

### STEP FOUR

#### **Reduction for guilty pleas**

The court should take account of any potential reduction for a guilty plea in accordance with section 144 of the Criminal Justice Act 2003 and the *Guilty Plea* guideline.

### STEP FIVE

#### **Totality principle**

If sentencing an offender for more than one offence, or where the offender is already serving a sentence, consider whether the total sentence is just and proportionate to the offending behaviour.

### STEP SIX

#### **Compensation and ancillary orders**

In all cases, courts should consider whether to make compensation and/or other ancillary orders.

### STEP SEVEN

#### **Reasons**

Section 174 of the Criminal Justice Act 2003 imposes a duty to give reasons for, and explain the effect of, the sentence.

### STEP EIGHT

#### **Consideration for remand time**

Sentencers should take into consideration any remand time served in relation to the final sentence. The court should consider whether to give credit for time spent on remand in custody or on bail in accordance with sections 240 and 240A of the Criminal Justice Act 2003.

# Common Assault

Criminal Justice Act 1988 (section 39)

# Racially/religiously aggravated common assault

Crime and Disorder Act 1998 (section 29)

---

Racially/religiously aggravated assault is a specified offence for the purposes of section 224 of the Criminal Justice Act 2003

Triable only summarily

Maximum (section 39): 26 weeks' custody

Triable either way

Maximum (section 29): 2 years' custody

Offence range: Discharge – 26 weeks' custody

**STEP ONE****Determining the offence category**

The court should determine the offence category using the table below.

<b>Category 1</b>	Greater harm (injury or fear of injury must normally be present) <b>and</b> higher culpability
<b>Category 2</b>	Greater harm (injury or fear of injury must normally be present) <b>and</b> lower culpability; <b>or</b> lesser harm and higher culpability
<b>Category 3</b>	Lesser harm <b>and</b> lower culpability

The court should determine the offender's culpability and the harm caused, or intended, by reference **only** to the factors below (as demonstrated by the presence of one or more). These factors comprise the principal factual elements of the offence and should determine the category.

<b>Factors indicating greater harm</b>	Threatened or actual use of weapon or weapon equivalent (for example, shod foot, headbutting, use of acid, use of animal)
Injury or fear of injury which is serious in the context of the offence (must normally be present)	Intention to commit more serious harm than actually resulted from the offence
Victim is particularly vulnerable because of personal circumstances	Deliberately causes more harm than is necessary for commission of offence
Sustained or repeated assault on the same victim	Deliberate targeting of vulnerable victim
<b>Factors indicating lesser harm</b>	Leading role in group or gang
Injury which is less serious in the context of the offence	Offence motivated by, or demonstrating, hostility based on the victim's age, sex, gender identity (or presumed gender identity)
<b>Factors indicating higher culpability</b>	<b>Factors indicating lower culpability</b>
<i>Statutory aggravating factors:</i>	Subordinate role in group or gang
Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her sexual orientation (or presumed sexual orientation)	A greater degree of provocation than normally expected
Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on the victim's disability (or presumed disability)	Lack of premeditation
<i>Other aggravating factors:</i>	Mental disorder or learning disability, where linked to commission of the offence
A significant degree of premeditation	Excessive self defence

**STEP TWO****Starting point and category range**

Having determined the category, the court should use the corresponding starting points to reach a sentence within the category range below. The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions. A case of particular gravity, reflected by multiple features of culpability in step one, could merit upward adjustment from the starting point before further adjustment for aggravating or mitigating features, set out below.

<b>Offence Category</b>	<b>Starting Point</b> ( <i>Applicable to all offenders</i> )	<b>Category Range</b> ( <i>Applicable to all offenders</i> )
<b>Category 1</b>	High level community order	Low level community order – 26 weeks' custody
<b>Category 2</b>	Medium level community order	Band A fine – High level community order
<b>Category 3</b>	Band A fine	Discharge – Band C fine

The table below contains a **non-exhaustive** list of additional factual elements providing the context of the offence and factors relating to the offender. Identify whether any combination of these, or other relevant factors, should result in an upward or downward adjustment from the starting point. In some cases, having considered these factors, it may be appropriate to move outside the identified category range.

When sentencing **category 1** offences, the court should also consider the custody threshold as follows:

- has the custody threshold been passed?
- if so, is it unavoidable that a custodial sentence be imposed?
- if so, can that sentence be suspended?

When sentencing **category 2** offences, the court should also consider the community order threshold as follows:

- has the community order threshold been passed?

Factors increasing seriousness	
<i>Statutory aggravating factors:</i>	
Previous convictions, having regard to a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence; and b) the time that has elapsed since the conviction	Exploiting contact arrangements with a child to commit an offence
Offence committed whilst on bail	Established evidence of community impact
<i>Other aggravating factors include:</i>	Any steps taken to prevent the victim reporting an incident, obtaining assistance and/or from assisting or supporting the prosecution
Location of the offence	Offences taken into consideration (TICs)
Timing of the offence	
Ongoing effect upon the victim	
Offence committed against those working in the public sector or providing a service to the public	
Presence of others including relatives, especially children or partner of the victim	
Gratuitous degradation of victim	
In domestic violence cases, victim forced to leave their home	
Failure to comply with current court orders	
Offence committed whilst on licence	
An attempt to conceal or dispose of evidence	
Failure to respond to warnings or concerns expressed by others about the offender's behaviour	
Commission of offence whilst under the influence of alcohol or drugs	
Abuse of power and/or position of trust	
	Factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation
	No previous convictions <b>or</b> no relevant/recent convictions
	Single blow
	Remorse
	Good character and/or exemplary conduct
	Determination and/or demonstration of steps taken to address addiction or offending behaviour
	Serious medical conditions requiring urgent, intensive or long-term treatment
	Isolated incident
	Age and/or lack of maturity where it affects the responsibility of the offender
	Lapse of time since the offence where this is not the fault of the offender
	Mental disorder or learning disability, where <b>not</b> linked to the commission of the offence
	Sole or primary carer for dependent relatives

**Section 29 offences only:** The court should determine the appropriate sentence for the offence without taking account of the element of aggravation and then make an addition to the sentence, considering the level of aggravation involved. It may be appropriate to move outside the identified category range, taking into account the increased statutory maximum.

**STEP THREE****Consider any other factors which indicate a reduction, such as assistance to the prosecution**

The court should take into account sections 73 and 74 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (assistance by defendants: reduction or review of sentence) and any other rule of law by virtue of which an offender may receive a discounted sentence in consequence of assistance given (or offered) to the prosecutor or investigator.

**STEP FOUR****Reduction for guilty pleas**

The court should take account of any potential reduction for a guilty plea in accordance with section 144 of the Criminal Justice Act 2003 and the *Guilty Plea* guideline.

**STEP FIVE****Dangerousness**

Racially/religiously aggravated common assault is a specified offence within the meaning of Chapter 5 of the Criminal Justice Act 2003 and at this stage the court should consider whether having regard to the criteria contained in that Chapter it would be appropriate to award an extended sentence.

**STEP SIX****Totality principle**

If sentencing an offender for more than one offence, or where the offender is already serving a sentence, consider whether the total sentence is just and proportionate to the offending behaviour.

**STEP SEVEN****Compensation and ancillary orders**

In all cases, the court should consider whether to make compensation and/or other ancillary orders.

**STEP EIGHT****Reasons**

Section 174 of the Criminal Justice Act 2003 imposes a duty to give reasons for, and explain the effect of, the sentence.

**STEP NINE****Consideration for remand time**

Sentencers should take into consideration any remand time served in relation to the final sentence. The court should consider whether to give credit for time spent on remand in custody or on bail in accordance with sections 240 and 240A of the Criminal Justice Act 2003.

# Annex:

## Fine bands and community orders

### FINE BANDS

In this guideline, fines are expressed as one of three fine bands (A, B or C).

<b>Fine Band</b>	<b>Starting Point</b> ( <i>Applicable to all offenders</i> )	<b>Category Range</b> ( <i>Applicable to all offenders</i> )
<b>Band A</b>	50% of relevant weekly income	25–75% of relevant weekly income
<b>Band B</b>	100% of relevant weekly income	75–125% of relevant weekly income
<b>Band C</b>	150% of relevant weekly income	125–175% of relevant weekly income

### COMMUNITY ORDERS

In this guideline, community sentences are expressed as one of three levels (low, medium and high).

A non-exhaustive description of examples of requirements that might be appropriate for each level is provided below. Where two or more requirements are ordered, they must be compatible with each other.

<b>LOW</b>	<b>MEDIUM</b>	<b>HIGH</b>
In general, only one requirement will be appropriate and the length may be curtailed if additional requirements are necessary		More intensive sentences which combine two or more requirements may be appropriate
Suitable requirements might include: <ul style="list-style-type: none"> <li>• 40–80 hours unpaid work</li> <li>• Curfew requirement within the lowest range (e.g. up to 12 hours per day for a few weeks)</li> <li>• Exclusion requirement, without electronic monitoring, for a few months</li> <li>• Prohibited activity requirement</li> <li>• Attendance centre requirement (where available)</li> </ul>	Suitable requirements might include: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Greater number of hours of unpaid work (e.g. 80–150 hours)</li> <li>• An activity requirement in the middle range (20 to 30 days)</li> <li>• Curfew requirement within the middle range (e.g. up to 12 hours for 2–3 months)</li> <li>• Exclusion requirement, lasting in the region of 6 months</li> <li>• Prohibited activity requirement</li> </ul>	Suitable requirements might include: <ul style="list-style-type: none"> <li>• 150–300 hours unpaid work</li> <li>• Activity requirement up to the maximum of 60 days</li> <li>• Curfew requirement up to 12 hours per day for 4–6 months</li> <li>• Exclusion order lasting in the region of 12 months</li> </ul>

The tables above are also set out in the *Magistrates' Court Sentencing Guidelines* which includes further guidance on fines and community orders.



## NOTES

---



Priloga 3 – Splošno navodilo o predlaganju vrste in višine kazni,  
varnostnih ukrepov oziroma predlogov





VRHOVNO DRŽAVNO TOŽILSTVO  
*Republike Slovenije*



Urad generalnega državnega tožilca RS  
Trg OF 13, 1000 LJUBLJANA

Številka: Tu 66/12-3-5

*Datum:* 26.10.2012

Na podlagi 1. odst. 168. člena Zakona o državnem tožilstvu - ZDT-1 (Ur. l. RS, št. 58/2011 s spremembami in dopolnitvami) generalni državni tožilec izdajam

## SPLOŠNO NAVODILO

**o predlaganju vrste in višine kazni, varnostnih ukrepov oziroma predlogov, da se izreče sodni opomin ali pogojna obsodba**

### 1. člen

Tožilec mora biti aktiven pri oblikovanju kaznovalne politike.

Okoliščine, ki vplivajo na predlaganje kazenske sankcije (kazni, opozorilne sankcije, varnostne ukrepe), je treba ugotavljati že v predkazenskem postopku in kasneje v kazenskem postopku v zvezi s tem predlagati dokaze.

### 2. člen

V vseh primerih, kjer glede na okoliščine primera to pride v poštev, se morajo tožilci zavzemati za to, da bodo sodišča izrekala denarne in zaporne kazni.

### 3. člen

Državni tožilec mora pri predlaganju kazni navajati vse okoliščine, ki vplivajo na njegovo odločitev o predlagani vrsti in višini kazenske sankcije.

Priznanje se lahko šteje za olajševalno okoliščino le, če je bistveno pripomoglo k dokončanju postopka, časovna odmaknjenost pa le, če je izrazito pomembna.

#### **4. člen**

Tožilci si morajo vedno, ko so za to podani pogoji, prizadevati za izrek stranskih denarnih kazni in odvzem protipravne premoženjske koristi.

#### **5. člen**

Državni tožilec je dolžan predlagati preklic pogojne obsodbe vedno, ko so za to izpolnjeni zakonski pogoji in mora v zvezi s tem zbrati podatke.

#### **6. člen**

Pri predlaganju sankcij morajo imeti državni tožilci v oziru tudi pravne posledice obsodbe.

#### **7. člen**

V primerih kaznivih dejanj zoper varnost javnega prometa, kjer je posledica huda telesna poškodba ali smrtni izid, kaznivo dejanje pa je bilo storjeno v stanju alkoholiziranosti, je praviloma treba predlagati zaporno kazen.

#### **8. člen**

Tožilci se morajo zavzemati za strožje kaznovanje pri kaznivih dejanjih, kjer že narava kaznivega dejanja narekuje strožje kaznovanje in kjer okoliščine, v katerih je bilo dejanje storjeno, bistveno odstopajo od običajnih okoliščin.

#### **9. člen**

Skladno s prioriteta politike pregona je treba predlagati varnostne ukrepe za storilce gospodarskih kaznivih dejanj.

Varnostne ukrepe je treba predlagati vselej, ko glede na okoliščine primera pridejo v poštev.

Varnostni ukrep prepoved opravljanja poklica naj tožilci dosledno predlagajo v primerih, ko je svoj poklic izrabila oseba, ki dela z otroki, mladoletniki ali osebami, ki so zaradi svojega položaja v podrejenem položaju (na primer revni, oboleli in starostniki).

Odvzem voznškega dovoljenja naj tožilci predlagajo v primerih, ko je vzrok prometne nesreče alkoholiziranost ali nevarna oz. predrzna vožnja.

#### **10. člen**

Kot okvirno vodilo pri izbiri kazenskih sankcij so lahko podatki kaznovalne politike po tožilstvih, ki jih je zbral in objavil Strokovno informacijski center pri Vrhovnem državnem

tožilstvu Republike Slovenije (VDT RS), to pa ne velja za kazni, dosežene s pogajanjem.

#### **11. člen**

V pritožbah je treba vztrajati pri kaznih, predlaganih v postopku na prvi stopnji.

#### **12. člen**

To splošno navodilo izdaja generalni državni tožilec Republike Slovenije po opravljeni obravnavi predloga navodil na razširjenem kolegiju VDT RS v skladu z določbo tretjega odstavka 167. člena Zakona o državnem tožilstvu (ZDT-1).

#### **13. člen**

To splošno navodilo začne veljati naslednji dan po objavi na Intranetu in spletnih straneh VDT RS.

**dr. Zvonko Fišer**  
**generalni državni tožilec RS**





## 7. TABELE

Tabela 1 – Kaznovalni razponi za kazniva dejanja zoper življenje v izbranih evropskih ureditvah .....	67
Tabela 2 – Rešene zadeve na višjih sodiščih v letu 2011 .....	75
Tabela 3 – Zadeve, v katerih je bilo pritožbi ugodeno, na višjih sodiščih v letu 2011 .....	75
Tabela 4 – Dejavniki, ki vplivajo na odločanje sodnika po Ashworthu .....	189
Tabela 5 – Dejavniki, ki vplivajo na odločanje sodnika po Sisku, Heiseju in Morrissu .....	190



## 8. LITERATURA

Albrecht, Hans-Jörg. 2001. „Post-adjudication dispositions in comparative perspective“. V *Sentencing and sanctions in western countries*, uredila Michael H. Tonry in Richard S. Frase. Oxford: Oxford University Press.

———. 2012. „Sentencing in Germany – Explaining long term stability in the structure of criminal sanctions and sentencing“ predstavljeno na: The effects of different sentencing reforms, Research workshop of the Israeli Science Foundation ISF, 4. januar 2012, Haifa.  
URL: <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Events/Punishment/Documents/Hans-Joerg%20Albrecht.pdf>

Alicke, Mark D. in Teresa L. Davis. 1989. „The role of a posteriori victim information in judgments of blame and sanction“. *Journal of experimental social psychology* 25 (4): 362–377.

Allen, Francis A. 1981. *The decline of the rehabilitative ideal: Penal policy and social purpose*. New Haven: Yale University Press.

Allen, Ronald J. in Larry Laudan. 2011. „Deadly dilemmas III: Some kind words for preventive detention“. *Journal of criminal law and criminology* 101 (3): 781–805.

Ambrož, Matjaž. 2007. „Izvrševanje kazni zapora in sodni nadzor“. V *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*, uredila Alenka Šelih, 283–288. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

———. 2008. „Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 59 (3): 239–248.

Ambrož, Matjaž in Katja Šugman Stubbs. 2011. „Conditional release (parole) in Slovenia: Problems and possible solutions“. *The prison journal* 91 (4): 467–488.

Antolisei, Francesco. 2008. *Manuale di diritto penale: Parte speciale*. Milano: Giuffrè Editore.

Ariely, Dan. 2010a. *Predvidljivo nerazumni: Skrite sile, ki izoblikujejo naše odločitve (dopolnjena izdaja)*. Ljubljana: Mladinska knjiga.

———. 2010b. *The upside of irrationality: The unexpected benefits of defying logic at work and at home*. New York: Harper.

———. 2013. *(Poštena) resnica o nepoštenosti: Kako lažemo vsem – še posebej sebi*. Ljubljana: UMco.

Arkes, Hal R., Robert L. Wortmann, Paul D. Saville in Allan R. Harkness. 1981. „Hindsight bias among physicians weighing the likelihood of diagnoses“. *Journal of applied psychology* 66 (2): 252–254.

- Ashworth, Andrew. 1992. „The evidential basis for sentencing in England“. *Federal sentencing reporter* 5 (2): 106–95.
- . 2001. „The decline of English sentencing and other stories“. V *Sentencing and sanctions in western countries*, uredila Michael H. Tonry in Richard S. Frase, 62–91. Oxford: Oxford University Press.
- . 2002. „European sentencing traditions: Accepting divergence or aiming for convergence?“ V *Sentencing and society: International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 219–236. Aldershot: Ashgate.
- . 2006. „The sentencing guideline system in England and Wales“. *South African journal of criminal justice* 19: 1-16.
- . 2007. „Sentencing“. V *The Oxford handbook of criminology*, uredili Mike Maguire, Rod Morgan in Robert Reiner, 990–1023. Oxford: Oxford University Press.
- . 2009a. „Techniques for reducing sentence disparity“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 241–257. Oxford; Portland: Hart.
- . 2009b. „Rehabilitation“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 1–10. Oxford; Portland: Hart.
- . 2010. *Sentencing and criminal justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ashworth, Andrew in Elaine Player. 1998. „Sentencing, equal treatment and the impact of sanctions“. V *Fundamentals of sentencing theory*, uredila Andrew Ashworth in Martin Wasik, 251–272. Oxford: Oxford University Press.
- Ashworth, Andrew in Julian V. Roberts. 2009. „Doing justice to difference: Diversity and sentencing“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 342–350. Oxford; Portland: Hart.
- Auch Schultz, Theresa. 2012. „Judge says some child porn sentencing guidelines are too harsh“. *Post-Tribune (Chicago-Sun Times)*, 11. julij 2012.  
URL: <http://posttrib.suntimes.com/news/lake/13720352-418/judge-says-some-child-porn-sentencing-guidelines-are-too-harsh.html>.
- Austin, Regina. 2010. „Documentation, documentary, and the law: What should be made of victim impact videos?“ *Cardozo law review* 31 (4): 979–1017.
- Bagaric, Mirko. 2001. *Punishment and sentencing: A rational approach*. London; Sydney: Cavendish.
- Baker, Dennis J. 2009. „Punishment without a crime: Is preventive detention reconcilable with justice?“ *Australian journal of legal philosophy* 34: 120–150.

- Baker, Estella in Julian V. Roberts. 2008. „Sentencing structure and reform in common law jurisdictions“. V *International handbook of penology and criminal justice*, uredili Shlomo Giora Shoham, Ori Beck in Martin Kett, 551–585. Boca Raton: CRC Press.
- Ball, W. David. 2009. „Heinous, atrocious, and cruel: Apprendi, indeterminate sentencing, and the meaning of punishment“. *Columbia law review* 109 (5): 893–972.
- Bandes, Susan. 2009. „Victims, “closure,” and the sociology of emotion“. *Law and contemporary problems* 72 (2): 1–26.
- Barberger, Cécile. 2001. „Égalité et l’individualisation de la peine“. V *L’individualisation de la peine: De Saleilles á aujourd’hui*, uredil Reynald Ottenhof, 207–214. Ramonville Saint-Agne: Erès.
- Barker, Vanessa. 2013. „Nordic exceptionalism revisited: Explaining the paradox of a Janus-faced penal regime“. *Theoretical criminology* 17 (1): 5–25.
- Baron, Jonathan. 2006. *Thinking and deciding*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barr, William P. 1992a. „Combating violent crime: 24 recommendations to strengthen criminal justice“. Washington: Office of the United States Attorney General.
- . 1992b. „The case for more incarceration“. Washington: Office of the United States Attorney General.
- Barry, Donald M. in Alexander Greer. 1981. „Sentencing versus prosecutorial discretion: The application of a new disparity measure“. *Journal of research in crime and delinquency* 18 (2): 254–271.
- Bavcon, Ljubo. 2007. „Vodilna in temeljna načela sodobnega kazenskega prava“. V *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*, uredila Alenka Šelih, 11–18. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Bavcon, Ljubo, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož in Katja Filipčič. 2013. *Kazensko pravo: Splošni del*. 6. izdaja. Ljubljana: Uradni list RS.
- Bavcon, Ljubo, Katja Vodopivec, in Boris Uderman. 1968. *Individualizacija kazni v praksi naših sodišč*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Beccaria, Cesare. 2002. *O zločinih in kaznih*. Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
- Beernaert, Marie-Aude, Magali Clavie, Maité De Rue, Clothilde Hoffmann, Thierry Moreau, Vincent Spronck, Bénédicte Van Boven in Sabine van der Elst. 2008. *L’exécution des peines privatives de liberté: regards croisés*. Louvain-la-Neuve: Anthemis.

- Bele, Ivan. 2001. *Kazenski zakonik s komentarjem - splošni del*. Ljubljana: GV Založba.
- . 2007. „Kazensko pravo in pravna država“. V *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*, uredila Alenka Šelih, 51–80. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Bennett, Mark W. 2012. „How mandatory minimums forced me to send more than 1,000 nonviolent drug offenders to federal prison“. *The Nation*, 24. oktober 2012.  
URL: <http://www.thenation.com/article/170815/how-mandatory-minimums-forced-me-send-more-1000-nonviolent-drug-offenders-federal-pri>.
- Bentham, Jeremy. 1996. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon.
- Berman, Douglas A. 2007. „Claiborne and Rita: Booker clean-up or continued confusion?“ *Federal sentencing reporter* 19 (3): 151–154.
- Beyens, Kristel in Veerle Scheirs. 2010. „Encounters of a different kind: Social enquiry and sentencing in Belgium“. *Punishment & society* 12 (3): 309–328.
- Beziz-Ayache, Annie in Delphine Boesel. 2010. *Droit de l'exécution de la sanction pénale*. Paris: Wolters Kluwer France.
- Bibas, Stephanos. 2004. „The psychology of hindsight and after-the-fact review of ineffective assistance of counsel“. *Utah law review* 55 (1): 1–12.
- Bickle, Gayle S. in Ruth D. Peterson. 1991. „The impact of gender-based family roles on criminal sentencing“. *Social Problems* 38 (3): 372–394.
- Bierhoff, Hans W., Ernst Buck in Renate Klein. 1989. „Attractiveness and respectability of the offender as factors in the evaluation of criminal cases“. V *Criminal behavior and the justice system*, uredili Hermann Wegener, Friedrich Lösel in Jochen Haisch, 193–207. Berlin: Springer.
- Bjerk, David. 2008. „On the role of plea bargaining and the distribution of sentences in the absence of judicial system frictions“. *International review of law and economics* 28 (1): 1–7.
- Blumstein, Alfred. 2012. „Criminology: science + policy analysis“. V *What is criminology?*, uredili Mary Bosworth in Carolyn Hoyle, 475–487. Oxford: Oxford University Press.
- Bošnjak, Marko. 1999. „Pomembnejše značilnosti restorativne pravičnosti“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 50 (4): 299–306.
- . 2006. „Izbirni mehanizmi v kazenskem postopku“. V *Izhodišča za nov model kazenskega postopka*, uredila Katja Šugman Stubbs, 419–460. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

- Breyer, Stephen. 1988. „Federal sentencing guidelines and the key compromises upon which they rest“. *Hofstra law review* 17 (1): 1–50.
- Brinc, Franc. 1996. „Kaznovalna politika sodišč v Republiki Sloveniji“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 47 (3): 213–227.
- . 2003. „Kriminalna prognoza - iluzija ali resničnost“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 54 (4): 341–355.
- . 2005. „Gibanje kriminalitete in kaznovalna politika v Sloveniji v zadnjem desetletju“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 56 (1): 3–28.
- Brownlee, Ian. 1996. „Hanging judges and wayward mechanics: Reply to Michael Tonry“. V *Penal theory and practice: Tradition and innovation in criminal justice*, uredili Anthony Duff, Sandra Marshall, Rebecca Emerson Dobash in Russell P. Dobash. Manchester: Manchester University Press.
- Brückmuller, Karin in Dirk Hofinger. 2010. „Austria“. V *Release from prison: European policy and practice*, uredili Nicola Padfield, Dirk Van Zyl Smit in Frieder Dünkel. Cullompton; Portland: Willan.
- Buchhandler-Raphael, Michal. 2013. „Drugs, dignity and danger: Human dignity as a constitutional constraint to limit overcriminalization“. *Tennessee law review* 80 (sprejeto v objavo).  
URL: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2128943](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128943) (SSRN eLibrary)
- Bull, R. 1974. „The importance of being beautiful“. *New society* (30): 412–414.
- Burke, Alafair S. 2007. „Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargaining“. *Marquette law review* 91 (1): 183–211.
- Bushway, Shawn D. in Anne Morrison Piehl. 2007. „The inextricable link between age and criminal history in sentencing“. *Crime & delinquency* 53 (1): 156–183.
- Caldwell, Harry M. 2011. „Coercive plea bargaining: The unrecognized scourge of the judicial system“. *Catholic University law review* 61 (1): 63–98.
- Campbell, Mary E. 1999. „Sentencing and conditional release“. V *Making sense of sentencing*, uredila Julian V. Roberts in David P. Cole, 242–258. Toronto: University of Toronto Press.
- Canadian Sentencing Commission. 1987. *Sentencing reform: A Canadian approach*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada.  
URL: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/archambault1987-eng/archambault1987-eng.htm>.
- Cano, Mario V. in Cassia Spohn. 2012. „Circumventing the penalty for offenders facing mandatory minimums: Revisiting the dynamics of “sympathetic” and “salvageable” offenders“. *Criminal justice and behavior* 39 (3): 308–332.

- Cassel, Douglas. 2008. „Pretrial and preventive detention of suspected terrorists: Options and constraints under international law“. *Journal of criminal law and criminology* 98 (3): 811–852.
- Cavadino, Michael in James Dignan. 2006. *Penal systems: A comparative approach*. London: Sage.
- Cerar, Miro. 2001. *(I)racionalnost modernega prava*. Ljubljana: Bonex.
- . 2012. „Največja nevarnost za pravno državo“. *IUS-INFO Kolumna*. URL: <http://sodisce.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?id=87646>.
- Chapman, Gretchen B. in Brian H. Bornstein. 1996. „The more you ask for, the more you get: Anchoring in personal injury verdicts“. *Applied cognitive psychology* 10 (6): 519–540.
- Chen, Elsa. Y. 2000. „Impacts of three strikes and truth in sentencing on the volume and composition of correctional populations“. Los Angeles: U. S. Department of Justice.
- . 2012. „In the furtherance of justice, injustice or both? A multilevel analysis of courtroom context and the implementation of three strikes“. *Justice quarterly* iFirst: 1–30.  
URL: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2189511](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189511) (SSRN eLibrary)
- Chen, Xiaoming. 2010. „The Chinese sentencing guideline: A primary analysis“. *Federal sentencing reporter* 22 (4): 213–216.
- Chin, Denny. 2012. „Sentencing: A role for empathy“. *University of Pennsylvania law review* 160 (6): 1561-1584.
- Christie, Nils. 1977. „Conflicts as Property“. *British Journal of Criminology* 17 (1): 1–15.
- . 1994. *Crime control as industry: Towards gulags, western style*. London; New York: Routledge.
- Clarkson, Christopher M. V. in Rodney Morgan, ur. 1995. *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press.
- Cooke, R. K. 1987. „The Practical Problems of the Sentencer“. V *The Psychology of Sentencing: Approaches to Consistency and Disparity*, uredila Donald C. Pennington in Sally M. Lloyd-Bostock, 59–72. Oxford: Centre for Social-Legal Studies.
- Cooter, Robert in Thomas Ulen. 2005. *Ekonomska analiza prava*. Ljubljana: Finance.
- Council of Europe. 1993. *Consistency in sentencing: Recommendation No. R (92) 17, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 October 1992 and explanatory memorandum*. Bruselj: Council of Europe.



- Cruz, Peter De. 1999. *Comparative law in a changing world*. London: Cavendish.
- Cullen, Francis T. in Paul Gendreau. 2001. „From nothing works to what works: Changing professional ideology in the 21st century“. *The prison journal* 81 (3): 313–338.
- Cullen, Francis T. in Karen E. Gilbert. 1982. *Reaffirming rehabilitation*. Cincinnati: Anderson.
- Curran, Debra A. 1983. „Judicial discretion and defendant's sex“. *Criminology* 21 (1): 41–58.
- Damaška, Mirjan R. 2001. „Models of criminal procedure“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 51 (3-4): 477–487.
- . 1986. *The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven; London: Yale University Press.
- Dammer, Harry R., in Jay S. Albanese. 2010. *Comparative criminal justice systems*. Belmont: Cengage Learning.
- Danziger, Shai, Jonathan Levav in Liora Avnaim-Pesso. 2011. „Extraneous factors in judicial decisions“. *Proceedings of the National Academy of Sciences* 108 (11. april 2011): 6889–6892.
- David, Rene in Gunther Grassmann. 1998. *Uvod v velike sodobne pravne sisteme - prva knjiga*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- . 1999. *Uvod v velike sodobne pravne sisteme - druga knjiga*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Davies, Julia. 2002a. „The science of sentencing: Measurement theory and von Hirsch's new scales of justice“. V *Sentencing and society - International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 329–359. Aldershot: Ashgate.
- . 2002b. „Scaling punishments: A response to von Hirsch“. V *Sentencing and society - International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 366–368. Aldershot: Ashgate.
- Debenjak, Božidar. 2008. „Regeneracija besed pravica, pravičnost, krivda, umno ravnanje“. *Sobotna priloga, Delo*, 16. februar 2008.
- Dijksterhuis, Ap. 2004. „Think different: The merits of unconscious thought in preference development and decision making“. *Journal of personality and social psychology* 87 (5): 586–598.
- Dijksterhuis, Ap, Maarten W. Bos, Loran F. Nordgren in Rick B. van Baaren. 2006. „On making the right choice: The deliberation-without-attention effect“. *Science* 311 (5763): 1005–1007.
- Ditton, Paula M. in Doris James Wilson. 1999. „Truth in sentencing in state prisons“. Washington: Bureau of Justice Statistics.

- Doob, Anthony N. in Jean-Paul Brodeur. 1995. „Achieving accountability in sentencing“. V *Accountability for criminal justice: Selected essays*, uredil Philip C. Stenning, 376–396. Toronto: University of Toronto Press.
- Dubber, Markus Dirk. 2005. „Theories of crime and punishment in German criminal law“. *The American Journal of Comparative Law* 53 (3): 679–707.
- Duff, Antony. 2009. „Punishment, retribution and communication“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 126–134. Oxford, Portland: Hart.
- Dünkel, Frieder, Dirk Van Zyl Smit in Nicola Padfield. 2010. „Concluding thoughts“. V *Release from prison: European policy and practice*, uredili Nicola Padfield, Dirk Van Zyl Smit in Frieder Dünkel, 395–444. Cullompton; Portland: Willan.
- Durkheim, Émile. 1972. *Selected writings*. Uredil Anthony Giddens. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 1997. *The division of labor in society*. New York: Free Press.
- Easton, Susan in Christine Piper. 2008. *Sentencing and punishment: The quest for justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Ebbesen, Ebbe B. in Vladimir J. Konečni. 1981. „The process of sentencing adult felons: A causal analysis of judicial decisions“. V *Perspectives in law and psychology, Volume II: The trial process*, uredil Bruce D. Sales, 413–458. New York: Plenum.
- Ecenbarger, William. 2012. *Kids for cash: Two judges, thousands of children, and a \$2.6 million kickback scheme*. New York: The New Press.
- Edkins, Vanessa A. 2011. „Defense attorney plea recommendations and client race: Does zealous representation apply equally to all?“ *Law and human behavior* 35 (5): 413–425.
- Edney, Richard in Mirko Bagaric. 2007. *Australian sentencing: Principles and practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Englebrecht, Christine M. 2011. „The struggle for “ownership of conflict”: An exploration of victim participation and voice in the criminal justice system“. *Criminal justice review* 36 (2): 129–151.
- Englich, Birte. 2009. „Heuristic strategies and persistent biases in sentencing decisions“. V *Social psychology of punishment of crime*, uredili Margit Oswald, Steffen Bieneck in Jörg Hupfeld-Heinemann, 295–314. Chichester: Wiley.
- Englich, Birte in Thomas Mussweiler. 2001. „Sentencing under uncertainty: Anchoring effects in the courtroom“. *Journal of applied social psychology* 31 (7): 1535–1551.

- Englich, Birte, Thomas Mussweiler in Fritz Strack. 2005. „The last word in court: A hidden disadvantage for the defense“. *Law and human behavior* 29 (6): 705–722.
- . 2006. „Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making“. *Personality and social psychology bulletin* 32 (2): 188–200.
- Erez, Edna in Linda Rogers. 1999. „Victim impact statements and sentencing outcomes and processes: The perspectives of legal professionals“. *British journal of criminology* 39 (2): 216–239.
- Erez, Edna in Pamela Tontodonato. 1990. „The effect of victim participation in sentencing on sentence outcome“. *Criminology* 28 (3): 451–474.
- Erik, Luna in Paul G. Cassell. 2010. „Mandatory minimalism“. *Cardozo law review* 32 (1): 1–83.
- Fariña, Francisca, Ramón Arce in Mercedes Novo. 2003. „Anchoring in judicial decision-making“. *Psychology in Spain* 7 (1): 56–65.
- Ferlinc, Andrej. 2010. „Pomlad ali zima državnih tožilcev“. *Pravna praksa* 29 (22): 9–11.
- . 2012. „Ali ni neodvisnost sodišč sama sebi namen, če je eno stopnjo pred tem selekcija zadev podvržena odvisnosti?“ *Pravna praksa* 31 (5): 6–7.
- Fernandez, Jorge Sobral. 1997. „An enquiry into judicial decisions“. V *Advances in psychology and law: International contributions*, uredili Santiago Redondo, Vicente Garrido, Jorge Pérez in Rosemary Barberet, 227–235. Berlin: Walter de Gruyter.
- Filipčič, Katja. 2007. „Ocena mladotniškega kazenskega prava v Sloveniji z evropske perspektive“. V *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*, uredila Alenka Šelih, 117–128. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- . 2009. „La Slovénie“. *Déviance et société* 33 (3): 367–382.
- Filipčič, Katja, Zvonko Fišer, Lea Kadunc Ilič, Alenka Mežnar, Alenka Šelih in Irena Velič. 2010. *Obravnavanje mladoletnih prestopnikov v Sloveniji - Analiza stanja in osnutek zakona*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Fischer, Justina A. V. 2005. „The impact of direct democracy on crime: Is the median voter boundedly rational?“  
URL: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=778984](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=778984). (SSRN eLibrary)

- Fischhoff, Baruch. 1975. „Hindsight is not equal to foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty“. *Journal of experimental Psychology: human perception and performance* 1 (3): 288–299.
- . 1982. „For those condemned to study the past: Heuristics and biases in hindsight“. V *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, uredili Daniel Kahneman, Paul Slovic in Amos Tversky, 335–354. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2007. „An early history of hindsight research“. *Social cognition* 25 (1): 10–13.
- Fisher, Talia. 2011. „Constitutionalism and the criminal law: Rethinking criminal trial bifurcation“. *University of Toronto Law Journal* 61 (4): 811–843.
- Fišer, Zvonko. 2002a. *Uvodna pojasnila k Zakonu o kazenskem postopku*. Ljubljana: Uradni list RS.
- . 2002b. „Ustavnopravni položaj državnega tožilstva in spremembe kazenske procesne zakonodaje“. *Dnevi slovenskih pravnikov 2002 (Podjetje in delo)* (6-7): 1293–1307.
- . 2004. „Državni tožilec in politika pregona“. V *Preprečevanje kriminalitete: Teorija, praksa in dileme*, 337–347. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- . 2006a. „Konkretno o pravnih sredstvih“. V *Izhodišča za nov model kazenskega postopka*, uredila Katja Šugman Stubbs, 389–417. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- . 2006b. „Predkazenski postopek“. V *Izhodišča za nov model kazenskega postopka*, uredila Katja Šugman Stubbs, 57–147. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Fišer, Zvonko in Mitja Gialuz. 2012. „Primerjalnopravni pogled na pogajanja v kazenskem postopku v Sloveniji in Italiji“. *Pravnik* 67 (9/10): 679–713.
- Florjančič, Damijan. 2005. „Restorativna pravičnost in položaj žrtve v kazenskem pravu“. *Pravna praksa* 24 (2): 16–18.
- Forell, Caroline A. in Donna M. Matthews. 2000. *A law of her own*. New York: New York University Press.
- Frank, Jerome New. 2009. *Law & the modern mind*. New Brunswick, London: Transaction Publishers.
- Frankel, Marvin E. 1972. „Lawlessness in sentencing“. *University of Cincinnati law review* 41: 1–54.
- . 1973. *Criminal sentences: Law without order*. New York: Hill and Wang.
- Franko Aas, Katja. 2005. *Sentencing in the age of information: From Faust to Macintosh*. London: Routledge.

- Frase, Richard S. 1990. „Sentencing reform in Minnesota, ten years after: Reflections on Dale G. Parent’s structuring criminal sentences: The evolution of Minnesota’s sentencing guidelines“. *Minnesota law review* 75 (3): 727-754.
- . 2001. „Comparative perspectives on sentencing policy and research“. V *Sentencing and sanctions in western countries*, uredila Michael H. Tonry in Richard S. Frase, 259–292. Oxford: Oxford University Press.
- . 2004. „Limiting retributivism“. V *The future of imprisonment*, uredil Michael H. Tonry, 85–111. New York: Oxford University Press.
- . 2005. „State sentencing guidelines: Diversity, consensus, and unresolved policy issues“. *Columbia law review* 105 (4): 1190–1232.
- . 2008. „Sentencing and comparative theory“. V *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: Essays in honour of professor Mirjan Damaska*, uredili John Jackson, Maximo Langer in Peter Tillers, 351–370. Oxford; Portland: Hart.
- . 2013. *Just sentencing: Principles and procedures for a workable system*. Oxford: Oxford University Press.
- Furlan, Boris. 2002. *Problem realnosti prava*. Uredil Marijan Pavčnik. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Garland, David. 1991. *Punishment and modern society: A study in social theory*. Oxford; New York: Clarendon Press.
- . 2001. *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. Oxford: Oxford University Press.
- George, Beauford J. 1959. „Unsolved problem: Comparative sentencing techniques“. *American Bar Association journal* 45 (3): 250–254.
- Gertner, Nancy. 2007. „From omnipotence to impotence: American judges and sentencing“. *Ohio State journal of criminal law* 4: 523–539.
- Ghassemi, Ghassem. 2009. „Criminal punishment in islamic societies: Empirical study of attitudes to criminal sentencing in Iran“. *European journal on criminal policy and research* 15 (1): 159–180.
- Gilligan, Carol. 1982. *In a different voice: Psychological theory and women’s development*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gilovich, Thomas, Dale Griffin in Daniel Kahneman, ur. 2002. *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gladwell, Malcolm. 2007. *Blink: The power of thinking without thinking*. New York: Little, Brown & Co.

- Goodman-Delahunty, Jane. 2006. „Psychological research on the progress of sentencing“ predstavljeno na: *Sentencing: Principles, perspectives & possibilities*, 10. Februar 2006, Canberra.  
URL:<http://njca.anu.edu.au/Professional%20Development/programs%20by%20year/2006/Sentencing%20Conference/Sen%20conf%20papers%202006/GoodmanDelahunty.pdf>.
- Goodman-Delahunty, Jane, Lynne Forsterlee in Robert Forsterlee. 2005. „Dealing with the guilty offender“. V *Psychology and law: An empirical perspective*, uredila Neil Brewer in Kipling D. Williams, 445–482. New York: Guilford Press.
- Gorkič, Primož. 2009. „K osnutku ZKP-1: Sporazum o priznanju krivde“. *Pravna praksa* 28 (34): 20–22.
- . 2010. „K razpravi o ustroju državnega tožilstva“. *Pravna praksa* 29 (36): II–VIII.
- . 2011. „Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku“. *Zbornik 4. konference kazenskega prava in kriminologije* 4: 9–19.
- Green, David A. 2006. „Public opinion versus public judgment about crime: Correcting the ‚comedy of errors‘“. *British journal of criminology* 46 (1): 131–154.
- Greene, Edith. 1999. „The many guises of victim impact evidence and effects on jurors’ judgments.“ *Psychology, crime & law* 5 (4): 331–348.
- Griffin, Diarmuid in Ian O’Donnell. 2012. „The life sentence and parole“. *British Journal of Criminology* 52 (3): 611–629.
- Gurgel, Seth. 2012. „Standards of proof in death penalty proceedings“. V *The contemporary American struggle with death penalty law: Selected topics and cases*, uredila Jeremy L. Daum in Seth Gurgel. New York: U.S - Asia Law Institute, New York University School of Law.  
URL: <http://usali-dp.org/chapters/standards-of-proof/>
- Guthrie, Chris, Jeffrey Rachlinski in Andrew Wistrich. 2001. „Inside the judicial mind“. *Cornell law review* 86 (4): 777–830.
- . 2007. „Blinking on the bench: How judges decide cases“. *Cornell law review* 93 (1): 1–44.
- De Haan, Willem in Ian Loader. 2002. „On the emotions of crime, punishment and social control“. *Theoretical criminology* 6 (3): 243–253.
- Hall, Maria Jean J., Domenico Calabro, Tania Sourdin, Andrew Stranieri in John Zeleznikow. 2005. „Supporting discretionary decision-making with information technology: A case study in the criminal sentencing jurisdiction“. *University of Ottawa law and technology journal* 2 (1): 1–36.

- Hannah-Moffat, Kelly in Paula Maurutto. 2010. „Re-contextualizing pre-sentence reports: Risk and race“. *Punishment & society* 12 (3): 262–286.
- Harcourt, Bernard E. 2006. „Embracing chance: Post-modern meditations on punishment“. *John M. Olin Law & Economics working paper N°318*: 1–47.  
URL: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/318.pdf>
- . 2007. *Against prediction: Profiling, policing, and punishing in an actuarial age*. Chicago: University of Chicago Press.
- . 2011. *The illusion of free markets: Punishment and the myth of natural order*. Cambridge: Harvard University Press.
- Harcourt, Bernard E., Alon Harel, Ken Levy, Michael M. O’Hear in Alice Ristroph. 2009. „Randomization in criminal justice: A criminal law conversation“. V *Criminal law conversations*, uredili Paul Robinson, Stephen Garvey in Kimberly Kessler Ferzan. Oxford: Open University Press.
- Harel, Alon, in Eyal Winter. 2012. „The case for discriminatory sentencing: Why identical crimes may deserve different sanctions“ predstavljeno na: The effects of different sentencing reforms, Research Workshop of the Israeli Science Foundation ISF, 4. januar 2012, Haifa.  
URL: <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Events/Punishment/Documents/Alon%20Harel.pdf>
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. 1996. *Elements of the philosophy of right*. Uredil Allen W. Wood. Cambridge: Cambridge University Press.
- Heidensohn, Frances. 2006. „New perspectives and established views“. V *Gender and justice: New concepts and approaches*, uredila Frances Heidensohn, 1–10. Cullompton; Portland: Willan.
- Heidensohn, Frances in Loraine Gelsthorpe. 2007. „Gender and crime“. V *The Oxford handbook of criminology*, uredili Mike Maguire, Rodney Morgan in Robert Reiner. Oxford: Oxford University Press.
- Heller, Kevin in Markus Dubber, ur. 2010. *The handbook of comparative criminal law*. Stanford: Stanford University Press.
- Henham, Ralph J. 2012a. *Sentencing and the legitimacy of trial justice*. Abingdon, New York: Routledge.
- . 2012b. „Penal ideology, sentencing and the legitimacy of trial justice“. *Crime, law and social change* 57 (1): 77–98.
- . 2002. „Sentencing policy and guilty plea discounts“. V *Sentencing and society: International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 371–398. Aldershot: Ashgate.
- Herzog-Evans, Martine. 2009. „French post custody law (2000-2009): From equitable trial to the religion of control“. *European journal of probation* 1 (2): 97–111.

Hibbert, Christopher. 1965. *Zgodovina zločinstva in kazni*. Ljubljana: Cankarjeva založba.

Hinton, Martin. 1995. „Expectations dashed: Victim impact statements and the common law approach to sentencing in South Australia“. *University of Tasmania law review* 14 (1): 81–99.

von Hirsch, Andrew. 1976. *Doing justice: The choice of punishments*. New York: Hill & Wang.

———. 1983. „Commensurability and crime prevention: Evaluating formal sentencing structures and their rationale“. *Journal of criminal law and criminology* 74 (1): 209–248.

———. 2001. „Proportionate sentences for juveniles: How different than for adults?“ *Punishment & society* 3 (2): 221–236.

———. 2002. „Scaling punishments: A reply to Julia Davies“. V *Sentencing and society - International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 360–365. Aldershot: Ashgate.

———. 2009a. „Proportionate Sentences: A desert perspective“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 115–125. Oxford; Portland: Hart.

———. 2009b. „Seriousness, severity and the living standard“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 143–147. Oxford, Portland: Hart.

———. 2011. „Foreword“. V *Mitigation and aggravation at sentencing*, uredil Julian V. Roberts, xiii–xvi. Cambridge: Cambridge University Press.

von Hirsch, Andrew in Andrew Ashworth. 2005. *Proportionate sentencing: Exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press.

von Hirsch, Andrew, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, ur. 2009. *Principled sentencing: Readings on theory and policy*. Oxford; Portland: Hart.

von Hirsch, Andrew, Elizabeth Burney in Per-Olof H. Wikström. 1999. *Criminal deterrence and sentence severity: An analysis of recent research*. Oxford: Hart.

von Hirsch, Andrew in Nils Jareborg. 2009. „The Swedish sentencing law“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 258–269. Oxford; Portland: Hart.

von Hirsch, Andrew in Lila Kazemian. 2009. „Predictive sentencing and selective incapacitation“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 95–101. Oxford, Portland: Hart.

Hofer, Paul J. 2011. „Has Booker restored balance? A look at data on plea bargaining and sentencing“. *Federal sentencing reporter* 23 (5): 326–332.



- Hoffmann, Joseph L. 2001. „Apprendi v. New Jersey: Back to the future“. *American criminal law review* 38 (2): 255–280.
- Hogarth, John. 1971. *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto Press in Centre of Criminology, University of Toronto.
- Hörnle, Tatjana. 2012. „The legal framework for sentencing and sentencing practice in Germany“ predstavljeno na: The effects of different sentencing reforms, Research Workshop of the Israeli Science Foundation ISF, 4. januar 2012, Haifa.  
URL:<http://weblaw.haifa.ac.il/he/Events/Punishment/Documents/Tatjana.pdf>
- Hudson, Barbara A. 1998. „Doing justice to difference“. V *Fundamentals of sentencing theory: Essays in honour of Andrew von Hirsh*, uredila Andrew Ashworth in Martin Wasik, 223–250. Oxford: Oxford University Press.
- Husak, Douglas. 2011. „Lifting the cloak: Preventive detention as punishment“. *San Diego law review* 48 (4): 1173–1196.
- Hutton, Neil. 1995. „Sentencing, rationality, and computer technology“. *Journal of law and society* 22 (4): 549–570.
- Indermaur, David. 1996. „Offender psychology and sentencing“. *Australian psychologist* 31 (1): 15–19.
- Isaacs, Daniel. 2011. „Baseline framing in sentencing“. *Yale law journal* 121 (2): 426–459.
- Jacobson, Jessica in Mike Hough. 2007. *Mitigation: The role of personal factors in sentencing*. London: Prison Reform Trust.
- . 2010. *Unjust deserts: Imprisonment for public protection*. London: The prison reform trust.
- . 2011. „Personal mitigation: An empirical analysis in England and Wales“. V *Mitigation and aggravation at sentencing*, uredil Julian V. Roberts, 146–167. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jager, Matjaž. 1999. *The potential of economic analysis of criminal law and criminal policy with special regard to drug policy (Doktorska disertacija)*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Jakulin, Vid. 1989. „Pogojni odpust in preklic pogojnega odpusta“. *Pravnik* 44 (11): 533–552.
- Jančar, Martin. 2008. „Nekaj malega o sodnikih porotnikih“. *IUS-INFO Kolumna*. URL: <http://sodisce.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=10684>.
- . 2009a. „Primerna/pravična kazen“. *IUS-INFO Kolumna*. URL: <http://sodisce.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=10825>.
- . 2009b. „O kesanju in pokori“. *IUS-INFO Kolumna*. URL: <http://sodisce.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=61746>.

- . 2010. „O določanju kazni“. *IUS-INFO Kolumna*.  
URL: <http://sodisce.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=61746>.
- . 2012. „Prve izkušnje s spremembami ZKP“. *IUS-INFO Kolumna*.  
URL: <http://sodisce.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=61746>.
- Jefferson Exum, Jelani. 2008. „The more things change: A psychological case against allowing the federal sentencing guidelines to stay the same in light of Gall, Kimbrough, and new understandings of reasonableness review“. *Catholic University law review* 58 (1): 115–152.
- Jelenc Puklavec, Alenka. 1999. „Zgradba kazenske sodbe“. *Pravosodni bilten* 20 (1): 27–45.
- Jelenič-Novak, Mitja, Andrej Ausperger-Matić, Zarja Čibej in Primož Gorkič. 2006. „Vmesna faza in glavna obravnava“. V *Izhodišča za nov model kazenskega postopka*, uredila Katja Šugman Stubbs, 259–372. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Jenull, Hinko. 2007. „Politika kazenskega pregona“. *Dnevi slovenskih pravnikov 2007 (Podjetje in delo)* (7): 1626–1639.
- . 2011. „Etika pregona“. *Pravna praksa* 30 (45): 33.
- Johnson, Cathryn, Karen A. Hegtvædt, Leslie M. Brody in Krysia Wrobel Waldron. 2007. „Feeling injustice, expressing injustice: How gender and context matter“. *Social psychology of gender (Advances in group processes)* 24: 149–186.
- Jolls, Christine, Cass R. Sunstein in Richard Thaler. 1997. „A behavioral approach to law and economics“. *Stanford law review* 50: 1471.
- Jones, Ann. 2009. *Women who kill*. New York: Feminist Press - City University of New York.
- Jones, Mark in Peter Johnstone. 2012. *History of criminal justice*. Waltham: Elsevier.
- Kahneman, Daniel. 2011. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Kahneman, Daniel, Paul Slovic in Amos Tversky. 1982. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kahneman, Daniel in Amos Tversky. 1972. „Subjective probability: A judgement of representativeness“. *Cognitive psychology* 3 (3): 430–454.
- Kambič, Marko. 2006. „Razvoj kazenskega prava na Slovenskem do leta 1848“. V *Malefične svoboščine Ljubljančanov: Ljubljanski kazenski sodni red*, 145–163. Ljubljana: Pravna fakulteta.
- Kanduč, Zoran. 2007a. *Kriminologija: (stran)poti vede o (stran)poteh*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

———. 2007b. *Subjekti in objekti (ne)formalne socialne kontrole v kontekstu postmodernih tranzicij*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

Kane, John L. 2009. *United States v. John Brownfield, jr.: Memorandum opinion and order on sentencing*. U. S. District Court of Colorado.

URL: <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/us/20100303brownfield-opinion-order.pdf>

Kant, Immanuel. 1996. *The metaphysics of morals*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kapardis, Andreas. 2009. *Psychology and law: A critical introduction*. Cambridge: Cambridge University Press.

Karstedt, Susanne. 2001. „Comparing cultures, comparing crime: Challenges, prospects and problems for a global criminology“. *Crime, law and social change* 36 (3): 285–308.

Karstedt, Susanne, Ian Loader in Heather Strang, ur. 2011. *Emotions, crime and justice*. Oxford; Portland: Hart.

Kautt, Paula. 2009. „Heuristic influences over offense seriousness calculations: A multilevel investigation of racial disparity under Sentencing guidelines“. *Punishment & society* 11 (2): 191–218.

Kelly, Meaghan. 2008. „Lock them up – and throw away the key: The preventive detention of sex offenders in the United States and Germany“. *Georgetown journal of international law* 39 (3): 551–576.

Kemshall, Hazel in Mike Maguire. 2001. „Public protection, partnership and risk penalty: The multi-agency risk management of sexual and violent offenders“. *Punishment & society* 3 (2): 237–264.

Kensey, Annie in Pierre Tournier. 1999. „Prison population inflation, overcrowding and recidivism: The situation in France“. *European journal on criminal policy and research* 7 (1): 97–119.

King, Nancy J. 2012. „Procedure at sentencing“. V *The Oxford handbook of sentencing and corrections*, uredila Joan Petersilia in Kevin R. Reitz, 317–335. Oxford: Oxford University Press.

Klein, David E. in Gregory Mitchell. 2010. *The psychology of judicial decision making*. Oxford: Oxford University Press.

Kmet, Saša. 2011. *Vloga čustev v delovanju kazenskopravnega sistema v postmodernem kontekstu (Doktorska disertacija)*. Ljubljana: [S. Kmet].

———. 2012a. „Pomen obdolženčevega kesanja v kazenskem postopku“. *Pravna praksa* 31 (2): 11–13.

- . 2012b. „Kontroverze ‚nepravnihi‘ dejavnikov sojenja v kazenskem postopku“. *Pravna praksa* 31 (33): VI–VII.
- Kobe, Peter. 1959. „Individualizacija kazenskih sankcij in njen odraz v kazenskem postopku“. *Zbornik znanstvenih razprav* 29: 111–133.
- Kosem, Fedor. 2001. „Odmera kazni kot del sodne odločitve in kot del obrazložitve sodne odločbe“. *Pravosodni bilten* 22 (2): 89–95.
- Kutateladze, Besiki in Angela M. Crossman. 2009. „An exploratory analysis of gender differences in punitiveness in two countries“. *International criminal justice review* 19 (3): 322–343.
- Lacey, Nicola. 2007. *The prisoners' dilemma: Political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lakoff, George. 1990. *Women, fire, and dangerous things*. Chicago: University Of Chicago Press.
- Lappi-Seppälä, Tapio. 2001. „Sentencing and punishment in Finland“. V *Sentencing and sanctions in western countries*, uredila Michael H. Tonry in Richard S. Frase, 92–150. Oxford: Oxford University Press.
- . 2011. „Explaining imprisonment in Europe“. *European journal of criminology* 8 (4): 303–328.
- . 2012. „Explaining national differences in the use of imprisonment“. V *Resisting punitiveness in Europe? Welfare, human rights and democracy*, uredila Sonja Snacken in Els Dumortier, 35–72. Abingdon, New York: Routledge.
- Lazarus, Liora. 2004. *Contrasting prisoners' rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Lehrer, Jonah. 2009. *How we decide*. Boston; New York: Houghton Mifflin Harcourt.
- Leipold, Andrew D. 2005. „Why are federal judges so acquittal prone?“ *Washington University law quarterly* 83 (1): 151–227.
- Levesque, Roger J. R. 2006. *The psychology and law of criminal justice processes*. New York: Nova Publishers.
- Lévy, René. 2007. „Pardons and amnesties as policy instruments in contemporary France“. *Crime and justice* 36 (1): 551–590.
- Lippke, Richard L. 2012. „Anchoring the sentencing scale: A modest proposal“. *Theoretical criminology* 16 (4): 463–480.
- Lo, Stefan H. C., Ian Dobinson in Wing Hong Chui. 2004. „Sentencing for drug offences in Hong Kong: An overview“. *Hong Kong law journal* 34 (1): 13–46.
- Loader, Ian. 2006. „Fall of the ‚Platonic guardians‘: Liberalism, criminology and political responses to crime in England and Wales“. *British journal of criminology* 46 (4): 561–586.

- . 2008. „The anti-politics of crime“. *Theoretical criminology* 12 (3): 399–410.
- . 2009. „Ice cream and incarceration: On appetites for security and punishment“. *Punishment & society* 11 (2): 241–257.
- Loader, Ian, in Richard Sparks. 2010. *Public criminology? Criminological politics in the twenty-first century*. London: Routledge.
- Lord Carter of Coles. 2007. „Lord Carter’s Review of Prisons: Securing the future, Proposals for the efficient and sustainable use of custody in England and Wales“. London: House of Lords.  
URL: [http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/05\\_12\\_07\\_prisons.pdf](http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/05_12_07_prisons.pdf)
- Lovegrove, Austin. 1989. *Judicial decision making, sentencing policy and numerical guidance*. New York: Springer.
- . 2006. *The framework of judicial sentencing: A study in legal decision making*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lynett, Elizabeth in Richard Rogers. 2000. „Emotions overriding forensic opinions: The potentially biasing effects of victim statements“. *Journal of psychiatry and law* 28 (3): 449.
- Mackenzie, Doris L. 2001. „Sentencing and corrections in the 21<sup>st</sup> century: Setting the stage for the future“. Washington: National Institute of Justice.
- Malešević, Maja. 2008. „Sodnik za izvrševanje kazenskih sankcij“. *Pravna praksa* 27 (41): I–VIII.
- Manna, Adelmo in Enrico Infante. 2000. *Criminal justice systems in Europe: Italy*. Helsinki: HEUNI.
- Mannozi, Grazia. 2002. „Are guided sentencing and sentence bargaining incompatible? Perspectives of reform in the Italian legal system“. V *Sentencing and society – International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 110–132. Aldershot: Ashgate.
- Marinko, Janko. 2010. „Sporazumevanje v nemškem kazenskem postopku“. *Pravna praksa* 29 (24/25): V–VIII.
- Markelj, Luka. 2009. „Ekonomska analiza kazenskih sankcij“. *Podjetje in delo* 35 (2): 456–481.
- Maroney, Terry A. 2011a. „The persistent cultural script of judicial dispassion“. *California law review* 99 (2): 629–681.
- . 2011b. „Emotional regulation and judicial behavior“. *California law review* 99 (6): 1481–1553.
- . 2012. „Angry judges“. *Vanderbilt law review* 65 (2): 1207–1286.
- Martel, Joane. 2010. „Remorse and the production of truth“. *Punishment & society* 12 (4): 414–437.

- Martin, Eugenio G. in Carmen H. Alonso. 1997. „Influence of the prosecutor’s plea on the judge’s sentencing in sexual crimes: Hypothesis of the theory of anchoring by Tversky and Kahneman“. V *Advances in psychology and law: International contributions*, uredili Santiago Redondo, Vicente Garrido, Jorge Pérez in Rosemary Barberet, 215–226. Berlin: Walter de Gruyter.
- Martinson, Robert. 1974. „What works? Questions and answers about prison reform“. *The Public Interest* 35: 22–54.
- Maruna, Shadd. 2009. „Redeeming redemption as a criminological concept“. V *IX. conference of the European Society of Criminology*. Ljubljana.  
URL: [http://videolectures.net/esc09\\_maruna\\_rrc/](http://videolectures.net/esc09_maruna_rrc/).
- Mauer, Marc. 2001. „The causes and consequences of prison growth in the United States“. *Punishment & society* 3 (1): 9–20.
- McDermott, Yvonne. 2010. „Yong Vui Kong v. Public Prosecutor and the mandatory death penalty for drug offences in Singapore: A dead end for constitutional challenge?“ *International journal on human rights and drug policy* 10 (1): 35–52.
- Melossi, Dario. 2008. *Controlling crime, controlling society: Thinking about crime in Europe and America*. Cambridge: Polity.
- Merkel, Grischa. 2010. „Incompatible contrasts - Preventive detention in Germany and the European Convention on Human Rights“. *German law journal* 11 (9): 1046–1066.
- Messing, Jill T. in John W. Heeren. 2009. „Gendered justice: Domestic homicide and the death penalty“. *Feminist criminology* 4 (2): 170–188.
- Meško, Gorazd, Chuck Fields in Tomaž Smole. 2011. „A concise overview of penology and penal practice in slovenia: The unchanged capacity, new standards, and prison overcrowding“. *The prison journal* 91 (4): 398–424.
- Meško, Gorazd in Maja Jere. 2012. „Crime, criminal justice and criminology in Slovenia“. *European journal of criminology* 9 (3): 323–334.
- Michaelsen, Christopher. 2012. „‘From Strasbourg, with love’: Preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights“. *Human rights law review* 12 (1): 148–167.
- Miller, Marc L. 2005. „A map of sentencing and a compass for judges: Sentencing information systems, transparency, and the next generation of reform“. *Columbia law review* 105 (4): 1351–1395.
- Miller, William Ian. 1990. *Bloodtaking and peacemaking: Feud, law, and society in saga Iceland*. Chicago: University of Chicago Press.

- Millie, Andrew, Jessica Jacobson in Mike Hough. 2003. „Understanding the growth in the prison population in England and Wales“. *Criminal justice* 3 (4): 369–387.
- Millie, Andrew, Jacqueline Tombs in Mike Hough. 2007. „Borderline sentencing: A comparison of sentencers' decision making in England and Wales, and Scotland“. *Criminology and criminal justice* 7 (3): 243–267.
- Ministrstvo za pravosodje. 2010. „Sodna statistika 2009“. Ljubljana: Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije.
- . 2011a. „Sodna statistika 2010“. Ljubljana: Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije.
- . 2011b. „Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku (EVA 2010-2011-0009), predlog za obravnavo, novo gradivo št. 2“. Ljubljana: Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije.
- . 2012. „Sodna statistika 2011“. Ljubljana: Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije.
- Minnesota Sentencing Guidelines Commission. 2012a. „Minnesota sentencing guidelines and commentary“. Saint Paul: Minnesota Sentencing Guidelines Commission.  
URL:<http://www.msgc.state.mn.us/guidelines/2012%20MN%20Sentencing%20Guidelines%20and%20Commentary.pdf>
- . 2012b. „Minnesota sentencing guidelines grid“. Saint Paul: Minnesota Sentencing Guidelines Commission.  
URL:<http://www.msgc.state.mn.us/guidelines/grids/2012%20MN%20Sentencing%20Guidelines%20Grid.pdf>
- Monahan, John. 2006. „A jurisprudence of risk assessment: Forecasting harm among prisoners, predators, and patients“. *Virginia law review* 92 (3): 391–435.
- Monsieurs, Annemie, Miet Vanderhallen in Joëlle Rozie. 2011. „Towards greater consistency in sentencing: Findings from a survey of Belgian magistrates“. *European journal of criminology* 8 (1): 6–16.
- Morgan, Neil. 2002. „A sentencing matrix for Western Australia: Accountability and transparency or smoke and mirrors?“ V *Sentencing and society - International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 65–89. Aldershot: Ashgate.
- Morgan, Rodney in Christopher M. V. Clarkson. 1995. „The politics of sentencing reform“. V *The politics of sentencing reform*, uredila Christopher M. V. Clarkson in Rodney Morgan, 1–16. Oxford: Oxford University Press.
- Morris, Norval. 1974. *The future of imprisonment*. Chicago: University of Chicago Press.

- . 2009. „Incapacitation within limits“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 90–94. Oxford, Portland: Hart.
- Morris, Norval in Michael H. Tonry. 1990. *Between prison and probation: Intermediate punishments in a rational sentencing system*. New York: Oxford University Press.
- Mozetič, Polona. 2006. „Napake sodišč pri odločanju“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 57 (4): 317–330.
- Muhlhausen, David B. 2004. „The determination of sentencing in Pennsylvania: Do the characteristics of judges matter?“ Washington: The Heritage Foundation.
- Murphy, Jeffrie G. 2012. *Punishment and the moral emotions: Essays in law, morality, and religion*. Oxford University Press.
- Muršič, Mitja. 2008. *Strukturne kontingence emocionalne fenomenologije medosebne nasilnosti (Doktorska disertacija)*. Ljubljana: [M. Muršič].
- Mussweiler, Thomas, Birte English in Fritz Strack. 2012. „Anchoring effect“. V *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, uredil Rüdiger F. Pohl, 183–200. London: Psychology Press.
- Mussweiler, Thomas in Fritz Strack. 2001. „Considering the impossible: Explaining the effects of implausible anchors“. *Social cognition* 19 (2): 145–160.
- Myers, Bryan, in Edith Greene. 2004. „The prejudicial nature of victim impact statements: Implications for capital sentencing policy“. *Psychology, public policy and law* 10 (4): 492–515.
- Nelken, David. 2005. „When is a society non-punitive? The Italian case“. V *The new punitiveness: Trends, theories, perspectives*, uredili John Pratt, David Brown, Mark Brown, Simon Hallsworth in Wayne Morrison, 218–235. Cullompton; Portland: Willan.
- . 2006. „Patterns of punitiveness“. *Modern law review* 69 (2): 262–277.
- . 2009. „Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism“. *European journal of criminology* 6 (4): 291–311.
- . 2010. *Comparative criminal justice: Making sense of difference*. London: Sage.
- Van Ness, Daniel W. in Karen Heetderks Strong. 2010. *Restoring justice: An introduction to restorative justice*. New Providence: Lexis Nexis - Anderson.
- Nestler, Cornelius. 2003. „Sentencing in Germany“. *Buffalo criminal law review* 7 (1): 109–138.
- Newman, Graeme R., ur. 2010. *Crime and Punishment around the World [4 volumes]*. Santa Barbara: ABC-CLIO.



- „Nina Betetto: Sodnik ne more biti človek brez vonja, barve in okusa“. 2012. Intervjuvala Majda Vukelić. Sobotna priloga, Delo, 9. december 2012. URL: <http://www.delo.si/zgodbe/sobotnapriloga/nina-betetto-sodnik-ne-more-biti-clovek-brez-vonja-barve-in-okusa.html>.
- Nissan, Ephraim. 2012. *Computer applications for handling legal evidence, police investigation and case argumentation*. New York: Springer.
- O’Flaherty, Hugh. 2002. „Punishment and the popular mind: How much is enough?“ V *Criminal justice in Ireland*, uredil Paul O’Mahony, 371–383. Dublin: Institute of public administration.
- O’Hear, Michael M. 2009. „Explaining sentences“. *Florida State University law review* 36 (3): 8–23.
- . 2011. „Beyond rehabilitation: A new theory of indeterminate sentencing“. *American criminal law review* 48 (3): 1247–1333.
- Ostruh, Boris. 2012. „Odmera kazni na podlagi sporazuma o priznanju krivde - analiza primera“. *Zbornik 5. konference kazenskega prava in kriminologije* 5: 101–107.
- Padovani, Tullio. 2008. *Diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore.
- Palmer, Louis J. 1998. *The death penalty: An American citizen’s guide to understanding federal and state laws*. Jefferson: McFarland.
- Palmer, Ted 1975. „Martinson revisited“. *Journal of research in crime and delinquency* 12 (2): 133–152.
- Palys, Ted S. in Stan Divorski. 1986. „Explaining sentence disparity“. *Canadian journal of criminology* 28 (4): 347–362.
- Parent, Dale G. 1989. *Structuring criminal sentences: The evolution of Minnesota’s sentencing guidelines*. Stoneham: Butterworth Legal Publishers.
- Partnoy, Frank. 2012. *Wait: The useful art of procrastination*. Profile Books.
- Pavčnik, Marijan. 2004. *Argumentacija v pravu: Od življenjskega primera do pravne odločitve*. 2. spremenjena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
- Persson, Anders in Kerstin Svensson. 2012. „Shades of professionalism: Risk assessment in pre-sentence reports in Sweden“. *European journal of criminology* 9 (2): 176–190.
- Petrovec, Dragan. 1998a. *Kazen brez zločina: Prispevek k ideologijam kaznovanja*. Ljubljana: Studia Humanitatis.
- . 1998b. „Nova država - nova kaznovalna ideologija in praksa?“ *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 49 (3): 238–244.
- . 2005a. *Kult žrtve*. Ljubljana: GV založba.

- . 2005b. „Raba in zloraba žrtve“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 56 (1): 45–53.
- . 2007. „O kaznovanju in kazenskih sankcijah“. V *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*, uredila Alenka Šelih, 273–282. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- . 2011. „Etika pri pravnem odločanju“. *Pravna praksa* 30 (50): 15–16.
- Petrovec, Dragan in Mitja Muršič. 2011. „Science fiction: Opening prison institutions (The Slovenian penological heritage)“. *The prison journal* 91 (4): 425–447.
- Petrovec, Dragan in Mojca M. Plesničar. 2009. „Percepcija ženske kriminalitete z vidika odmere kazni“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 60 (2): 91–105.
- Pettit, Philip N. 2002. „Is criminal justice politically feasible?“ *Buffalo criminal law review* 5 (2): 427–450.
- Pizzi, William T. 2008. „Sentencing in the US: An inquisitorial soul in an adversarial body?“ V *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: Essays in honour of professor Mirjan Damaška*, uredili John D. Jackson, Máximo Langer in Peter Tillers, 65–79. Oxford; Portland: Hart.
- Plesničar, Mojca M. 2005. „Staroislandska družba - ko sporov ne rešuje država“. *Pamfil*: 32–36.
- . 2012a. „Slovenska ureditev pogojnega odpusta v luči sodobnih razvojnih trendov“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 63 (2): 136–148.
- . 2012b. „Ženske in kriminaliteta“. V *Nežnejši spol? Ženske, nasilje in kazenskopravni sistem*, uredila Mojca M. Plesničar, 1–18. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- . 2012c. „Politics in criminal justice“ predstavljeno na Reconsidering democracy: (New) theories, policies and social practices (CEE Forum), 23. marec 2012, Celje.
- . 2012d. „How to deal with overcrowding?“ predstavljeno na Re-imagining Imprisonment in Europe: Common challenges, diverse policies and practice (Scribani conference), 5. september 2012, Dublin.
- . 2013. „The individualization of punishment: Sentencing in Slovenia“. *European Journal of Criminology* (sprejeto v objavo).
- Plous, Scott. 1993. *The psychology of judgment and decision making*. New York: McGraw-Hill.
- Pohl, Rüdiger F. 2012. *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. Psychology Press.
- Polegek, Boštjan. 2011. „Izredna omilitev kazni: odprava ali prenova?“ *Pravna praksa* 30 (34): 17–19.

- Poletti, Patrizia in Hugh Donnelly. 2001. „The impact of the standard non-parole period sentencing scheme on sentencing patterns in New South Wales“. Sydney: Judicial Commission of New South Wales.
- Pollak, Otto. 1950. *The criminality of women*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Porter, Nicole D. 2013. „The state of sentencing 2012: Developments in policy and practice“. Washington: The sentencing project.
- Posner, Richard A. 1985. „An economic theory of the criminal law“. *Columbia law review* 85 (6): 1193–1231.
- . 1998. „Rational choice, behavioral economics, and the law“. *Stanford law review* 50 (5): 1551–1576.
- . 2009. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pradel, Jean. 2002. *Droit pénal comparé*. Paris: Dalloz.
- . 2008. „Criminal law“. V *Introduction to French law*, uredila George A. Bermann in Étienne Picard, 103–126. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Pratt, John. 2007. *Penal populism*. London; New York: Routledge.
- Pratt, John, David Brown, Mark Brown, Simon Hallsworth in Wayne Morrison, ur. 2005. *The new punitiveness: Trends, theories, perspectives*. Cullompton; Portland: Willan.
- Pratt, Travis C., Jacinta M. Gau in Travis W. Franklin. 2010. *Key ideas in criminology and criminal justice*. Thousand Oakes: Sage.
- Proeve, Michael in Steven Tudor. 2010. *Remorse: Psychological and jurisprudential perspectives*. Farnham, Burlington: Ashgate.
- Provine, Doris Marie. 1998. „Too many black men: The sentencing judge's dilemma“. *Law & social inquiry* 23 (4): 823–856.
- Quattrone, George A. 1982. „Overattribution and unit formation: When behavior engulfs the person“. *Journal of personality and social psychology* 42 (4): 593–607.
- Ramdhan, Stacy in Lisa Bissessar. 2011. *Recidivism*. Norderstedt: GRIN Verlag.
- Ramsay, Peter. 2011. „A political theory of imprisonment for public protection“. V *Retributivism has a past: Has it a future?*, uredil Michael Tonry, 130–154. Oxford: Oxford University Press.
- Raynor, Peter. 2004. „Rehabilitative and reintegrative approaches“. V *Alternatives to prison: Options for and insecure society*, uredili Anthony Bottoms, Sue Rex in Gwen Robinson, 199–217. Cullompton: Willan.

- Reitz, Kevin R. 2001. „The disassembly and reassembly of U.S. sentencing practices“. V *Sentencing and sanctions in western countries*, uredila Michael H. Tonry in Richard S. Frase, 222–258. Oxford: Oxford University Press.
- . 2005. „The new sentencing conundrum: Policy and constitutional law at cross-purposes“. *Columbia law review* 105 (4): 1082–1123.
- . 2011. „Proof of aggravating and mitigating facts at sentencing“. V *Mitigation and aggravation at sentencing*, uredil Julian V. Roberts, 228–246. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2012. „The ‚traditional‘ indeterminate sentencing model“. V *The Oxford handbook of sentencing and corrections*, uredila Joan Petersilia in Kevin R. Reitz, 270–298. Oxford: Oxford University Press.
- Rex, Sue in Michael H. Tonry, ur. 2002. *Reform and punishment: The future of sentencing*. Cullompton; Portland: Willan.
- Ritov, Ilana in Jonathan Baron. 1992. „Status-quo and omission biases“. *Journal of risk and uncertainty* 5 (1): 49–61.
- Roberts, Julian V. 2008a. „Reducing the use of custody as a sanction: A review of recent interantional experiences“. V *Tackling prison overcrowding: Build more prisons? Sentence fewer offenders?*, uredili Mike Hough, Rob Allen in Enver Solomon. Bristol: The Policy Press.
- . 2008b. „Aggravating and mitigating factors at sentencing: Towards greater consistency of application“. *Criminal law review*: 264–276.
- . 2008c. *Punishing persistent offenders: Exploring community and offender perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- . 2009a. „Structuring sentencing discretion“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 229–236. Oxford; Portland: Hart.
- . 2009b. „Revisiting the recidivist sentencing premium“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew Von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 148–158. Oxford, Portland: Hart.
- . 2009c. „Restorative Justice“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 163–172. Oxford, Portland: Hart.
- . 2011a. „Sentencing guidelines and judicial discretion: Evolution of the duty of courts to comply in England and Wales“. *British journal of criminology* 51 (6): 997–1025.
- . ur. 2011b. *Mitigation and aggravation at sentencing*. Cambridge: Cambridge University Press.

———. 2012a. „Sentencing guidelines in England and Wales: Recent developments and emerging issues“ predstavljeno na The effects of different sentencing reforms, Research Workshop of the Israeli Science Foundation ISF, 3. januar 2012, Haifa.

URL:<http://weblaw.haifa.ac.il/he/Events/Punishment/Documents/Julian%20Roberts.pdf>

———. 2012b. „Crime victims, sentencing and release from prison“. V *The Oxford handbook of sentencing and corrections*, uredila Joan Petersilia in Kevin R. Reitz, 104–129. Oxford: Oxford University Press.

———. 2012c. „Structured sentencing: Lessons from England and Wales for common law jurisdictions“. *Punishment & society* 14 (3): 267–288.

Roberts, Julian V. in David P. Cole. 1999. *Making sense of sentencing*. Toronto: University of Toronto Press.

Roberts, Julian V. in Allen Edgar. 2006. „Victim impact statements at sentencing: Judicial experiences and perceptions“. Toronto: Department of Justice Canada.

Roberts, Julian V. in Edna Erez. 2004. „Communication in sentencing: Exploring the expressive function of victim impact statements“. *International review of victimology* 10 (3): 223–244.

Roberts, Julian V., Mike Hough, Jonathan Jackson in Monica M. Gerber. 2012. „Public opinion towards the lay magistracy and the Sentencing Council guidelines - The effects of information on attitudes“. *British journal of criminology* 52 (6): 1072-1091.

Roberts, Julian V. in Andrew von Hirsch. 2010. *Previous convictions at sentencing: Theoretical and applied perspectives*. Oxford; Portland: Hart.

Roberts, Julian V. in Mike Hough. 2005. *Understanding public attitudes to criminal justice*. Buckingham: Open University Press.

Roberts, Julian V., Loretta L. Stalans, David Indermaur in Mike Hough. 2003. *Populism and public opinion: Lessons from five countries*. Oxford: Oxford University Press.

Roberts, Rodney C. 2011. „Utilitarianism and the morality of indefinite detention“. *Criminal justice ethics* 30 (1): 69–73.

Roberts, Victoria A. 2007. „Federal sentencing post-Booker“. *Michigan Bar journal* 86 (12): 30–32.

Robinson, Paul H. 2001. „Punishing dangerousness: Cloaking preventive detention as criminal justice“. *Harvard law review* 114 (5): 1429–1455.

- Robson, Leslie Lloyd. 1973. *The convict settlers of Australia: An enquiry into the origin and character of the convicts transported to New South Wales and Van Diemen's Land 1787-1852*. Melbourne University Press.
- Rose, Christopher. 2012. „RIP the IPP: A look back at the sentence of imprisonment for public protection“. *Journal of criminal law* 76 (4): 303–313.
- Ross, Jeffrey Ian. 2012. „Debunking the myths of American corrections: An exploratory analysis“. *Critical criminology* 20 (4): 409–427.
- Rowan, Mike. 2012. „Punishing from a sense of innocence: An essay on guilt, innocence, and punishment in America“. *Critical criminology* 20 (4): 377–394.
- Salecl, Renata. 2010. *Izbira*. Prevedel Marjana Karer. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Saillelles, Raymond. 2001. *L'individualisation de la peine*. Uredil Reynald Ottenhof. Ramonville Saint-Agne: Erès.
- . 2009. *The individualization of punishment*. Charleston: BiblioLife.
- Sanders, Andrew, Carolyn Hoyle, Rod Morgan in Ed Cape. 2001. „Victim impact statements: Don't work, can't work“. *Criminal law review*: 447–458.
- Sanders, Andrew, in Jones. 2011. „The victim in court“. V *Handbook of victims and victimology*, uredila Sandra Walklate, 282–308. Abingdon: Routledge.
- Savitsky, Douglas. 2012. „Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system“. *Rationality and society* 24 (2): 131–167.
- Schauer, Frederick. 2010. „Is there a psychology of judging?“ V *The psychology of judicial decision making*, uredila David E. Klein in Gregory Mitchell, 103–120. Oxford: Oxford University Press.
- Schild, Uri J. 2010. „Criminal sentencing and intelligent decision support“. V *Judicial applications of artificial intelligence*, uredila Giovanni Sartor in L. Karl Branting, 47–98. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Schulhofer, Stephen J., in Ilene H. Nagel. 1990. „Negotiated pleas under the Federal Sentencing Guidelines: The first fifteen months“. *American criminal law review* 27 (5): 231–290.
- Scott, Ryan W. 2010. „Inter-judge sentencing disparity after Booker: A first look“. *Stanford law review* 63 (1): 1–55.
- Selinšek, Liljana. 2007. *Kazensko pravo: Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: GV založba.
- Sentencing Commission Working Group. 2008. „Sentencing guidelines in England and Wales: An evolutionary approach“. London: Sentencing Commission working group.
- URL: <http://www.parliament.wa.gov.au/intranet/libpages.nsf/WebFiles/ITS+>

- +sent+councils+report+evolutionary+approach+08/\$FILE/sentencing-guidelines-evolutionary-approach.pdf
- Sentencing Council. 2011. „Assault - definitive guideline“. London: Sentencing Council.  
URL:[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Assault\\_definitive\\_guideline\\_-\\_Crown\\_Court.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Assault_definitive_guideline_-_Crown_Court.pdf)
- Sentencing Guidelines Council. 2004a. „Overarching principles: Seriousness“. Sentencing guideline.  
URL:[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_seriousness\\_guideline.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_seriousness_guideline.pdf)
- . 2004b. „Reduction in sentence for a guilty plea“. Sentencing guideline.  
URL:[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Reduction\\_in\\_Sentence\\_for\\_a\\_Guilty\\_Plea\\_-\\_Revised\\_2007.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Reduction_in_Sentence_for_a_Guilty_Plea_-_Revised_2007.pdf)
- Shapland, Joanna. 1981. *Between conviction and sentence: The process of mitigation*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Sherman, Lawrence W. 2009. „Evidence and liberty: The promise of experimental criminology“. *Journal of criminology and criminal justice* 9 (1): 5–28.
- Shienkel, Marguerite. 2012. „Long-term prisoners view of the purpose of their sentence“ predstavljeno na: Re-imagining imprisonment in Europe: Common challenges, diverse policies and practice (Scribani conference), 4. september 2012, Dublin.  
URL: <http://jcfj.ie/images/parallel/Marguerite%20Schinkel.pdf>
- Sigall, Harold, in Nancy Ostrove. 1975. „Beautiful but dangerous: Effects of offender attractiveness and nature of the crime on juridic judgment“. *Journal of personality and social psychology* 31 (3): 410–414.
- Sijerčić-Čolić, Hajrija, in Vildana Vranj. 2010. *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
- Simon, Jonathan. 2000. „Megan’s law: Crime and democracy in late modern America“. *Law & social inquiry* 25 (4): 1111–1150.
- . 2007. *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Oxford: Oxford University Press.
- Sisk, Gregory C., Michael Heise in Andrew P. Morriss. 1998. „Charting the influences on the judicial mind: An empirical study of judicial reasoning“. *New York University law review* 73 (5): 1377–1500.
- Smith, Philip. 2008. *Punishment and culture*. Chicago: University of Chicago Press.

- Songer, Donald R. in Kelley A. Crews-Meye. 2000. „Does judge gender matter? Decision making in state supreme courts“. *Social science quarterly* 81 (3): 750–762.
- Sonin, Konstantin. 2013. „Vaclav Klaus’s controversial amnesty“. *The Economist, Eastern approaches*.  
URL: <http://www.economist.com/blogs/easternapproaches/2013/01/czech-politics>.
- Spellman, Barbara. 2007. „On the supposed expertise of judges in evaluating evidence“. *University of Pennsylvania law review* 156 (1): 1–9.
- Spohn, Cassia C. 2002. *How do judges decide?: The search for fairness and justice in punishment*. Thousand Oakes: Sage.
- Sporer, Sigfried L. in Jane Goodman-Delahunty. 2009. „Disparities in sentencing decisions“. V *Social psychology of punishment of crime*, uredili Margit Oswald, Steffen Bieneck in Jörg Hupfeld-Heinemann, 379–401. Chichester: Wiley.
- Steffensmeier, Darrel J. in Robert M. Terry. 1973. „Deviance and respectability: An observational study of reactions to shoplifting“. *Social forces* 51 (4): 417–426.
- Stith, Kate. 2012. „Sentencing guidelines in Washington state“ predstavljeno na: The effects of different sentencing reforms, Research Workshop of the Israeli Science Foundation ISF, 3. januar 2012, Haifa.  
URL: <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Events/Punishment/Documents/Kate%20Stith.pdf>
- Stith, Kate in José A. Cabranes. 1998. *Fear of judging: Sentencing guidelines in the federal courts*. Chicago: University of Chicago Press.
- Stith, Kate in Michael E. O’Neill. 2003. „Federal sentencing guidelines symposium Yale Law School, November 8, 2002“. *Federal sentencing reporter* 15 (3): 156–159.
- Streng, Franz. 2007. „Sentencing in Germany: Basic questions and new developments“. *German law journal* 8 (2): 153–171.
- Strickland, Pat in Jacqueline Beard. 2012. „Sentences of imprisonment for public protection“. London: House of Commons Library.
- Studen, Andrej. 2004. *Rabljev zamah: K zgodovini kriminala in kaznovanja na Slovenskem od 16. do začetka 21. stoletja*. Ljubljana: Slovenska matica.
- Stuntz, William J. 2011. *The Collapse of American criminal justice*. Cambridge: Harvard University Press.



- Sunstein, Cass R., David Schkade, Lisa M. Ellman in Andres Sawicki. 2006. *Are judges political?: An empirical analysis of the federal judiciary*. Brookings Institution Press.
- Sunstein, Cass R., Daniel Kahneman, David Schkade in Ilana Ritov. 2001. „Predictably incoherent judgments“. *University of Chicago law & economics, Olin Working paper No. 131*.  
URL: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=279181](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=279181) (SSRN eLibrary)
- Sutherland, Edwin Hardin, Donald Ray Cressey in David F. Luckenbill. 1992. *Principles of criminology*. Boston: General Hall.
- Šelih, Alenka. 1990. *Sodna odmera kazni*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- . 1994. „Kaznene sankcije u radnom nacrtu Kaznenog zakonika Republike Slovenije“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (5-6): 537–546.
- . 2007a. „Kazenske sankcije in morebitne spremembe“. V *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*, uredila Alenka Šelih, 261–271. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- . 2007b. „Kazenski zakonik in stranska kazenska zakonodaja“. V *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*, uredila Alenka Šelih, 101–103. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- . 2009. „Načelo sorazmernosti in kazenske sankcije“. *Dnevi slovenskih pravnikov 2009 (Podjetje in delo)* (7): 1357–1368.
- . 2010. „Kaj je prinesel novi Zakon o izvrševanju kazenskih sankcij?“. *Pravna praksa* 29 (49/50): 6–9.
- Škrubej, Katja. 2010. *Pravo v zgodovini s poudarkom na razvoju na današnjem slovenskem prostoru: Odlomki virov s komentarji*. Ljubljana: GV založba.
- Šorli, Marko. 2004. „Enotna in ustaljena sodna praksa v kazenskih zadevah: Pomen odločb Vrhovnega sodišča za sodno prakso“. *Podjetje in delo* 30 (6/7): 1066–1071.
- . 2011. „Pogajanja med obdolžencem in obrambo“. *Dnevi slovenskih pravnikov 2011 (Podjetje in delo)* 37 (6/7): 1038–1046.
- Štajnpihler, Tilen. 2009. „Temelji obveznosti obrazložitve pravnih odločitev“. *Zbornik znanstvenih razprav* 69: 253–283.
- . 2011. *Precedenčni učinek sodnih odločb pri pravnem utemeljevanju (Doktorska disertacija)*. Ljubljana: [Tilen Štajnpihler].
- Šugman Stubbs, Katja. 2006. „Kategorizacija in stereotipiziranje ter njun pomen za kriminologijo“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 57 (1): 15–27.

- . 2011. „Plea bargaining: sociološki in psihološki vidiki“. *Zbornik 4. konference kazenskega prava in kriminologije* 4: 20–28.
- Šugman Stubbs, Katja in Matjaž Ambrož. 2010. „Slovenia“. V *Release from prison: European policy and practice*, uredili Nicola Padfield, Dirk Van Zyl Smit in Frieder Dünkel, 337–357. Cullompton; Portland: Willan.
- Šugman Stubbs, Katja in Primož Gorkič. 2009. „Denial of guilt“. V *The European arrest warrant in practice*, uredila Nico Keijzer in Elies van Sliedregt, 229–243. Hague: T. M. C. Asser Press.
- Tak, Peter J. 2001. „Dutch sentencing“. V *Sentencing and sanctions in western countries*, uredila Michael H. Tonry in Richard S. Frase, 151–187. Oxford: Oxford University Press.
- Tata, Cyrus. 1998. „The application of judicial intelligence and ‚rules‘ to systems supporting discretionary judicial decision-making“. *Artificial intelligence and law* 6 (2-4): 203–230.
- . 2002. „Accountability for the sentencing decision process: Towards a new understanding“. V *Sentencing and society: International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 399–428. Aldershot: Ashgate.
- . 2010. „A Sense of Justice: The role of pre-sentence reports in the production (and disruption) of guilt and guilty pleas“. *Punishment & society* 12 (3): 239–261.
- Tata, Cyrus, Nicola Burns, Simon Halliday, Neil Hutton in Fergus McNeill. 2008. „Assisting and advising the sentencing decision process: The pursuit of ‚quality‘ in pre-sentence reports“. *British journal of criminology* 48 (6): 835–855.
- Tata, Cyrus in Neil Hutton, ur. 2002. *Sentencing and society: International perspectives*. Aldershot: Ashgate.
- Tata, Cyrus, J. Wilson in Neil Hutton. 1996. „Representations of knowledge and discretionary decision-making by decision-support systems: The case of judicial sentencing“. *Journal of information, law and technology* 1 (2).
- Tella, María José Falcón y in Fernando Falcón y Tella. 2006. *Punishment and culture: A right to punish?* Leiden; Boston: Martinus Nijhoff.
- Terrill, Richard J. 2009. *World criminal justice systems: A survey*. Southington: Elsevier.
- Tetlock, Philip E. 2005. *Expert political judgment: How good is it? How can we know?* Princeton: Princeton University Press.
- Thaler, Richard H. in Cass R. Sunstein. 2009. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Revised & expanded. New York: Penguin Books.

- Thaler, Richard H., Cass R. Sunstein in John Balz. 2010. „Choice architecture“. SSRN Scholarly Paper ID 1583509.  
URL: <http://papers.ssrn.com/abstract=1583509> (SSRN eLibrary)
- Tham, Henrik. 2001. „Law and order as a leftist project?: The case of Sweden“. *Punishment & society* 3 (3): 409–426.
- Thomas, David A. 1974. „The control of discretion in the administration of criminal justice“. V *Crime, criminology and public policy – Essays in honour of Sir Leon Radzinowicz*, uredil Roger Hood. London: Heinemann.
- Tonry, Michael H. 1993. „The failure of the U.S. sentencing commission’s guidelines“. *Crime & delinquency* 39 (2): 131–149.
- . 1995. *Malign neglect: Race, crime, and punishment in America*. New York: Oxford University Press.
- . 1996. „Controlling prison population size“. *European journal on criminal policy and research* 4 (3): 26–45.
- . 1997. *Sentencing matters*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- . 1999. „Reconsidering indeterminate and structured sentencing“. *Sentencing and corrections* (2): 1–10.
- . 2001. „Punishment policies and patterns in western countries“. V *Sentencing and sanctions in western countries*, uredila Michael H. Tonry in Richard S. Frase, 3–28. Oxford: Oxford University Press.
- . 2004a. „Why aren’t German penal policies harsher and imprisonment rates higher?“ *German law journal* 5 (10): 1187–1206.
- . 2004b. *Punishment and politics: Evidence and emulation in the making of English crime control policy*. Cullompton: Willan.
- . 2007. „Determinants of penal policies“. V *Crime, punishment and politics in comparative perspective*. Chicago: University Of Chicago Press.
- . 2009a. „The mostly unintended effects of mandatory penalties: Two centuries of consistent findings“. *Crime and justice* 38 (1): 65–114.
- . 2009b. „Explanations of American punishment policies: A national history“. *Punishment & society* 11 (3): 377–394.
- , ur. 2011a. *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- . 2011b. „Introduction: Thinking about punishment“. V *Why punish? How much? A reader on punishment*, 3–28. Oxford; New York: Oxford University Press.

———. 2012. „Can twenty-first century punishment policies be justified in principle?“ V *Retributivism has a past: Has it a future?*, uredil Michael H. Tonry, 3–29. Oxford University Press.

Tonry, Michael H. in Richard S. Frase, ur. 2001. *Sentencing and sanctions in western countries*. Oxford: Oxford University Press.

Tonry, Michael H. in Kathleen Hatlestad, ur. 1997. *Sentencing reform in overcrowded times: A comparative perspective*. Oxford, New York: Oxford University Press.

Tratnik Zagorac, Andreja. 2011. „Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek“. *Zbornik znanstvenih razprav* 71: 205–236.

———. 2013. *Pogajanja o priznanju krivde: Pravni in kriminalitetno-politicni vidiki (Doktorska disertacija)*. Ljubljana: [Andreja Tratnik Zagorac].

Tucker, John H. 2012. „How fair are federal sentencing guidelines? One skeptical district judge weighs in“. *River Front Times*, 2. maj 2012.

URL:[http://blogs.riverfronttimes.com/dailyrft/2012/05/judge\\_kane\\_john\\_brownfield\\_federal\\_sentencing\\_guidelines.php](http://blogs.riverfronttimes.com/dailyrft/2012/05/judge_kane_john_brownfield_federal_sentencing_guidelines.php).

Tversky, Amos, in Daniel Kahneman. 1974. „Judgment under uncertainty: Heuristics and biases“. *Science* 185 (4157): 1124–1131.

———. 1981. „The framing of decisions and the psychology of choice“. *Science* 211 (4481): 453–458.

———. 1982. „Judgments of and by representativeness“. V *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, uredili Daniel Kahneman, Paul Slovic in Amos Tversky, 84–100. Cambridge: Cambridge University Press.

UIKS. 2009. „Letno poročilo 2008“. Ljubljana: Uprava za izvrševanje kazenskih sankcij.

———. 2010. „Letno poročilo 2009“. Ljubljana: Uprava za izvrševanje kazenskih sankcij.

———. 2011. „Letno poročilo 2010“. Ljubljana: Uprava za izvrševanje kazenskih

———. 2012. „Letno poročilo 2011“. Ljubljana: Uprava za izvrševanje kazenskih sankcij.

Ule, Mirjana. 2000. *Temelji socialne psihologije*. Ljubljana: Znanstveno in publicistično središče.

Ulmer, Jeffery T., Megan C. Kurlychek in John H. Kramer. 2007. „Prosecutorial discretion and the imposition of mandatory minimum sentences“. *Journal of research in crime and delinquency* 44 (4): 427–458.

- Ulmer, Jeffery T. 1997. *Social worlds of sentencing: Court communities under sentencing guidelines*. Albany: SUNY Press.
- Van Zyl Smit, Dirk. 2002. „Mandatory sentences: A conundrum for the new South Africa“. V *Sentencing and society – International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 90–109. Aldershot: Ashgate.
- . 2010. „Outlawing irreducible life sentences: Europe on the brink?“ *Federal sentencing reporter* 23 (1): 39–48.
- Van Zyl Smit, Dirk in John R. Spencer. 2010. „The European dimension to the release of sentenced prisoners“. V *Release from prison: European policy and practice*, uredili Nicola Padfield, Dirk Van Zyl Smit in Frieder Dünkel, 9–46. Cullompton; Portland: Willan.
- Vilfan, Sergij. 1996. *Pravna zgodovina Slovencev (od naselitve do zloma stare Jugoslavije)*. Ponatis 1. izdaje iz l. 1961. Ljubljana: Slovenska matica.
- Vrhovno državno tožilstvo. 2012. „Skupno poročilo o delu državnih tožilstev 2011“. Ljubljana: Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije.
- Wacquant, Loïc. 1999. „`Suitable enemies': Foreigners and immigrants in the prisons of Europe“. *Punishment & society* 1 (2): 215–222.
- . 2001. „Deadly symbiosis: When ghetto and prison meet and mesh“. *Punishment & society* 3 (1): 95–133.
- . 2009a. *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*. Durham: Duke University Press.
- . 2009b. *Prisons of poverty*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Wade, Lisa. 2013. „Socimages' contributor talks about beauty culture with Katie Couric“. Blog. *The Society Pages - SocImages*. 27. januar 2013.  
URL: <http://thesocietypages.org/socimages/2013/01/27/socimages-contributor-talks-about-beauty-culture-with-katie-couric/>.
- Walker, Nigel. 1999. *Aggravation, mitigation and mercy in English criminal justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Walklate, Sandra. 2004. *Gender, crime, and criminal justice*. Cullompton: Willan.
- . 2012. „Who is the victim of crime? Paying homage to the work of Richard Quinney“. *Crime, media, culture* 8 (2): 173–184.
- Walmsley, Roy. 2011. „World prison population list (9<sup>th</sup> edition)“. London: International Centre for Prison Studies, King's College London.
- Wandall, Rasmus H. 2008. *Decisions to imprison*. Aldershot: Ashgate.
- . 2010. „Resisting risk assessment? Pre-sentence reports and individualized sentencing in Denmark“. *Punishment & society* 12 (3): 329–347.

- Ward, Tony in Shadd Maruna. 2007. *Rehabilitation*. Abingdon, New York: Routledge.
- Wasik, Martin. 2003. „Sentencing guidelines: Past, present, and future“. *Current legal problems* 56 (1): 239–264.
- . 2008. „Sentencing guidelines in England and Wales - State of the art?“ *Criminal law review*: 253–263.
- Weber, Nana. 2011. „Pogojni odpust pod drobnogledom“. *Pravna praksa* 30 (13): 7–9.
- Wegener, Duane T., Richard E. Petty, Brian T. Detweiler-Bedell in W. Blair G. Jarvis. 2001. „Implications of attitude change theories for numerical anchoring: Anchor plausibility and the limits of anchor effectiveness“. *Journal of experimental social psychology* 37 (1): 62–69.
- Weigend, Thomas. 1983. „Sentencing in West Germany“. *Maryland law review* 42 (7): 36–89.
- . 2001. „Sentencing and punishment in Germany“. V *Sentencing and sanctions in western countries*, uredila Michael H. Tonry in Richard S. Frase, 188–221. Oxford: Oxford University Press.
- . 2008. „The Decay of the inquisitorial ideal: Plea bargaining invades German criminal procedure“. V *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: Essays in honour of professor Mirjan Damaška*, uredili John D. Jackson, Máximo Langer in Peter Tillers, 39–63. Oxford; Portland: Hart.
- Weinstein, Jack B. 1993. „Memorandum“. *Federal sentencing reporter* 5 (5): 298–298.
- Weisberg, Robert. 2012. „Reality-challenged philosophies of punishment“. *Marquette law review* 95 (4): 1203–1252.
- Whitman, James Q. 2003. *Harsh justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Williams, Marian R. 1999. „Gender and sentencing: An analysis of indicators“. *Criminal justice policy review* 10 (4): 471–490.
- Wilson, Timothy D. in Jonathan W. Schooler. 1991. „Thinking too much: Introspection can reduce the quality of preferences and decisions“. *Journal of personality and social psychology* 60 (2): 181–192.
- Wood, Peter B. in R. Gregory Dunaway. 2003. „Consequences of truth-in-sentencing: The Mississippi case“. *Punishment & society* 5 (2): 139–154.
- Worrall, Anne. 1990. *Offending women: Female lawbreakers and the criminal justice system*. London; New York: Routledge.
- Worrall, John L. 2004. „The effect of three-strikes legislation on serious crime in California“. *Journal of criminal justice* 32 (4): 283–296.

- Wright, Ronald F. 2012. „Charging and plea bargaining as forms of sentencing discretion“. V *The Oxford handbook of sentencing and corrections*, uredila Joan Petersilia in Kevin R. Reitz, 247–269. Oxford: Oxford University Press.
- Young, Jock. 1999. *The exclusive society: Social exclusion, crime and difference in late modernity*. Thousand Oakes: Sage.
- Young, Warren in Claire Browning. 2008. „New Zealand’s sentencing council“. *Criminal law review*: 287–298.
- Young, Warren in Andrea King. 2010. „Sentencing practice and guidance in New Zealand“. *Federal sentencing reporter* 22 (4): 254–261.
- Yue, Liling. 2002. „Legislation and practice of sentencing in China“. V *Sentencing and society: International perspectives*, uredila Cyrus Tata in Neil Hutton, 133–138. Aldershot: Ashgate.
- Zaibert, Leo. 2012. „Why compare? Comments on Kevin Jon Heller and Markus D. Dubber’s ‚The handbook of comparative criminal law‘“. *University of Toronto law journal* 62 (2): 277–292.
- Završnik, Aleš. 2008. „Konceptualne zagate restorativne pravičnosti - nova paradigma modernega odzivanja na kriminaliteto“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 59 (2): 125–140.
- Zebec Koren, Marko. 1992. „Kako misliti resocializacijo“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 43 (3): 227–239.
- Zedner, Lucia. 1998. „Sentencing young offenders“. V *Fundamentals of sentencing theory: Essays in honour of Andrew von Hirsh*, uredila Andrew Ashworth in Martin Wasik, 165–186. Oxford: Oxford University Press.
- Zernova, Margarita. 2007. *Restorative justice: Ideas and realities*. Aldershot; Burlington: Ashgate.
- Zgaga, Sabina. 2009. „Odmera kazni v mednarodnem kazenskem pravu“. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 60 (3): 199–210.
- Zimring, Franklin E. 2009. „Rationales for distinctive penal policies for youth offenders“. V *Principled sentencing: Readings on theory and policy*, uredili Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian V. Roberts, 316–322. Oxford; Portland: Hart.
- . *The great American crime decline*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Zimring, Franklin E., Gordon Hawkins in Sam Kamin. 2003. *Punishment and democracy – Three strikes and you’re out in California*. Oxford: Oxford University Press US.

Zimring, Franklin E. in David T. Johnson. 2006. „Public opinion and the governance of punishment in democratic political systems“. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 605 (1): 265–280.







## *Zahvala*

*Za vztrajne spodbude, potrpežljivost in vsestransko pomoč sem hvaležna mentorici Katji Šugman Stubbs, za ponujeno priložnost in širjenje obzorja pa somentorici Renati Salecl. Posebna zahvala gre sodelavcem na inštitutu, ki poleg odličnega raziskovalnega okolja sooblikujejo tudi izjemno socialno vzdušje. Hvaležna sem kolegom na inštitutu in fakulteti, ki so skozi plodne debate spodbudili moje razmišljanje in ga včasih zapeljali v smeri, v katere sicer ne bi šlo.*

*Ne predstavljam si, kako bi lahko nalogo zaključila brez spodbud, zgleda in podpore moje družine. Mami in tatu sem hvaležna za vso skrb in pomoč, zaradi katere je bilo breme pisanja bolj znosno. Nazadnje pa gre največja zahvala Aljažu, sine qua non.*

