

# ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

2012

LETNIK LXXII

Zbornik znanstvenih razprav  
Letnik 72 (2012) / Volume 72 (2012)  
Oktober 2012 / October 2012

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons  
Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information visit:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>

*Mojca M. Plesničar, M.Sc.\**

## **Namen kaznovanja in njegov vpliv na odločanje o sankcijah**

### **1. Uvod**

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 neopredelitve, 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 članek osredotoči na teoretična in praktična razmišljanja o vlogi, ki jo igra systemska odločitev glede namena kaznovanja pri odločanju o konkretni sankciji v posamičnih primerih.

---

\* Mojca M. Plesničar, M.Sc., mlada raziskovalka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani; mojca.plesnicar@pf.uni-lj.si. Avtorica se zahvaljuje Cirilu Keršmancu in Draganu Petrovcu za koristne komentarje k začetnim različicam tega članka.

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 prispevek oriše neugodne razmere, v katerih se je (tudi) glede tega vprašanja znašel slovenski kazenskopравни sistem, in očrta pot, ki bi lahko razjasnila trenutno stanje.

## 2. Dve skrajnosti teorij o namenu kaznovanja

Izhodišči za razmišljanja o namenih kaznovanja tudi danes ostajata dve: retributivnost ali utilitarnost, mednju pa se uvršča veliko vmesnih teorij.<sup>1</sup> V slovenskem in širšem evropskem prostoru je v istih okvirih pogosto govor o absolutnih in relativnih ter mešanih teorijah.<sup>2</sup>

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 kazen služi kot 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 v posameznika ali zasledovati družbeno koristnih ciljev, temveč je usmerjena le v 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 osnova za razmišljanje o pravičnosti v kaznovanju.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Za podrobnejši primerjalni pregled teorij o namenih kaznovanja glej na primer Tonry, *WHY PUNISH?* (2011), kjer so posamezne teorije predstavljene tako z izvirnimi besedili njihovih začetnikov, kot sta na primer Kant in Bentham, kot tudi s stališči sodobnikov o njihovem razvoju in današnji vsebini. Glede odločanja o sankcijah najdemo (v anglo-ameriških okvirih) dober pregled na primer v Von Hirsch, Ashworth, Roberts, *PRINCIPLED SENTENCING* (2009). V slovenskem prostoru se je z vprašanjem namenov kaznovanja širše ukvarjal Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998), isti, *O kaznovanju, v: SODOBNE USMERITVE* (2007), str. 273–282. Glej tudi: Ambrož, *Preventivne mešane teorije, v: RKK 59* (2008) 3, str. 239–248.

<sup>2</sup> Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998); Tella, Tella, *PUNISHMENT AND CULTURE* (2006), str. 46–49; Ambrož, *Preventivne mešane teorije, v: RKK 59* (2008) 3, str. 240–244; Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipič, *KAZENSKO PRAVO* (2009), str. 359–361.

<sup>3</sup> Prim. Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998), str. 47–99; Tella, Tella, *PUNISHMENT AND CULTURE* (2006), str. 46–49; Ambrož, *Preventivne mešane teorije, v: RKK 59* (2008) 3, str. 240–242; Tonry, *Introduction, v: WHY PUNISH?* (2011), str. 7–11 in 20–22.

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 prihodnje vedenje drugih ljudi (generalna prevencija), ki lahko učinkuje z negativnega (zastraševanje) ali pozitivnega (utrjevanje pravnih pravil) izhodišča.<sup>4</sup>

Opisano predstavlja dva skrajna pola na premici kaznovanih 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.<sup>5</sup> Na tej ravni se namreč pojavljajo predvsem mešane teorije.

### 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>6</sup> izhajajoč iz drugačnih predpostavk pa nekatere nove teorije v kaznovno sliko vnašajo dodatne uvide (na primer koncept obnavljalne oziroma restorativne pravičnosti).<sup>7</sup> Tonry v tem smislu predvsem v okviru anglo-ameriških razprav, kjer je retributivizem v zadnjih desetletjih neizogiben, izpostavlja štiri, 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.<sup>8</sup>

*Omejevalni retributivizem*, ki ga je prvi predlagal Norval Morris v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja, se zaveda ene ključnih praktičnih pomanjkljivosti

<sup>4</sup> Bentham, AN INTRODUCTION (1996); Petrovec, KAZEN BREZ ZLOČINA (1998), str. 17–44; Beccaria, O ZLOČINIH IN KAZNIH (2002); Tella, Tella, PUNISHMENT AND CULTURE (2006), str. 48–49; Ambrož, Preventivne mešane teorije, v: RKK 59 (2008) 3, str. 242–244; Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 360–362.

<sup>5</sup> Tella, Tella, PUNISHMENT AND CULTURE (2006); Ambrož, Preventivne mešane teorije, v: RKK 59 (2008) 3, str. 244–248; Tonry, Introduction, v: WHY PUNISH? (2011), str. 22–24.

<sup>6</sup> Bagaric, PUNISHMENT & SENTENCING (2001), str. 48–49, v tem smislu govori o kompromisnih teorijah (*compromise theories*), saj nove različice iščejo srednjo pot med eno in drugo skrajnostjo.

<sup>7</sup> Teorije restorativne pravičnosti izhajajo iz povsem drugačnih predpostavk. Ključna pri teh ni sama kazen, temveč postopek, skozi katerega pridemo do razrešitve situacije, ki je nastala s kaznivim dejanjem in ki zahteva sodelovanje vseh prizadetih (glej na primer Završnik, Konceptualne zagate, v: RKK 59 (2008) 2, str. 125–140). Završnik v tem kontekstu govori kar o novi paradigmi. Glej tudi Tonry, Introduction, v: WHY PUNISH? (2011), str. 23–24.

<sup>8</sup> Tonry, Introduction, v: WHY PUNISH? (2011), str. 22–24.

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 meje kaznovanja in tako 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.<sup>9</sup>

Podobno *skandinavska različica retributivizma* poudarja zgornjo mejo sorazmernosti, a ob tem dopušča upoštevanje drugih usmeritev, v švedskem primeru recimo generalne prevencije (zastraševanja) v primeru vožnje pod vplivom alkohola ali rehabilitacije v primeru mladoletnih storilcev kaznivih dejanj.<sup>10</sup> Podobno je veljalo na Finskem pred spremembami zakonodaje leta 2003, ko so predvsem v zvezi z mladoletniki sicer retributivni model dopolnjevali rehabilitativni elementi.<sup>11</sup>

*Teorija zaslužene kazni (just deserts)*, ki se je od svojih začetkov do danes že precej spreminjala, v svojih sodobnejših različicah poudarja predvsem pomen sorazmernosti in manj pozornosti posveča absolutnim višinam kazni.<sup>12</sup> 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 zgrajeno lestvico relativne sorazmernosti postavlja v dejanskost in kaznivim dejanjem pripiše realne posledice. Za zagovornike sorazmerne zaslužene kazni je ključna prva, torej relativna sorazmernost, medtem ko priznavajo, da je absolutna sorazmernost 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.<sup>13</sup> Podobno velja za *empirično teorijo zaslužene kazni*, katere zago-

<sup>9</sup> Morris, *THE FUTURE OF IMPRISONMENT* (1974); Morris, Tonry, *BETWEEN PRISON AND PROBATION* (1990); Frase, *Limiting retributivism*, v: *THE FUTURE OF IMPRISONMENT* (2004), str. 135–138.

<sup>10</sup> Von Hirsch, Jareborg, *The Swedish Sentencing Law*, v: *PRINCIPLED SENTENCING* (2009), str. 263.

<sup>11</sup> Lappi-Seppälä, *Sentencing*, v: *SENTENCING AND SANCTIONS* (2001), str. 139–144.

<sup>12</sup> Von Hirsch, *DOING JUSTICE* (1976).

<sup>13</sup> Von Hirsch, Ashworth, *PROPORTIONATE SENTENCING* (2005); Von Hirsch, *Proportionate Sentences*, v: *PRINCIPLED SENTENCING* (2009), str. 116–118; Tonry, *Introduction*, v: *WHY PUNISH?* (2011), str. 23.

vorniki dodatno poudarjajo, da morajo biti absolutno določene kazni v skladu z »intuicijo« večine, če želi pravo ohraniti legitimnost in moralno prepričljivost.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

V zvezi z *generalno preprečitvijo* je zunaj kontinentalnega kroga največ pozornosti posvečene zastraševalni vlogi kazni (*deterrence*). Na njeni osnovni premisi, torej da strožje kazni bolj odvrta storilce od kaznivih dejanj kakor blažje,<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

Za naš prostor so pomembne še nekatere druge teorije o namenih kaznovanja, ki so bolj značilne v kontinentalnih, predvsem nemških razpravah. 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 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. 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

<sup>14</sup> Tonry, Introduction, v: WHY PUNISH? (2011), str. 22–23.

<sup>15</sup> Von Hirsch, Ashworth, Roberts, PRINCIPLED SENTENCING (2009), 3. poglavje, str. 75–101.

<sup>16</sup> Ashworth, SENTENCING (2010), str. 84–86.

<sup>17</sup> Glej na primer Posner, An economic theory, v: Columbia Law Review 85 (1985) 6, str. 1193–1231.

<sup>18</sup> Von Hirsch, Burney, Wikström, CRIMINAL DETERRENCE (1999); Von Hirsch, Ashworth, Roberts, PRINCIPLED SENTENCING (2009), 2. poglavje, str. 39–74; Tonry, The Mostly Unintended Effects, v: Crime and Justice 38 (2009) 1, str. 65–112; Ashworth, SENTENCING (2010), str. 78–84.

omejitev siceršnje tretmanske naravnosti kaznovanja, v ekscesih, do katerih bi sicer zelo verjetno prihajalo v imenu rehabilitacije.

Tudi Petrovec 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«.<sup>19</sup> V tem smislu pravi, da ima:

*»[v]se, kar kaznovalec stori, in vse, česar iz določenih razlogov ne stori, [...] vpliv na obsojenčevo dojetje kazni in s tem na njegovo vedenje v bodočnosti.«*<sup>20</sup>

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 socioterapevtskih 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>21</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 zajeti najboljše iz obeh skrajnosti. V različnih rešitvah jih izhajajoč iz retributivnosti večina poudarja nujnost omejitve kaznovanja navzgor, navadno prek koncepta sorazmernosti,<sup>22</sup> hkrati pa tudi posamezne specialno in generalno preventivne elemente, (predvsem) v zadnjem času znova povezane tudi z rehabilitativnimi težnjami.<sup>23</sup>

V tem je sodobni čas nekoliko drugačen od preteklega razvoja dogodkov, v katerem je prihajalo do cikličnega menjavanja prevladujoče ideologije.<sup>24</sup> 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 ci-

<sup>19</sup> Petrovec, KAZEN BREZ ZLOČINA (1998), str. 129–162.

<sup>20</sup> Prav tam, str. 144.

<sup>21</sup> Pomen komunikacije v kaznovanju v enem izmed novejših sestavkov poudarja tudi Duff, Punishment, v: PRINCIPLED SENTENCING (2009), str. 126–133, 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 treba zajeti tudi nekatere pojme utilitarističnih teorij, zato sestavi novo podvrsto mešanih kaznovalnih teorij.

<sup>22</sup> Petrovec, KAZEN BREZ ZLOČINA (1998), str. 207–222.

<sup>23</sup> Von Hirsch, Ashworth, Roberts, PRINCIPLED SENTENCING (2009), str. 1–38; Tonry, Introduction, v: WHY PUNISH? (2011), str. 22–24.

<sup>24</sup> Petrovec, KAZEN BREZ ZLOČINA (1998), str. 212.

ljem. Različno glede na okolje (bolj v anglo-ameriških sistemih, bistveno manj v kontinentalnih)<sup>25</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) Martinsonovi ugotovitvi, da tako ali tako »nič ne učinkuje«,<sup>26</sup> 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,<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

Tonry 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 bodo podrobneje predstavljeni 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>29</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 na primer 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, na primer 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.

<sup>25</sup> Šelih, *SODNA ODMERA KAZNI* (1990), str. 1–5; Šelih, Načelo sorazmernosti, v: Podjetje in delo, (2009) 7, str. 1357–1358; Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998), str. 33–43; Petrovec, O kaznovanju, v: *SODOBNE USMERITVE* (2007), str. 273–275. Zlasti za področje nekdanje Jugoslavije je značilno, da se ni povsem odreklo konceptu rehabilitacije. Zgaga, *Odmera kazni*, v: *RKK* 60 (2009) 3, str. 203–206.

<sup>26</sup> Martinson, What works?, v: *The Public Interest* (1974) 35, str. 22–54.

<sup>27</sup> Glej na primer von Hirsch, *DOING JUSTICE* (1976).

<sup>28</sup> Šelih, *SODNA ODMERA KAZNI* (1990), str. 47–60; Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998), str. 129–162; Tonry, Introduction, v: *WHY PUNISH?* (2011), str. 22–24.

<sup>29</sup> Gre za primer *Ewing v. California*, 583 U.S. II (2003), navedeno po Tonry, Introduction, v: *WHY PUNISH?* (2011), str. 23.



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 opozarja, da ravno take kaznovalne rešitve kažejo, da »v sodobnem času pojem pravične kazni ni jasen, temveč v najboljšem primeru zamegljen in nekoherenten, v najslabšem pa kar ne obstaja več.«<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

#### 4. Pomen jasno določenega 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 celo meni, da nejasnost in nedorečenost vodilne kaznovalne ideologije oziroma razmerij med različnimi ideologijami nista v skladu s sodobnimi pojmovanji koncepta pravne države oziroma 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.<sup>32</sup> Takšno stanje namreč dopušča, da v formalno kaznovanje vstopajo prepričanja posameznih sodnikov

<sup>30</sup> »[C]ontemporary conceptions of just punishment are at best muddled and morally incoherent and at worst non-existent.« (Tonry, Introduction, v: *WHY PUNISH?* (2011), str. 24).

<sup>31</sup> 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 (Tonry, prav tam).

<sup>32</sup> Ashworth, *SENTENCING* (2010), str. 76–78.

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.<sup>33</sup>

Ob načelnih se v razpravi o namenu kaznovanja pri odločanju o sankcijah pojavljajo tudi čisto praktični pomisleki zoper sistemsko neurejenost vprašanja. Prav sistemsko nejasnost in neenotnost sodnikov glede vprašanja, čemu služi kaznovanje, je namreč v skladu z ugotovitvami več raziskav eden od ključnih virov neenotne kaznovalne prakse.<sup>34</sup> Izsledki različnih študij tako potrjujejo intuitivno spoznanje, da je izhodišče kaznovanja tisto, ki začrta, kakšna kazen bo izrečena v praksi. 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 kaznovanje služi. 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.<sup>35</sup>

V evropskem prostoru je v zvezi z ureditvijo namena kaznovanja pomembno Priporočilo Sveta Evrope št. R (92) 17,<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> Za primer dobre prakse je v memorandumu

<sup>33</sup> Garland, PUNISHMENT AND MODERN SOCIETY (1991); Ashworth, SENTENCING (2010), str. 71–76.

<sup>34</sup> Pals in Divorski, Explaining sentence disparity, v: Canadian Journal of Criminology 28 (1986) 4, str. 347–358; Hogarth, J.: SENTENCING AS A HUMAN PROCESS, University of Toronto Press, Toronto 1971; Canadian Sentencing Commission: SENTENCING REFORM: A CANADIAN APPROACH, Ministry of Supply and Services, Ottawa 1987; Wandall, R.: DECISIONS TO IMPRISON, Ashgate, Aldershot 2008 (zadnje tri navedbe po Ashworth, SENTENCING (2010), str. 41–50 in 76–78).

<sup>35</sup> Ashworth, SENTENCING (2010), str. 76–78.

<sup>36</sup> Council of Europe, Consistency in Sentencing (1993).

<sup>37</sup> Glej tudi oris poročila v Šelih, Načelo sorazmernosti, v: Podjetje in delo (2009) 7, str. 1360–1362.

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.<sup>38</sup>

## 5. Slovenske težave z namenom kaznovanja

### 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 Kazenskega zakona SFRJ,<sup>39</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>40</sup> Zaradi spremembe režima je izpad slednje seveda razumljiv in pričakovan,<sup>41</sup> manj ustrezna pa je glede na predstavljene pomisleke odločitev, da se iz zakona povsem izloči načelna opredelitev namena kaznovanja.<sup>42</sup>

Nova določba Kazenskega zakonika<sup>43</sup> iz leta 1994, ki je uredila odmero kazni in je tudi v Kazenskem zakoniku<sup>44</sup> iz leta 2008 ostala praktično nespremenjena, je v želji po objektivizaciji kaznovanja poudarila sorazmernost kazni s storilčevo

<sup>38</sup> Von Hirsch in Jareborg, *The Swedish Sentencing Law*, v: von Hirsch, Ashworth, Roberts (ur.), *PRINCIPLED SENTENCING* (2009), str. 263. Po prej navedeni Tonryjevi klasifikaciji tako urejanje predstavlja skandinavsko različico retributivizma (Tonry, *Introduction*, v: *WHY PUNISH?* (2011), str. 23).

<sup>39</sup> Kazenski zakon SFRJ (KZ SFRJ), Uradni list SFRJ, št. 44/1976, 34/1984, 74/1987, 57/1989, 83/1989, 3/1990, 38/1990, Uradni list RS (stari), št. 35/1990, 37/1990, 4/1991, 10/1991, 20/1991, Uradni list RS/I, št. 17/1991 – ZUDE, Uradni list RS, št. 55/1992 – ZVDK in 63/1994 – KZ.

<sup>40</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>41</sup> Bele, *Kazensko pravo in pravna država*, v: *SODOBNE USMERITVE* (2007), str. 53.; Petrovec, *O kaznovanju in kazenskih sankcijah*, v: *SODOBNE USMERITVE* (2007), str. 274.

<sup>42</sup> Šelih, *Kaznene sankcije*, v: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (1994) 5-6, str. 538-541; podobno kritičen je do izbranih rešitev Petrovec, *Nova država*, v: *RKK* 49 (1998) 3, str. 238-241; Petrovec, *O kaznovanju*, v: *SODOBNE USMERITVE* (2007), str. 273-275.

<sup>43</sup> Kazenski zakonik (KZ), Uradni list RS, št. 63/1994, 70/1994 – popr., 23/1999, 110/2002 – ZDT-B, 40/2004, 55/2008 – KZ-1, 5/2009 – Odl. US: U-I-88/07-17.

<sup>44</sup> Kazenski zakonik (KZ-1), Uradni list RS št. 55/2008 (66/2008 popr.), 39/2009, 55/2009 – Odl. US: U-I-73/09-19, 56/2011 – Odl. US: U-I-262/10-18, 91/2011, 34/2012 – Odl. US: U-I-24/10-12, 50/2012 – UPB2.

krivdo in težo kaznivega dejanja.<sup>45</sup> Na tak način so snovalci zakona želeli poudariti *pravičnost* kazni pred njeno *koristnostjo* in se izogniti pastem sodobnih trendov pretiranega poudarjanja (zlasti generalne) prevencije, ne pa se povsem odreči rehabilitativnim idejam.<sup>46</sup>

Namen kaznovanja se je v primerjavi s prejšnjim torej spremenil, bolj ali manj eksplicitno je bila dodana retributivna komponenta sorazmernosti,<sup>47</sup> a velik del prejšnjih določb, ki so izhajale iz rehabilitativnega namena, je ostal nespremenjen.<sup>48</sup> 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 nameni niso jasno določeni, niti ni na abstraktni ravni 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.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

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

<sup>45</sup> Besedili prvega odstavka 41. člena KZ in prvega odstavka 49. člena KZ-1 sta enaki 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.

<sup>46</sup> Šelih, *Kaznene sankcije*, v: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (1994) 5-6, str. 537-541; Šelih, *Načelo sorazmernosti*, v: *Podjetje in delo* (2009) 7, str. 1357-1362.

<sup>47</sup> Petrovec, *Nova država*, v: RKK 49 (1998) 3, str. 241; Kosem, *Odmera kazni kot del sodne odločitve*, v: *Pravosodni bilten* 22 (2001) 2, str. 89-91.

<sup>48</sup> Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998), str. 163-174; Petrovec, *Nova država*, v: RKK 49 (1998) 3, str. 240-242.

<sup>49</sup> Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998), VII. poglavje, str. 175-206.

<sup>50</sup> Prav tam, str. 180-184.

kaznovanje, prav gotovo so različna stališča imeli že prej, je pa prejšnja načelna določba o namenu kaznovanja njihova stališča do določene mere uokvirjala in zamejevala. Kljub temu je mogoče utemeljeno pričakovati, da dolgoletni okvir vsaj nekoliko tudi sooblikuje mnenje posameznika in da je raznolikost mnenj z minevanjem let vse večja in bolj izrazita.

## 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 razmerno preprosto rešitev. Na spletni strani slovenskih sodišč je namreč dostopna (izbrana) sodna praksa višjih in vrhovnega sodišča od osamosvojitve naprej.<sup>51</sup> Leta 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«. 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, predstavljene v nadaljevanju, 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 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 nevarnosti konkretnega kaznivega dejanja in storilčevi osebnosti ali drugače povedano: s prilagoditvijo kazni teži dejanja in krivdi ter primerjavo z enakimi*

<sup>51</sup> Sodstvo Republike Slovenije (spletna stran), URL: [http://www.sodisce.si/znanje/sodna\\_praksa](http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa).

*dejanji drugih storilcev (pravičnost) in kaznijo, ki vpliva na storilčevu 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 socioterapevtsko usmeritev) ter ji dodala »nov« koncept retribucije. V tem smislu sledi teoretičnim razpravam na tem področju,<sup>52</sup> ki ravno tako razlikujejo med »pravičnostjo« (retributivni element) in »smotrnostjo« (utilitarni element) kazni.

Pri tem predvsem na primer Bavcon in drugi poudarjajo,<sup>53</sup> 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 na primer Bagaric,<sup>54</sup> 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 oteževalne 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 okviru 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 kazen 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*

<sup>52</sup> Šelih, Kaznene sankcije u radnom nacrtu, v: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (1994) 5-6, str. 538-541; Bele, KAZENSKI ZAKONIK (2001), str. 144; Selinšek, KAZENSKO PRAVO (2007), str. 214; Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 362-365.

<sup>53</sup> Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 345-355.

<sup>54</sup> Bagaric, PUNISHMENT & SENTENCING (2001), str. 168-169.

*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 pre nagljeno. Citirano določbo gre brati v luči načela zakonitosti, in ne v smislu določanja namena kaznovanja.<sup>55</sup> 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 bilo kot zakonsko določena norma uvedeno v KZ-1994. Obenem pa je ta zakonik opustil naveden namen 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)

<sup>55</sup> Bele, Kazensko pravo in pravna država, v: SODOBNE USMERITVE (2007), str. 71–79.

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).<sup>56</sup>

Tudi novela KZ-1,<sup>57</sup> 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,<sup>58</sup> a takšno sklepanje se znova zdi prenačeno, 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. Upoštevanje odločitve slovenskih instančnih sodišč in teoretične razprave je mogoče reči, 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 raziskavi, zaradi katerih se zdi konceptualna razrešitev vprašanja še kako potrebna.

### 5.3. *Praktične težave s praktičnim razreševanjem načelnega vprašanja*

Pri omenjenih težavah gre predvsem za vprašanje razlikovanja namena kaznovanja glede na storilce, nato glede na vrsto izbranih kazenskih sankcij oziroma kaznivih dejanj, zaključni pomisleki pa upoštevajo dejansko stanje, ki ni vedno takšno, kot bi ga pričakovali.

<sup>56</sup> Petrovec, Nova država, v: RKK 49 (1998) 3, str. 240–243.

<sup>57</sup> Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1B), Uradni list RS, št. 91/2011.

<sup>58</sup> Brinc, Kriminalna prognoza, v: RKK 54 (2003) 4, str. 341–345; von Hirsch, Kazemian, Predictive sentencing, v: PRINCIPLED SENTENCING (2009), str. 95–100.



### 5.3.1. Vprašanje storilcev

V zvezi z razlikovanjem namena kaznovanja, upoštevaje razlike med posameznimi storilci, je najbolj izrazit primer mladoletnikov. Splošno sprejeto je pojmovanje, da se mladoletniška kriminaliteta bistveno razlikuje od kriminalitete odraslih in da je tako zaradi njenih značilnosti kot zaradi stopnje razvoja njenih storilcev primerna drugačna kazenskoppravna obravnava.<sup>59</sup> 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 pravičen razvoj.«*

Tudi med sodniki v Petrovčevi raziskavi je bilo že v devetdesetih letih ob takšni definiciji nekaj nesoglasja glede namena kaznovanja, tri četrtnine sodnikov je namreč menilo, da je drugačen od namena kaznovanja odraslih storilcev, ena četrtnina pa posebnih razlogov za razlikovanje namena ni videla.<sup>60</sup> Da dajejo sodniki še vedno poudarek vzgoji in prevzgoji, je upoštevajoč trende v izrekanju kazni desetletje pozneje ocenila tudi Filipčičeva.<sup>61</sup>

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

*»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 pravičnega 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,

<sup>59</sup> Glej na primer von Hirsch, Ashworth, Roberts (ur.), *PRINCIPLED SENTENCING* (2009), 7. poglavje, str. 294–341.

<sup>60</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.

<sup>61</sup> Filipčič, *Ocena mladoletniškega kazenskega prava*, v: *SODOBNE USMERITVE* (2007), str. 119–120.

kjer je večina mladoletnikov in velika večina zaposlenih menila, da je primarni namen zapiranja prestopnikov v prevzgojni dom prav kaznovanje, in ne vzgoja.<sup>62</sup>

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, sistemske in teleološke razlage 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,<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> 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, tudi kar se tiče mladoletnikov.

<sup>62</sup> Filipčič, Fišer, Kadunc Ilić, Mežnar, Šelih, Velić, *OBRAVNAVANJE MLADOLETNIH PRESTOPNIKOV V SLOVENIJI* (2010), str. 14–17.

<sup>63</sup> Filipčič, Fišer, Kadunc Ilić, Mežnar, Šelih, Velić, prav tam, str. 47–112.

<sup>64</sup> Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998), str. 171, 184; von Hirsch, Ashworth, Roberts (ur.), *PRINCIPLED SENTENCING* (2009), 7. poglavje, str. 294–341, zlasti Zimring, *Rationales*, str. 316–322.

### 5.3.2. Različne vrste sankcij

Razlikovanje glede na različne značilnosti storilcev se ne ustavi le pri ureditvi za mladoletne ali polnoletne storilce, temveč se skozi kazenski zakonik na neki 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 tega prispevka, so značilne drugačne okoliščine kot za uporabo klasičnih kazni, zato je razumno sklepati, da ima njihova uporaba tudi drugačen osnovni namen.<sup>65</sup> Zapisano velja v manjši meri za sankcije opominjevalne narave, ki bolj kot drugačno vrsto sankcije po svoji vsebini pomenijo stopnjevanje sankcije (na primer 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 posebnih skupin 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 na primer smisel kaznovanja v primerih kaznivega dejanja oboroženega ropa, 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 zavzemata tudi prej opisano Priporočilo Sveta Evrope in pripadajoči memorandum, ki navaja, da samo dosledno umeščanje podobnih primerov ustrezne skupine in razlikovanje med različnimi

<sup>65</sup> Šelih, Kazenske sankcije, v: SODOBNE USMERITVE (2007), str. 261–275; Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 353–355, 359–362, 412–414.

omogoča doseganje ustrezne stopnje pravičnosti tudi pri iskanju namenov kaznovanja.<sup>66</sup>

Čeprav teorija takšno razlikovanje pozna,<sup>67</sup> je jasno, da v slovenski kazensko-pravni 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.

### 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*

<sup>66</sup> Council of Europe, Consistency in Sentencing (1993), str. 12.

<sup>67</sup> Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2009), str. 353–355, 359–362 in 412–414.

*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) *»Upoštevalo se vse okoliščine, ki vplivajo na to, ali bo ta kazen večja ali manjša, je sodišče [...] izreklo sedem let mladotniškega zaporu v upanju, da bo 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.<sup>68</sup> Po drugi strani je jasno, da sodišča odločitev o sankciji prilagodijo posamičnemu primeru in v mnogočem je mogoče prikazane odlomke sodb brati z vidika posamičnih primerov, in ne kot pokazatelj načelnih pogledov na namen kaznovanja.

Kljub temu vsaj nekateri citati odločitev v konkretnem primeru izpeljejo iz splošnega, tako je na primer v primeru (a), ki specialno prevaranje povsem izključuje 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 prevaranje 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.<sup>69</sup> Prav drugačen splošni utrip (kolikor ga je mogoče zaznati na podlagi posamičnih pri-

<sup>68</sup> Petrovec, Plesničar, Percepcija ženske kriminalitete, v: RKK 60 (2009) 2, str. 95.

<sup>69</sup> Prim. Petrovec, Nova država, v: RKK 49 (1998) 3, str. 238–240; in Petrovec, O kaznovanju, v: SODOBNE USMERITVE (2007), str. 273–274.

merov in kakor izhaja iz trendov v kaznovanju) je tisti, ki nakazuje, da praktično razreševanje načelnih vprašanj ne ponuja 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,<sup>70</sup> 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 vprašanje glede stopnje zavezanosti nižjih sodišč k taki sodni praksi, saj v zvezi s tem obstajajo različna stališča.<sup>71</sup>

Že iz navedene peščice posamičnih primerov je očitno, da prvostopenjska sodišča ne sledijo vedno pogledom instančnih sodišč niti niso 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.

## 6. Sklep: potreba po sistemski rešitvi

Jasno je, da so z načelnega vidika pomisleki glede prepuščanja vprašanja namena kaznovanja praktični rešitvi toliko večji. Vprašanje namena kaznovanja je izhodiščna norma, na kateri bi moral temeljiti ves kaznovalni sistem in ki bi ji moralo slediti ne le izrekanje sankcij, temveč tudi njihovo izvrševanje.<sup>72</sup> Iz prejšnjih navedb in navedenih mednarodnih raziskav izhaja, da jasnost v tem izhodišču prinaša številne koristi, predvsem v smislu doslednega, enotnega odločanja različnih sodišč o sankcijah. Ob vseh različnih pogledih na kaznovanje, ki danes obstajajo, lahko enotno izhodišče omili globoke razlike in odločevalce zaveže k upoštevanju od zunaj postavljenega namena.

<sup>70</sup> Štajnpihler, PRECEDENČNI UČINEK (2011), str. 107–123.

<sup>71</sup> Štajnpihler, prav tam.

<sup>72</sup> Petrovec, KAZEN BREZ ZLOČINA (1998), str. 221–222.

Medtem ko se praktiki navadno manj navdušeno ukvarjajo z načelnimi vprašanji, kar je z vidika njihove systemske vloge razumljivo in najbrž tudi primerno, se slovenska kazenskoopravna in kriminološka teorija v zadnjem času bolj zavedata potrebe po ponovni umestitvi določbe o namenu kaznovanja med temeljne določbe kazenskega zakonika.<sup>73</sup> 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, ob vseh neprijetnostih, ki spreminjanje kazenske zakonodaje spremljajo, 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 kazenskoopravna in kriminološka 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 ju 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 trdnjši in bolj odporen na trenutne razmere ter popularne kaznovalne trende, kot je sedanj. 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

<sup>73</sup> Petrovec, *KAZEN BREZ ZLOČINA* (1998), str. 221–225; Petrovec, *O kaznovanju*, v: *SODOBNE USMERITVE* (2007), str. 276–277; Bavcon, *Vodilna in temeljna načela*, v: *SODOBNE USMERITVE* (2007), str. 16–17; Šelih, *Načelo sorazmernosti*, v: *Podjetje in delo* (2009) 7, str. 1357–1358.

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 siceršnja strukturiranost namenov kaznovanja ter (tudi) v zvezi s tem zastavljajo številna vprašanja, na katera bo treba v prihodnosti odgovoriti.

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.



## Literatura

- Ambrož, Matjaž: Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 59 (2008) 3, str. 239–248.
- Ashworth, Andrew: *SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Bagaric, Mirko: *PUNISHMENT AND SENTENCING: A RATIONAL APPROACH*, Cavendish Publishing, London, Sydney 2001.
- Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Korošec, Damjan; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja: *KAZENSKO PRAVO – SPLOŠNI DEL*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Bavcon, Ljubo: Vodilna in temeljna načela sodobnega kazenskega prava, v: *SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA* (ur. A. Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 11–18.
- Beccaria, Cesare: *O ZLOČINIH IN KAZNIH*, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2002.
- Bele, Ivan: *KAZENSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM – SPLOŠNI DEL*, GV Založba, Ljubljana 2001.
- Bele, Ivan: Kazensko pravo in pravna država, v: *SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA* (ur. A. Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 51–80.
- Bentham, Jeremy: *AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION*, Clarendon Press, Oxford 1996.
- Brinc, Franc: Kriminalna prognoza – iluzija ali resničnost, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 54 (2003) 4, str. 341–355.
- Council of Europe: *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, Council of Europe, Brussels (1993).
- Duff, Antony: Punishment, Retribution and Communication, v: *PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY* (ur. A. von Hirsch, A. Ashworth, J. V. Roberts), Hart, Oxford, Portland 2009, str. 126–134.
- Filipčič, Katja; Fišer, Zvonko; Kadunc Ilić, Lea; Mežnar, Alenka; Šelih, Alenka; Velić, Irena: *OBRAVNAVANJE MLADOLETNIH PRESTOPNIKOV V SLOVENIJI – ANALIZA STANJA IN OSNUTEK ZAKONA*, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2010.

- Filipčič, Katja: Ocena mladoletniškega kazenskega prava v Sloveniji z evropske perspektive, v: SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA (ur. A. Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 117-128.
- Frase, Richard S.: Limiting retributivism, v: THE FUTURE OF IMPRISONMENT (ur. M. H. Tonry), Oxford University Press, New York 2004, str. 135-142.
- Garland, David: PUNISHMENT AND MODERN SOCIETY: A STUDY IN SOCIAL THEORY. Clarendon Press, Oxford, New York 1991.
- Von Hirsch, Andrew; Ashworth, Andrew: PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Von Hirsch, Andrew; Ashworth, Andrew; Roberts, Julian V. (ur.): PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY, Hart, Oxford, Portland 2009.
- Von Hirsch, Andrew; Burney, Elizabeth; Wikström, Per-Olof H.: CRIMINAL DETERRENCE AND SENTENCE SEVERITY: AN ANALYSIS OF RECENT RESEARCH, Hart, Oxford 1999.
- Von Hirsch, Andrew: DOING JUSTICE: THE CHOICE OF PUNISHMENTS, Hill & Wang, New York 1976.
- Von Hirsch, Andrew; Jareborg, Nils: The Swedish Sentencing Law, v: PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY (ur. A. von Hirsch, A. Ashworth, J. V. Roberts), Hart, Oxford, Portland 2009, str. 258-269.
- Von Hirsch, Andrew; Kazemian, Lila: Predictive Sentencing and Selective Incapacitation, v: PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY (ur. A. von Hirsch, A. Ashworth, J. V. Roberts), Hart, Oxford, Portland 2009, str. 95-101.
- Von Hirsch, Andrew: Proportionate Sentences: A Desert Perspective, v: PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY (ur. A. von Hirsch, A. Ashworth, J. V. Roberts), Hart, Oxford, Portland 2009, str. 115-125.
- Kosem, Fedor: Odmera kazni kot del sodne odločitve in kot del obrazložitve sodne odločbe, v: Pravosodni bilten, 22 (2001) 2, str. 89-95.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Sentencing and Punishment in Finland, v: SENTENCING AND SANCTIONS IN WESTERN COUNTRIES (ur. M. H. Tonry, R. S. Frase), Oxford University Press, Oxford 2001, str. 92-150.
- Martinson, Robert: What works? – Questions and Answers About Prison Reform, v: The Public Interest (1974) 35, str. 22-54.
- Morris, Norval: THE FUTURE OF IMPRISONMENT, University of Chicago Press, Chicago 1974.

- Morris, Norval; Tonry, Michael H.: BETWEEN PRISON AND PROBATION: INTERMEDIATE PUNISHMENTS IN A RATIONAL SENTENCING SYSTEM, Oxford University Press, New York 1990.
- Palys, Ted S.; Divorski, Stan: Explaining Sentence Disparity, v: Canadian Journal of Criminology, 28 (1986) 4, str. 347–362.
- Petrovec, Dragan: KAZEN BREZ ZLOČINA: PRISPEVEK K IDEOLOGIJAM KAZNOVANJA, Studia Humanitatis, Ljubljana 1998.
- Petrovec, Dragan: Nova država – nova kaznovalna ideologija in praksa?, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 49 (1998) 3, str. 238–244.
- Petrovec, Dragan: O kaznovanju in kazenskih sankcijah, v: SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA (ur. A. Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 273–282.
- Petrovec, Dragan; Plesničar, Mojca M.: Percepcija ženske kriminalitete z vidika odmere kazni, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 60 (2009) 2, str. 91–105.
- Posner, Richard A.: An Economic Theory of the Criminal Law, v: Columbia Law Review, 85 (1985) 6, str. 1193–1231.
- Selinšek, Liljana: KAZENSKO PRAVO: SPLOŠNI DEL IN OSNOVE POSEBNEGA DELA, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Šelih, Alenka: Kazenske sankcije in morebitne spremembe, v: SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA (ur. A. Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 261–271.
- Šelih, Alenka: Kaznene sankcije u radnom nacrtu Kaznenog zakonika Republike Slovenije, v: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (1994) 5-6, str. 537–546.
- Šelih, Alenka: Načelo sorazmernosti in kazenske sankcije, v: Podjetje in delo, (2009) 7, str. 1357–1368.
- Šelih, Alenka: SODNA ODMERA KAZNI, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 1990.
- Štajnpihler, Tilen: PRECEDENČNI UČINEK SODNIH ODLOČB PRI PRAVNEM UTEMELJEVANJU, doktorska disertacija, Ljubljana 2011.
- Tella, María José Falcón y; Tella, Fernando Falcón y: PUNISHMENT AND CULTURE: A RIGHT TO PUNISH?, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2006.
- Tonry, Michael H.: Introduction: Thinking about Punishment, v: WHY PUNISH?, HOW MUCH?, A READER ON PUNISHMENT (ur. M. H. Tonry), Oxford University Press, Oxford, New York 2011, str. 3–28.
- Tonry, Michael H. (ur.): WHY PUNISH?, HOW MUCH?, A READER ON PUNISHMENT, Oxford University Press, Oxford, New York 2011.

- Tonry, Michael H.: The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings, v: *Crime and Justice*, 38 (2009) 1, str. 65–114.
- Završnik, Aleš: Konceptualne zagate restorativne pravičnosti – nova paradigma modernega odzivanja na kriminaliteto, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 59 (2008) 2, str. 125–140.
- Zgaga, Sabina: Odmera kazni v mednarodnem kazenskem pravu, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 60 (2009) 3, str. 199–210.
- Zimring, Franklin E.: Rationales for Distinctive Penal Policies for Youth Offenders, v: *PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY* (ur. A. von Hirsch, A. Ashworth, J. V. Roberts), Hart, Oxford, Portland 2009, str. 316–322.

Sodstvo Republike Slovenije, URL: [http://www.sodisce.si/znanje/sodna\\_praksa](http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa).

## The Purpose of Punishment and its Role in Sentencing

### *Summary*

There are several viewpoints that can act as a starting point to discuss the question of the purpose of punishment. Philosophical, sociological, psychological and other studies in the area of punishment all reveal interesting facets of this important issue while also pointing out the multitude of considerations that punishment entails. In order to narrow the field of analysis and by doing so allow for a considered discussion the article at present stems from the concept of sentencing. In fact, the purpose of punishment and its effects are reviewed in relation to the sentencing judge, furthermore confined to the Slovenian system.

The two opposing views of punishment with longstanding tradition, namely retributivism and utilitarianism, have in recent decades given way to a set of mixed theories that endeavour to combine important facets of both extremes. Certainly, one can hardly imagine a contemporary (modern) sentencing system without the concept of proportionality acting as one of the main modern features of the retributive framework. On the other hand, utilitarian considerations such as deterrence and (especially in the Slovenian context) rehabilitation have started gaining ground after their virtual exile from western systems in the last decades of the past millennium.

The problem with such a multitude of punishing purposes is the lack of clarity that can easily occur when no relationship or hierarchy is established among them. The issue seems especially pressing in view of several research findings about the importance of a sentencing purpose for the concept of equality in sentencing. In fact, a clearly determined purpose of punishment has been viewed as a main factor in preventing sentencing disparity, much more so than other solutions aimed at the same goal.

The stated proves to be rather disturbing when the Slovenian system is taken as a ground for discussion, mainly because the system has renounced on the notion of answering the question of punishing purposes in a structured way. A provision regarding the purposes of punishment and sentencing was omitted in 1994, when the first post-independence Penal Code came into force. The previous solution was seen as no longer appropriate, due to an ideological resonance, but also due to a certain insecurity concerning its main focus, which was mostly rehabilitative. However, the move towards introducing retributive elements was not made explicit. The retributive rhetoric has been incorporated in the sentencing system mainly by means of the demand for proportionality:

the guiding principle is to choose among sanctions in order for the punishment to reflect the seriousness of the offence and the culpability of the offender. Still, existing notions of prevention (both special and general) as the purpose of punishment have persisted alongside the new concept.

Since legislation does not answer questions with regard to the purpose of punishment, other players need to be considered. Firstly, the courts of higher instance have passed several decisions detailing their answer. Perhaps a decision by the Supreme Court, containing the following passage is the clearest: *The sentence [...] is meant to serve two fundamental purposes: retribution and prevention. Both purposes can be achieved through an appropriate individualization of punishment, that is, with the adjustment [of the sentence] to the gravity of the specific offence and to the offender's personality, in other words: with the adjustment of the sentence to the seriousness of the offence and [the offender's] culpability, and a comparison with equal offences by other offenders (fairness), and a sentence that affects the offender's and others' future behaviour in order not to commit crimes (functionality).* (Judgement I Ips 130/2009, translation M. M. P.)

Such reasoning clearly mirrors established theoretical discussions, which may count as the second player in determining sentencing purposes, thus describing a system where three main purposes of sentencing coexist: *retribution*, *'general prevention'* and *'special prevention'*. While the retributive aspect of the sentence communicates censure towards the offender, the *'general prevention'* concept reaffirms the boundary between the legal and the illegal, but also attempts to deter the general population from committing similar acts in the future. The two aspects are reflected in the demand for proportionality, which however only functions as the highest justified sentence. The purpose of *'special prevention'* is then realized through specifying the sentence (within the range provided for by proportionality) considering mitigating and aggravating and other factors. Special prevention requires a sentence that will prevent the offender from committing further offences. However, in the Slovenian system it has achieved a further component of offering the offender chances for a successful re-socialization thus functioning much as a rehabilitative purpose.

In spite of the apparent coherence of the system, several issues call for a reassessment of the issue being resolved by court decisions. Firstly, there is the question of different sentencing rationales for different offenders, most importantly the difference between juveniles and adult offenders. While the legislation explicitly states that the purpose of punishment in the cases of juveniles to be solely their rehabilitation/reintegration, courts seem to interpret such a notion in a different way, also allowing for other considerations. With the main ration-

ale undetermined by legislation, the relationship with the rationale in juvenile cases certainly cannot be clear. Furthermore, the same issue arises with regard to different types of crimes and different types of criminal sanctions, that may need additional clarification as to their purposes due to important diversities with the »main« rationale, but at present remain unanswered. However, most importantly, the biggest issue with such a »practical« way of answering the question of the purpose of punishment seems to be the fact that lower courts are in no way systemically required to follow the higher courts interpretations. The issue of precedents, or better yet, of precedent-like effects of higher courts decisions could be (and is) analysed at length, however, a very brief analysis of randomly chosen first-instance decisions reveals, that in practice courts of first instance argue for a very large plethora of sentencing rationales, often disregarding the reasoning of higher instance courts.

Stemming from the described concerns, it is rather reasonable to argue for a more systemic solution to an issue of such importance as the purpose of punishment. In fact, the purpose of punishment should by itself be the guiding principle in setting a criminal justice system, and by no means is it wise to leave its determination outside the legislative framework.