

# Psihološki vidiki sodniškega odločanja: od objektivnosti k subjektivnosti in spet nazaj<sup>1</sup>

Katja Šugman Stubbs<sup>2</sup>, Mojca M. Plesničar<sup>3</sup>

Objektivnost je ena izmed temeljnih zahtev sodobnih pravnih sistemov in to velja še toliko bolj, ko govorimo o konkretizaciji prava na ravni sodniškega odločanja. Avtorici v članku dekonstruirava pojem objektivnosti, predvsem pa pojem njenega nasprotja – subjektivnosti. Z obširnimi pregledom tujih in domačih virov prikaževa različne teorije in koncepte o sodniškem odločanju: od pravnega formalizma do modela vrednot in motivirane kognicije oziroma motiviranega razmišljanja. Z Whiteheadovo členitvijo obravnava štiri različne tipe sodnikov glede na njihov odnos do prava in ugotavlja, kaj ta pomeni za njihovo sodno odločanje. Po konceptualizaciji pojmov in teorij ter dekonstrukciji pojma objektivnosti se vprašava, ali je sleherna subjektivnost v sodniškem odločanju nujno škodljiva. Za primere, ko je najin odgovor na zastavljeno vprašanje negativen, postaviva merila, s katerimi jih lahko razločimo od primerov škodljive subjektivnosti. Temeljni pojem, na katerem gradiva najino tezo, so vrednote – na eni strani vrednote, ki poganjajo sodnikovo posamično odločitev, in na drugi strani vrednote, na katerih temelji pravni sistem.

**Ključne besede:** sojenje, subjektivnost, pristranskost, sodniki, odločanje, vrednote

UDK: 343

## 1 Uvod

Številni pravni viri in znanstvena besedila, ki urejajo položaj in držo sodnika, na prvo mesto sodniških vodil postavljajo njegovo neodvisnost, nepristranskost in objektivnost. Izhajajo iz zahteve, naj se sodniki pri svojih odločitvah oprejo le na dejstva, ugotovljena v postopku, ter na veljavne pravne vire in sodno prakso. Vse to naj usmerja njihove odločitve, pri tem pa naj se opirajo le na svoje pravno znanje in uporabljajo svoje kognitivne procese.

Celo če za trenutek vzamemo kot resnico, da je mogoče doseči popolno objektivnost in nepristranskost, se lahko vprašamo, kaj sploh pomeni biti popolnoma objektivni in nepristranski. Ali to pomeni, da mora sodnik odmisлити sebe, biti brez čustev, samo racionalen? Da mora biti brez vrednot,

političnih prepričanj? Da mora biti popolnoma odtujen in tako rekoč odrezan od soljudi, dogajanja in sveta? Ali mora sodnik torej biti kot gospod Spock iz serije Star Trek?<sup>4</sup> Ali bi bilo morda bolje, da ga nadomesti računalnik?

Namen tega prispevka je podati pregled teorij o psihologiji sodniškega odločanja in na podlagi sodobnih psiholoških spoznanj analizirati vprašanje, kje so meje objektivnega sodniškega določanja. Za tem želiva izpodbiti tezo, da je oziroma bi bila popolna sodniška objektivnost vedno in povsod boljša kot sodniška subjektivnost, ter definirati okoliščine, v katerih lahko sodniška subjektivnost pripomore k ustrežnejši pravni odločitvi.

## 2 Temeljno o subjektivnosti in sodnikih

V uvodu želiva pojasniti temeljne pojme, ki jih bova razčlenjevali v nadaljevanju članka. Najprej se bova posvetili razmejevanju med subjektivnostjo in objektivnostjo na splošno, nato pa bolj specifično – vezano na sodnike kot posameznike in sodnike kot pravne odločevalce.

<sup>1</sup> Prispevek je delno nastal v okviru projekta Psihološki mehanizmi v kazenskem pravosuđu, ki ga financira Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (št. projekta J5-1795), delno pa v času gostovanja Katje Šugman Stubbs na Univerzi Berkeley v okviru Fulbrightove štipendije, za kar se štipenditorju iskreno zahvaljujem.

<sup>2</sup> Dr. Katja Šugman Stubbs, redna profesorica kazenskega prava in kriminologije, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: katja.sugman@pf.uni-lj.si

<sup>3</sup> Dr. Mojca M. Plesničar, znanstvena sodelavka in docentka kazenskega prava in kriminologije, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani Univerze v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: mojca.plesnicar@pf.uni-lj.si

<sup>4</sup> Te analogije se nisva domislili sami. V ameriškem primeru Jackson v. Harrington 2011 WL 7143189 je sodišče poroti dalo naslednji pouk o objektivnosti: »Vaša naloga je ugotoviti dejstva ... Ali se spominjate serije Star Trek, tiste originalne, z gospodom Spockom? Gospod Spock je lahko presojal stvari povsem logično. Nanj niso vplivale strasti. Prav gotovo nanj niso vplivali predsodki in na tak način [...] morate gledati na zadevo. [...] Simpatiji ne smete dovoliti, da vpliva na vašo odločitev.«

## 2.1 O subjektivnosti in objektivnosti

Sodniki, kot utemeljeno ugotavlja Carter (1984: 18), so (ali vsaj naj bi bili) nosilci enega najbolj prefinjenih miselnih procesov v javnem življenju. Z optiko poznavanja predpisov, pravnih načel in sodne prakse morajo namreč motriti določena dejstva pravnega primera in na koncu odločiti o sporu. Pri uporabi vsega tega instrumentarija naj bi bili neodvisni, nepristranski in objektivni, včasih se celo poudarja, da morajo biti nezainteresirani za izid sojenja.

Kodeks sodniške etike Slovenskega sodniškega društva (2001) tako na primer v svojem 3. členu sodnikom »[...] ne dopušča, da bi bilo sojenje podvrženo njegovim nagnjenjem, predsodkom ali vnaprejšnjim prepričanjem, [...] ki bi lahko vplivale na njegovo odločitev v konkretni zadevi ali bi lahko vzbujale videz takega neustreznega vpliva.« Podobne določbe imajo tudi slovenski procesni zakoni, recimo Zakon o kazenskem postopku (ZKP, 2012: členi 39–44), ki z institutom izločitve poskuša zagotoviti, da bi bilo sojenje nepristransko in objektivno. Tako ZKP zahteva, da sodnik, pri katerem so podane okoliščine, ki očitno kažejo na njegovo pristransko ali ki bi lahko kazale nanjo, sam ustavi postopek in počaka na odločitev predsednika sodišča. Kadar sam tega ne stori, lahko to zahtevajo stranke v postopku.

Za opisanim institutom izločitve sodnika in za splošnejšimi zahtevami po objektivnosti sodnika stoji ideja, da naj bi sodnik osebno nujno dopuščal obe možnosti izida (ali več možnosti) in bi mu moralo biti vseeno, katera izmed strank bo *zmagala* v sporu.<sup>5</sup> Takšna drža naj bi bila potrebna zato, da sodniške odločitve ne bi bile podvržene mehanizmom pristranskosti (*bias*), kot so recimo predsodki, interesi, osebne vrednote ali kakršne koli druge arbitrarne osebne pristranskosti.

Vsi našeti pridevniki in rešitve poskušajo sodnike same in javnost, ki njihovo delo opazuje, prepričati, da na njihove odločitve naj ne bi vplivalo nič subjektivnega ali osebnega.

Pred pregledom psihologije sodniškega odločanja in analize njihove objektivnosti oziroma subjektivnosti si najprej pogledjmo, kaj sploh je subjektivnost. Slovar slovenskega knjižnega jezika pravi, da je subjektivnost tisto, »kar je, obstaja odvisno od človekove zavesti, mišljenja« (Slovar slovenskega knjižnega jezika [SSKJ], 2020b), subjektiven pa je tisti, »ki izhaja iz osebe, ki čuti, misli, deluje, in ne iz predmeta, okolja«, in ki je »odvisen od doživljanja, mišljenja, in ne od predmeta«. Celo več, subjektiven je tisti, »ki se pri presojanju, vrednotenju ravna po osebnih nagnjenjih, interesih; pristranski,

<sup>5</sup> Kanoni iz leta 1924 so idealnega sodnika opisovali kot nevtralnega, neosebnega in nezainteresiranega (Shaman, 1996: 610).

oseben« (SSKJ, 2020a). Ena izmed širših filozofskih opredelitev subjektivnosti pravi takole: »Subjektivnost se nanaša na perspektivo ali mnenje določene osebe, določena čustva, prepričanja in želje. Pogosto se pogovorno uporablja kot oznaka za neutemeljena osebna mnenja, v nasprotju z znanjem in prepričanji, osnovanimi na dejstvih. V filozofiji je ta pojem pogosto nasprotje objektivnosti.« (Solomon, 2005)

## 2.2 Sodniki: objektivno ali subjektivno?

Zdi se torej, da je subjektivnost popolno nasprotje objektivnosti, torej tistega, kar se pričakuje od sodnika. Iz opredelitev subjektivnosti, pa tudi različnih aktov, ki urejajo držo sodnika, lahko razberemo dejavnike, ki so še posebno ogrožajoči za doseganje objektivnosti: poleg že v slovenskem kodeksu etike naštetih nagnjenj, predsodkov ali vnaprejšnjih prepričanj lahko sem prištejemo še stereotipe, čustva, določene osebnostne lastnosti, konflikte interesov in podobno. In res, ljudje imamo številna raznolika prepričanja, interese, želje in čustva. Nekatera od teh so na prvi pogled nenavadna, če ne celo patološka, če je merilo zdravja oziroma normalnosti socialni konsenz oziroma znanstvena dokazanost določenih spoznanj.<sup>6</sup> Vendar pa je subjektivnost nerazdružljivo povezana s človeškostjo. Biti človek pomeni biti subjektiven. Kot sta že pred davnimi časi ugotavljala Platon in pozneje Kant in kar je dandanes podprto z obilico znanstvene literature: ljudje sveta ne doživljamo takšnega, kot je, ampak ga razlagamo na podlagi svojih subjektivnih prepričanj in različnih čustvenih in telesnih stanj (Milivojević, 2008). Ali z drugimi besedami: naše razumevanje in razlaga sveta ne moreta biti objektivna, ampak gre vedno za našo osebno, nujno subjektivno razlago sveta. Vse to vedno dojemamo in si razlagamo glede na naš tako imenovani referenčni okvir (angl. *frame of reference*); za vsakega človeka specifičen psihični zemljevid, s katerim preko naših specifičnih predpostavk (kot so recimo naša prepričanja, preference, vrednote in kultura) filtriramo naše percepcije, z namenom, da iz njih ustvarjamo pomen (Tversky in Kahneman, 1981). Naš referenčni okvir je nastajal z mešanico naših zgodnjih izkušenj, starševskih odzivov in sporočil, pozneje v procesu sekundarne socializacije in v specifičnih kulturnih, socialnih in političnih razmerah, v katerih smo odrasčali, obkroženi z različnimi vrednotami, prepričanji, re-

<sup>6</sup> Tako se večina ljudi čudi ali kot patološka dojema prepričanja posameznih družbenih skupin, denimo teroristov, ki nasprotujejo družbenim konvencijam. Znanstvenim spoznanjem pa denimo nasprotujejo prepričanja ljudi, ki verjamejo, da je zemlja ploščata (njihovo število celo narašča), in v prid tej teoriji navajajo veliko *dokazov*. Glej na primer Picheta (2019). Če niti v primeru znanstveno neizpodbitno dokazanih in v primeru okroglosti zemlje celo z očmi zaznanih dokazov ne moremo priti do soglasja, si zlahka predstavljamo, kako veliko nestrinjanja je lahko glede bolj subtilnih procesov: recimo razlag človekovega vedenja.

ligioznimi predstavami ter političnimi idejami. Vsakdo izmed nas si iz vsega tega zgradi unikatne, neponovljive sheme, s katerimi si razlaga sebe, druge in svet (Milivojević, 2008).

Človeštvo je sestavljanka milijard različnih referenčnih okvirov, ki se samo v določenih pogledih za trenutek včasih ujamejo med seboj. S tega vidika je torej vsakdo izmed nas subjektiven, vsakdo si resničnost razlaga nekoliko drugače in vsakdo sprejema najrazličnejše odločitve glede na svoj referenčni okvir.<sup>7</sup> Že samo na podlagi tega lahko sklenemo, da je človeško odločanje v vsakem primeru nujno subjektivno in tako vsaj načeloma podvrženo napakam. Če se do tega spoznanja nismo prebili že sami, ko ocenjujemo lastne pretekle (včasih) napačne odločitve, potem se lahko opremo na znanstvena spoznanja na tem področju (Ariely, 2008; Kahneman, 2011). Sodniško odločanje pri tem ni nobena izjema.

Zadnjih 50 let znanstveniki ugotavljajo, da so sodniške odločitve v veliki meri tudi plod njihovega lastnega pogleda na svet, njihovih vrednot in osebnih zgodov. Stanje popolne odsotnosti subjektivnega je pri človeškem odločanju nemogoče doseči; gre za ideal (Shaman, 1996: 605). »Sodniki, tako kot mi vsi, niso brez čustev niti takrat, ko sprejemajo najpomembnejše odločitve, ki so jedrni del njihovega odločanja.« (Wrightsmann, 1999: 5) Na sodnike torej močno vplivajo tudi nepravni dejavniki. Ti so lahko zavestni ali nezavedni: to so njihove življenjske izkušnje, vrednote, stališča, motivacije, čustva, stereotipi, predsodki in podobno. Če lahko za pravne dejavnike, ki vplivajo na sojenje, trdimo, da so načeloma zaželeni in bi morali biti transparentni, je to za nepravne dejavnike manj očitno. Gotovo je, da vsak sodnik pri presoji dejanskega stanja izhaja iz svojih izkušenj.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Za prikaz si lahko samo predstavljamo brezplodne in nikoli končane diskusije o različnih temah: katera ekipa pri nogometu je boljša, kateri avto je dobro kupiti, kje je najlepše preživljati počitnice, kdo je najboljši igralec ipd.

<sup>8</sup> Na delavnicah, ki sva jih Katja in kolega, sodnik mag. Matej Čujovič, izvajala na Centru za izobraževanje v pravosodju, sva vsaki skupini sodnikov predstavila primer, v katerem je mlad voznik namesto na zavoro pritisnil na plin in pri tem povzročil prometno nesrečo. Ko smo se o tem elementu dejanskega stanja pogovarjali s sodniki, so se v zvezi s tem pojavljala najrazličnejša stališča. Velika večina je takšno možnost na prvi pogled in brez razmisleka zavrgla kot popoln izmislek. Ko sva udeležence povprašala, zakaj tako mislijo, je bila večina presenečena, da morajo svojo intuicijo utemeljiti, po tehtnem razmisleku pa je večina še vedno vztrajala, da je to iz različnih tehničnih razlogov nemogoče ali pa da se niti njim niti komu, ki ga poznajo, to še ni zgodilo. Na srečo je bila na eni izmed prvih delavnic kolegica sodnica, ki je imela dovolj poguma, da je povedala, da se je njej to v prvem letu vožnje zgodilo in da je to prav gotovo mogoče. Šele ko sva drugim sodnikom predala podatek, da se je točno to zgodilo njihovi kolegici, so bili pripravljeni razmišljati tudi o tej možnosti.

Sodniki se iz različnih razlogov vpliva teh notranjih procesov na svoje odločanje večinoma ne zavedajo. Prvi razlog je gotovo ta, da v svojem delovnem tempu nimajo veliko časa za introspekcijo. Drugi je očitno: le redko kdo ima dovolj psihološkega znanja in toliko vpogleda vase, da bi kaj takega sploh bil sposoben narediti, tudi če bi imel čas. In tretji razlog je prav gotovo tudi ta, da bi vpogled v notranjost pogosto pomenil bolečo ali vsaj streznitveno izkušnjo, česar pa večina ljudi (ne samo sodnikov) ne želi (Carter, 1984: 18).

### 3 Teorije o sodnem odločanju

Poglejmo si najprej, kako so na vprašanja o naravi sodniškega odločanja odgovarjale različne teorije o tem, kakšno je sodniško odločanje (Wrightsmann, 1999: 19).

#### 3.1 Zakonski model (pravni formalizem)

Po razlagi, ki jo ponuja zakonski model, ki je še najbližje kontinentalnemu pravnemu formalizmu, naj bi sodniki v skladu z dejstvi primera in težavami, ki se v njem pojavljajo, uporabili veljavno zakonodajo in ustavo ter prejšnje podobne odločitve<sup>9</sup> in tako prišli do odločitve. Ta model izhaja iz prepričanja, da se sodniki pri svojem odločanju opirajo samo na dejstva primera, zakonodajo, namene zakonodajalca, ustaljeno sodno prakso in tehtanje družbenih interesov (Segal in Spaeth, 1993: 32). Po tej teoriji naj bi torej do pravne odločitve prišlo tako, da sodniki uporabijo zgornjo premiso (normo) in jo aplicirajo na dejstva (Frank, 1930). Sodniška odločitev naj bi bila torej posledica objektivne, logične podlage vsakega primera, do nje pa naj bi prišli poudarjeno racionalno. Takšen model razlage sodnega odločanja v ZDA zagovarjajo predvsem tisti teoretiki, ki jih skrbi, da bi sodniki jasen in čist pomen norme začeli zapolnjevati s subjektivnimi vsebinami.

Težave z opisanim modelom se pojavijo že na ravni navedene premise. Vsako normo je namreč treba interpretirati, ker so vse bolj ali manj splošne in abstraktne (Pavčnik, 2019). Četudi bi lahko verjeli, da imajo norme jasen in enoznačen pomen in da so samo dejstva primera tista, ki vplivajo na odločitev, pa je nemogoče prezreti naravo dejstev in norm. Tudi dejstva so namreč le prepričanja o realnosti (Carter, 1984: 59): vprašanje je, katera vidimo in hočemo videti, katera prepoznamo kot relevantna in katera ne. Če ste kadar koli sodelovali pri pravnem presojanju ali poglobljeni pravni diskusiji, ste ugotovili, da se ljudje pogosto ne strinjajo že v svoji percepciji in interpretaciji dejstev. Ko pa se vmešajo še vrednote, ki jih

<sup>9</sup> Ta trditev v večji meri velja za *common law* sistem, vendar pa tudi na kontinentu sodnik upošteva sodno prakso, predvsem tisto, ki jo ustvarjajo hierarhično višja sodišča.

je v pravnem sistemu mnogo, s sabo pa jih prinašamo tudi razlagalci pravnih norm, je nejasnost še večja.

Carter tako utemeljeno opozarja tudi na dvojno naračanje dejstev: prva so tista, ki jih navajajo stranke, druga pa so mnogo kompleksnejša in manj vidna: to so tista dejstva, ki izhajajo iz socialnega konteksta (Carter, 1984: 66–68), dejstva, iz katerih sodniki nezavedno izhajajo, a jih pogosto sploh ne artikulirajo, lahko pa so ključna za njihovo odločitev.<sup>10</sup> Prav tako lahko v drugo skupino umestimo dejstva, ki vplivajo na sodnikovo razmišljanje v zvezi s politiko določene odločitve: kako bo ta vplivala na sodno prakso, realnost, podobne primere ipd.

Seveda tudi zakonski model priznava, da so norme lahko nejasne, dejstva primera so lahko resnično sporna in relevantno pravo v nasprotju samo s sabo. Vendar pa tudi v takem primeru, v skladu z idejami pravnega formalizma, ostaja sodnikova dolžnost, da tako dejstva primera kot zakonodajne okvire interpretira tako, da pride do najjasnejše, najčistejše pravnološke rešitve (Segal, 2012: 2).<sup>11</sup>

### 3.2 Vrednote in stališča (angl. *attitudinalism*)

Napisanih je bilo mnogo knjig o tem, kako mora sodnik razmišljati objektivno, pa vendar je tudi njihovim piscem jasno, da sodniško odločanje ni v celoti takšno (Carter, 1984: 20–21). Če bi res bilo, bi sodniki v senatih vedno sprejemali soglasne odločitve. Pa jih ne. Sodniki v isti zadevi različno ocenjujejo dejstva, prepoznavajo različne dileme, si postavljajo različna pravna vprašanja in nanje različno odgovarjajo (Keršmanc, 2013).<sup>12</sup> Zakaj? Del te variance je mogoče razložiti z različnimi kognitivnimi zmožnostmi ali jih razumeti kot

posledice drugačnega logičnega procesa oziroma različnega pravnega znanja. Celote pa prav gotovo ne.

Tako so teorije, ki so se pojavile za zakonskim modelom, poskušale obrazložiti sodniško odločanje tudi tako, da so se opirale na psihološke dejavnike, ki prepričljivejšje pojasnjujejo te razlike (Wrightsmann, 1999: 21). »Drugi val« razlag se je namesto na formalistične vidike osredotočal na vrednote in stališča sodnikov in trdil, da bo v primeru, ko je ravnanje, ki je predmet presoje, v neskladju s sodnikovimi vrednotami in stališči, sodnik glasoval tako, da bo poskušal tako vedenje zavrniti, kaznovati ipd. Že leta 1948 je Herman Pritchett analiziral tedanje odločitve ameriškega vrhovnega sodišča in razkril ne samo predvidljivost odločanja posameznih sodnikov, ampak tudi konsistentnost razlik med sodniki. Pozneje je Glendon Schubert celo trdil, da je odločitev posameznega sodnika funkcija odnosa med njegovo ideološko pozicijo do vprašanja, o katerem se odloča, in naravo predmeta odločanja (Wrightsmann, 1999: 21). Tudi takšno gledanje je nekoliko poenostavljeno, saj poznamo primere, ko so sodniki odločali popolnoma v nasprotju s svojimi zasebnimi stališči in tistim, kar se je od njih pričakovalo glede na njihove prejšnje odločitve.<sup>13</sup>

Ker druga razlaga vrednote in stališča razume preveč statično in strogo kavzalno, se je pojavil tudi »tretji val« razmišljanja o teh vprašanjih, ki poudarja, da so stališča samo informacijski filtri, ki vplivajo na kognitivni rezultat (Fiske in Taylor, 1991). Ta razlaga poudarja, da so sodniške odločitve, tako kot vse druge človeške odločitve, posledica kognitivnega procesiranja med dražljajem (sodni primer) in odzivom (sodniško odločitvijo) (Wrightsmann, 1999: 22–23).

Segal in Spaeth (1993: 32–33) sta tako na podlagi vpliva šole pravnega realizma izdelala psihološko mnogo prepričljivejši model, tako imenovani stališčni model (angl. *attitude model*).<sup>14</sup> V skladu z njim sodniki svoje odločitve sprejemajo na podlagi dejstev primera, kot jih dojemajo v okviru svojih ideoloških stališč in vrednot. Seveda se večina sodnikov tega ne zaveda ali pa tega vsaj javno ne prizna.

### 3.3 Motivirana kognicija ali motivirano razmišljanje

Sodobnejše psihološke teorije so šle še korak naprej v razlagi osebnih dejavnikov, ki vplivajo na sodniške odločitve, in

<sup>10</sup> Kot primer lahko vzamemo vlogo ženske v družbi. To, v veliki meri samoumevno dejstvo, se zelo razlikuje v Savdski Arabiji ali pa Sloveniji, Indiji ali Franciji. Takih dejstev sodnik praviloma sploh ne izraža in ne reflektira, ker jih ima za samoumevna in jih preprosto vzame iz socialnega konteksta. Do različnih pojmovanj *dejstev* pa lahko pride tudi znotraj posamične kulture – v sodbah za kaznivi dejanji uboja in umora, ki smo jih analizirali v preteklih raziskavah, so sodniki zelo različno vrednotili kaznivo dejanje, ki ga je storila ženska, ki je bila dlje časa žrtev nasilja svojega moža. Kaznovanje, ki so ga v podobnih primerih izbrali, je zajemalo tako pogojne obsodbe kot nekajletne zaporne kazni.

<sup>11</sup> Sodnik Ameriškega vrhovnega sodišča Thomas je recimo dejal: »Vedno se vprašam, kakšna je v tem primeru moja vloga kot vloga sodnika, ne kot politika, ne kot državljana in ne kot tistega, ki oblikuje politiko.« (Wrightsmann, 1999: 20)

<sup>12</sup> Keršmanc (2013) navaja primer identičnega dejanskega stanja, ki je bilo obravnavano pri 47 različnih državnih tožilcih, in neverjetno je, do kako različnih rešitev so prišli, in to celo v sistemu legalitete.

<sup>13</sup> V literaturi recimo navajajo primere, ko se zasebna stališča sodnikov vrhovnega sodišča Blackmuna in Stewarta glede smrtne kazni niso izražala v njunih sodnih odločitvah (Wrightsmann, 1999: 24).

<sup>14</sup> Beseda *attitude* ima več pomenov: eden je odnos, sledijo še pogled in stališče, vendar pa je v tem kontekstu jasno, da avtorja mislita predvsem na subjektivni odnos do zadeve, ki izhaja iz stališč, zato sva ga v slovenščino prevedli kot stališčni model.

zatrjujejo, da ne gre samo za kognitivne filtre (na primer vrednote), ki vplivajo na odločitve, temveč na vpliv subjektivnih dejavnikov na potek same kognicije. Motivirana kognicija je mehanizem, ki pojasni, kako motivacija vpliva ne samo na čustva, temveč tudi na kognitivne procese. Motivacija so lahko različne notranje psihične vsebine, kot denimo želja, preferenca, stališča, ki vplivajo na rezultat miselnega procesa.

Ljudje ocenjujemo, da se zanašamo na svoje logične in druge razumske sposobnosti, da pridemo do tako imenovanih racionalnih odločitev, vendar pa tudi pri tem ravnanju nastopijo nezavedni mehanizmi, ki vplivajo na našo navidezno racionalno odločitev (Kahneman, 2011; Pohl, 2012). Naša motivacija namreč vpliva na to, katera dejstva opazimo, katera prezremo, kako jih vrednotimo in interpretiramo, in prav to vpliva na navidezno racionalen rezultat – odločitev (Kunda, 1990: 480).<sup>15</sup> V kontekstu kognitivnih bližnjic, po katerih delujejo naši možgani, motivirana kognicija deluje na več ravneh – na ravni zaznavanja tako hitreje in močnejše zaznavamo dražljaje in informacije, ki potrjujejo naša izhodiščna stališča – to filtriranje imenujemo potrditvena pristranost (angl. *confirmation bias*) (Taber in Lodge, 2006), na ravni razmišljanja pa svojo odločitev utemeljujemo in utrjujemo z različnimi procesi iskanja argumentov, tako imenovanim motiviranim razmišljanjem (Howard, 2019). Kar je med ugotovitvami sodobne psihologije in vedenjske ekonomije za našo razpravo najpomembnejše, pa je, da tovrstno razmišljanje ni izolirano na kognitivno manj sposobne ali manj izobražene ali le zasebne odločevalce in odločitve. Nasprotno, raziskave celo kažejo, da so k motiviranemu razmišljanju bolj nagnjeni ljudje, ki imajo s področja odločitve obilico predznanja (tako imenovani učinek prefinjenosti (angl. *sophistication effect*) (Kahan, Slovic, Braman, Gastil in Cohen, 2007), in da to deluje tudi na najizkušenejše odločevalce, kot so na primer zdravniki ali zaposleni v kazenskem pravosodju (Benforado, 2015).

<sup>15</sup> Ena izmed pionirskih študij motivirane kognicije je analizirala odzive skupine poskusnih oseb (moških in žensk), ki so bile sestavljene tako iz pivcev kave kot iz tistih, ki kave ne pijejo, na lažno študijo, ki je znanstveno utemeljevala resne nevarnosti pitja kave za žensko zdravje. Pivke kave so podatke iz študije ocenjevale kot bistveno nezanesljivejše kot tiste ženske, ki kave sploh niso uživale, oziroma kot moški. V drugem primeru, ko so podobno sestavljeni poskusni skupini predstavili študijo, ki je učinke kave prikazala v blažji podobi, pa so vse skupine poskusnih oseb študijo ocenjevale kot enako zanesljivo. Tako lahko vidimo dokaz, da v primeru, ko na nas vpliva želja oziroma motivacija (v tem primeru pitje kave), v nas bolj naraste potreba, da te interese tudi racionalno branimo (Kunda, 1987). Podobne študije so pokazale, da tudi znanstvene raziskave beremo motivirano; če nam spoznanja iz kakršnega koli razloga niso pogodu ali se z njimi ne strinjamo oziroma smo zaradi njih ogroženi, pa začnemo iskati napake teh študij (na primer premajhen vzorec, sumljiva institucija, spornost takšne vrste študij) (Kunda, 1990).

Da bi svoje vrednostno obarvane in čustveno podprte na videz racionalne odločitve obranili in ohranjali iluzijo objektivnosti, brskamo po svojem spominu, da bi našli tiste dokaze in dejstva, ki podpirajo našo odločitev. V svetu številnih idej in dejstev, lahko takšna dejstva tudi skoraj vedno najdemo.

Če imajo torej ljudje, ki morajo sprejemati odločitve, določene preference glede tega, kakšna naj bi bila odločitev, je verjetnejše, da bodo z uporabo *logike* prišli do zelene rešitve; gre za iluzijo objektivnosti (Sood, 2013). Ljudje torej ravnajo pristransko, neobjektivno, a se tega ne zavedamo, ker nas usmerjajo naši cilji in interesi, ki pa delujejo v ozadju. Če bi nam naša motivacija velela, da iščemo povsem drugačno rešitev, bi se nam sprožili drugi spomini, čustva, mehanizmi in tudi druga pravna pravila in načela ter drugi primeri, ki bi prav tako podpirali našo povsem drugačno trditev (Kunda, 1990: 482–483). Eksperiment v zvezi z ekskluzijo dokazov je na primer pokazal, da so poskusne osebe v primeru, ko bi morale izločiti dokaze, ki bi osvobodili storilca moralno hudo zavržnega kaznivega dejanja, hitreje skonstruirale izjeme od pravil ekskluzije, da bi dokaze obdržale kot veljavne, v primerjavi s pravno identično situacijo, ki se je nanašala na blago kaznivo dejanje (Sood, 2015).

Zanimiv je citat sodnika Richarda Posnerja, v katerem ta utemeljuje, da bo pogosto mogoče za vsako od nasprotujočih si trditev, ki se znajdejo pred vrhovnim sodiščem, najti zadostno količino razumnih ljudi, ki se bodo strinjali z eno ali drugo stranjo: »S praktičnega stališča je ustavnosodna praksa vrhovnega sodišča tudi vaja v diskreciji – in to je tudi v celoti to, kar je (*and that is about all it is*).« (Posner, 2005: 41) Segall (2012: 5) pa svoje uvodno razpravljanje zaključí z mislijo: »To [vprašanja, o katerih odloča VS] so vprašanja strategije, presoje in okusa, in sodišče ima neomejeno diskrecijo, da odloči tako, kot se zdi prav sodnikom.« Tako navaja primer z ameriškega vrhovnega sodišča, ko se sodnika Scalia in Ginsburg, oba vrhunska pravnika, razhajata v tako rekoč vsakem stališču, ki se je pojavilo pred sodiščem. Takšnih razlik ni mogoče razložiti samo z drugačnim branjem pravnih norm, ampak z vpogledom v njune vrednote, stališča in osebne zgodbe, ki so ju oblikovale kot človeka in pravnika (Segal, 2012: 6).

Subjektivne raznolikosti med posamezniki pridejo do izraza zlasti pri sodnikih najvišjih sodišč v državi; sodišč, ki pogosto sodijo o vrednostno nabitih vprašanjih, ki ob sprejemu svojih odločitev razmišljajo o daljnosežnih posledicah svojih odločitev, in tudi sodišč, na katera sodnike praviloma kadrira politika. Segall, eden izmed preučevalcev odločitev ameriškega vrhovnega sodišča, svojo knjigo, posvečeno fenomenu odločanja tega sodnega organa, odkrito imenuje *Vrhovni miti: zakaj vrhovno sodišče ni sodišče in zakaj njegovi sodniki niso sodniki*. Že na uvodnih straneh se posveti razbitju natančno

tega mita, iz katerega izhajajo številni avtorji: da sodniki odločajo samo v skladu z ustavo in zakonom ter ustaljeno sodno prakso. Zatrjuje, da sodniki vrhovnega sodišča niti ne uporabljajo prava tako, da bi upravičeval njihove sodne odločbe, niti ne ponudijo pravih razlogov za svoje odločitve. Namesto tega, trdi Segall, uporabljajo »umetelen in zavajajoč žargon« ustavnega prava in tako skrivajo svoje osebne vrednostne sodbe, ki dejansko podpirajo njihove sodbe (Segall, 2012: 3). Ta umetelni žargon vsebuje pomensko izredno odprte koncepte, denimo *due process, equal protection of the law* etc. Mi bi lahko dodali še bolj domače koncepte, kot so pravna država, socialna država, sodna kontrola, načelo sorazmernosti (podobno tudi Testen, 2019). Kot je že na prvi pogled jasno, gre za široke koncepte, ki kljub številnim razpravam in sodni praksi, ki jih poskuša napolniti, ohranjajo pomensko odprtost in kar vabijo k različnim subjektivnim interpretacijam. Hasnas (1995: 201) celo trdi, da je *Rule of Law* tako ali tako mit, ki naj bi nerealistično in nevarno slikal družbo, v kateri vsa razmerja urejajo nevtralna pravila, ki jih objektivno razlagajo sodniki. Ameriški vrhovni sodnik Scalia pa je nekoč, ko so odločali o evtanaziji, celo dejal, da sodniki vrhovnega sodišča niso prav nič bolj usposobljeni odločati o težkih vprašanjih o koncu življenja kot deset naključno izbranih ljudi iz telefonskega imenika za mesto Kansas (Segall, 2012: 7). V slovenskem prostoru je odločanje sodnikov najvišjih sodišč podobno komentiral Testen (2019: 11), ki se sprašuje, ali sodnik v kontekstu tehtanja med dvema legitimnima interesoma sploh lahko pošteno odloči na kakšni drugi podlagi kot na podlagi lastnega prepričanja, kaj je prava odločitev.

Segall in Spaeth (1993: 46) trdita, da je tudi citiranje precedensov (v našem sistemu pa pravnih norm ali drugih podobnih odločitev oziroma poudarjanje enih argumentov in neopredeljevanje do tistih, ki naši argumentaciji škodijo) le utemeljitev oziroma zagovarjanje in podkrepljevanje svojih že prej oblikovanih stališč. Da torej z obrazložitvijo za nazaj utemeljijo svojo prvotno intuitivno odločitev. Seveda vse to velja v nekih sprejemljivih pravnih okvirih, kadar je razumno mogoče sprejeti vsaj nekatere trditve obeh strani. O številnih pravnih vprašanjih je mogoče razumno odločiti na več različnih načinov; celo na radikalno različne načine. Toda vedno obstaja določena cona razumnosti, znotraj katere se lahko smiselno utemeljijo tudi radikalno različne odločitve (Posner, 2006: 1053). Ta cona pa se v različnih primerih razlikuje. V preprostih primerih, ko je sodna praksa o določenem vprašanju zelo utečena in zakon zelo jasen, je ta razpon odločanja ožji, v drugih, tem nasprotnih primerih, pa je ta cona lahko tudi zelo široka. Znotraj te cone pravne odločitve ni mogoče imenovati ne kot pravilne ne kot napačne. Kot pravi Posner (2006: 1053): »[...] resnice ni v tej sliki.«

### 3.4 Sodniška samopercepcija

Zanimivo je tudi raziskovati, kako sodniki doživljajo lasten proces sprejemanja odločitev. Navajava predvsem primere razmišljanja ameriških sodnikov, ker je tam veliko raziskovalne energije posvečene analizi sodniškega odločanja, njihovi sodniški filozofiji in analizi vrednot, iz katerih izhajajo, obstaja pa tudi veliko literature, v kateri sodniki izražajo svoje mnenje in videnje sodnega procesa. Seveda največkrat gre za analizo sodnikov ameriškega vrhovnega sodišča, saj ti najpomembneje vplivajo na oblikovanje odgovorov na ključna pravna vprašanja in ustvarjajo pomembne pravne doktrine.

Sodeč po biografiji sodnika vrhovnega sodišča Oliverja Wendella Holmesa, je bil ta zelo blizu idealu tistega sodnika, ki je povsem oddaljen od realnosti. »Najboljši izraz za opis Holmesovega odnosa na vrhovnem sodišču je *detachment*.<sup>16</sup> Ni bil samo skeptičen; njegova čustva večino časa niso bila aktivirana. ... Holmesovi znanci so že od njegovih zgodnjih let opazili njegovo očitno nezanimanje za druge ljudi. Njegov oče je ocenil, da je »gledal na življenje kot na svečano predstavo, v kateri je sam samo opazovalec.« (White v Shaman, 1996: 610) Drugi sodnik vrhovnega sodišča Clarence Thomas je v svojem govoru na Univerzi Kansas v podobnem smislu zagotovil, da obstajajo pravilni in nepravilni odgovori na vsa pravna vprašanja (Thomas, 1996).

Medtem imajo drugi sodniki precej drugačen (v)pogled v/ na to vprašanje. Vrhovni sodnik William O. Douglas (1980: 8) je tako poročal, da mu je predsednik vrhovnega sodišča sodnik Charles Evans Hughes nekoč dejal: »Zapomniti si moraš eno stvar. Na ustavnopravni ravni, na kateri delamo, je 90 % katere koli odločitve čustvene. Naš razumski del pa priskrbi razloge, ki podpirajo našo naklonjenost.« Podobno meni sodnik Jerome Frank (1930: 101): »Sodnik je človek, in ker nobeno človeško bitje v svojem normalnem mišljenjskem procesu ne pride do sklepa (z izjemo, kadar odloča o omejenem številu preprostih situacij) po poti silogističnega razmišljanja, je pošteno domnevati, da sodnik samo s tem, ko si nadene sodniški hermelin, ne bo uporabil umetne metode razmišljanja. Sodniške odločitve so, brez dvoma, tako kot katere koli druge, v večini primerov narejene od zadaj naprej iz negotovo narejenih zaključkov« (angl. *from conclusions tentatively formulated*).

Tudi vrhovni sodnik Stephen Breyer je na vprašanje, kako doživlja svoje sojenje, odgovoril: »Sem človeško bitje ... Ker

<sup>16</sup> Izraz *detachment* oziroma glagol *to detach* je v psihološkem jeziku zelo težko ustrezno prevesti z eno besedo. Gre namreč za pojem, ki določeno osebo, ki bi jo lahko označili za *detached*, opiše kot nezainteresirano, odmaknjeno, celo nekako *odklopljeno* (kar glagol tudi izvorno pomeni) od sveta oziroma realnosti.

sem človeško bitje, so me seveda oblikovali moja osebna zgodovina in moji lastni pogledi. In ti povzročijo razlike. Nekdo z drugačno življenjsko izkušnjo ima do določene mere različne poglede; to bo vplivalo na način, kako gleda na te stvari. Ampak to je kljub temu drugače od tega, da bi rekel: »Oh, odločam se tako, kot hočem.« Razumem, da name vplivajo moja osebna zgodovina, pogledi, vrednote in drugo. Ampak to ne pomeni, da lahko [med sojenjem] izberem kateri koli rezultat, za katerega mislim, da je dober.« (Wrightsmann, 1999: 42) Predsednik vrhovnega sodišča sodnik Warren E. Burger pa je nekoč lakonično dejal, da to sodišče sestavlja »izbrana družba, ne zato, ker bi bili vsevedni, ampak zato, ker smo bili izbrani in – smo pač tukaj.« (Barholomew in Menez, 1990: 2)

V kontinentalnem kontekstu, toliko bolj v slovenskem prostoru, so javne izjave sodnikov o njihovem načinu in izkušnji odločanja redke. Znova lahko z vidika samorefleksije navedeva Franca Testena, nekdanjega predsednika tako vrhovnega kot ustavnega sodišča, ki je svojo izkušnjo v slednjem opisal podobno kot njegovi ameriški kolegi: »Pri najbolj vrednostno nabitih zadevah se je praviloma ob prvem stiku s problemom oblikovalo neko večinsko, glede na vrednote in prepričanja sodnikov predvidljivo stališče, kaj je prav. Včasih smo potrebovali mesece, nekajkrat tudi več kot leto, da smo našli in oblikovali pravno prepričljive argumente za intuitivno sprejeto odločitev [...] To je bilo med sodniki nekaj samo-umevnega, zavedali smo se, da popolnoma nepristranskega sodnika in sojenja, takšnega, ko bomo z zaprtimi očmi, sledeč zgolj toku argumentacije, končno našli (sicer objektivno že obstoječo?) pravilno rešitev, ni. Tudi zato ne, ker pravilna rešitev, o kateri bi bilo mogoče z intelektualno raziskavo izvedeti, kakšna je, ne obstaja. Res je namreč, da sodniki pravilne odločitve ne najdejo, ampak jo ustvarijo. Toliko bolj to velja, če naj bo odločitev ne le »pravilna«, ampak tudi pravična.« (Testen, 2019: 11–12)

### 3.5 Odnos do prava

Vse zapisano nas vodi do pomembnega vprašanja: kaj so tisti subjektivni, ampak še vedno sprejemljivi standardi, ki še vodijo do dobrih sodniških odločitev? Whitehead (2014: 15), ki se je poglobljeno ukvarjal prav s tem vprašanjem, ugotavlja, da je ključen standard ta, da morajo biti sodniki motivirani z zvestobo pravu (angl. *fidelity to law*): »[...] sodniki morajo imeti za svojo posebno nalogo in misijo, da pravilu sledijo najbolje, kolikor v tistih okoliščinah lahko.« To po njegovem pomeni, 1) da morajo sodniki videti svojo interpretacijo pravne norme kot tako, ki daje dovoljšne razloge, da odločijo o zadevi na določen način, in 2) da morajo svojemu cilju slediti ponižno in s podrejenim (angl. *subservient*) odnosom, razumevajoč pravo kot višjo avtoriteto, kot so njihove lastne preference.

Na podlagi teh meril je izdelal zanimiv model štirih temeljno različnih odnosov do norme glede na sodniški vrednostni odnos do prava oziroma zakonitosti (*Rule of law*)<sup>17</sup> (Whitehead, 2014: 26–28).

1. Najvišjo stopnjo spoštovanja prava imajo v njegovi kategorizaciji tisti s formalističnimi vrednotami, saj se prav taki sodniki čutijo najbolj zavezane pravilom. Ti sodniki občutijo malo dilem ob reševanju svojih (celo težkih) primerov; norme se jim zdijo jasne, njihova zavezanost tem normam pa je izredno visoka. Če sodnik razume pravo kot objektivno in do neke mere zunanje zavezujoče, potem se tako tudi vede in (se mu zdi, da) ustvarja enoznačne, jasne odločitve. Jasno pa je, da je tak pogled na pravo omejen. Tudi (ali predvsem) v pravo obstajajo težki primeri, nejasne norme in pretvarjati se, da celo v takih primerih obstaja jasna in enoznačna rešitev, kaže na določene omejitve osebnosti. Psihološko vprašanje je, ali se taki sodniki svojih omejitev ne zavedajo ali pa imajo razvite tako močne obrambne mehanizme. Whitehead takšne poglede označi kot pretirano poenostavljene, kar ne nazadnje pod vprašaj postavi tudi njihovo zmožnost resnično upoštevati zakonitost in zavezanost pravni normi (Whitehead, 2014: 27).

V intervjujih, ki jih je opravljal, je Whitehead pri sodniških formalistih pogosto odkril vrednote in osebnostne značilnosti, kot so: zgodnja socializacija z disciplino in poslušnost avtoriteti, pravni trening za sledenje pravilom, skoraj mehanična poslušnost avtoriteti, težave z obravnavo konfliktov, popolno sprejemanje in spoštovanje sodnih in političnih akterjev, osebna rigidnost, visoka zavezanost jezikovni razlagi, ki izhaja iz razumevanja, da so norme jasne, zavračanje teoretskih pogledov na probleme, obsojanje drugačnih pogledov in razumevanje pravil kot zunanjih kontrolnih dejavnikov (Whitehead, 2014).<sup>18</sup> Psihologi bi takšno osebnost označili kot rigidno in avtoritarno (Adorno, Frenkel-Briswick, Levinson in Sanford, 1950).

2. Drugo skupino sestavljajo sodniki, ki podpirajo *Rule of law*, ampak na bolj prefinjen način; vodijo jih vrednote dobre vere (angl. *good faith values*). Ti sodniki se zavedajo, da je pravo kompleksen fenomen in da so norme pogosto večpomenske ali celo nejasne. Vodi jih zavezanost temu, da jih kljub vsemu interpretirajo v dobri veri in s svojim najboljšim razumevanjem, v skladu s tem, kar pravni red zahteva. Razlika

<sup>17</sup> *Rule of Law* je angloameriški koncept, ki ga v slovenščino navadno prevajamo s pojmom prava država ali vladavina prava, vendar je v tem kontekstu še najbolje, da ta izraz razumemo kot spoštovanje prava oziroma zavezanost pravnim pravilom.

<sup>18</sup> Ko so raziskovalci takšne sodnike spraševali, v kolikšnem odstotku primerov se pojavljajo konflikti med sodniki, so navajali zelo nizke številke: 5–20 %. Whitehead ugotavlja, da takšni sodniki tudi druge vidijo kot mehanicistične (Whitehead, 2014: 34).

med njimi in sodniki formalisti je predvsem v tem, da imajo sodniki z vrednotami dobre vere mnogo zapletenejši odnos do prava. Ti sodniki se zavedajo, da kljub dobri izobrazbi, studioznosti in dobremu namenu do pravilne rešitve pogosto ne morejo priti samo z mehanično aplikacijo norme na dejansko stanje, temveč da ta zahteva njihovo interpretacijo (Whitehead, 2014: 27–28). To so sodniki, ki svojo subjektivno interpretacijo z zavestnim naporom podredijo zahtevam prava.

Whiteheadovo razmišljanje je močno oprto na Dworkinovo razumevanje sodniškega dela. Dworkin (1982) je zavrgel formalistično držo sodnika in trdil, da predvsem v težkih primerih (angl. *hard cases*) pravo ne more odločiti primera, temveč ga napolni sodniška interpretacija. Vendar pa tudi ta ni neomejena in popolnoma subjektivna. Po analogiji z razlago umetniškega dela Dworkin ugotavlja, da mora biti ta interpretacija taka, da najbolje ustreza sodnikovemu iskrenemu razumevanju tega, kar pravo zahteva. Brati mora prejšnje sodne odločbe in teorijo, tako da razume, kako so tisti, ki so o problemu razmišljali pred njim, razumeli tematiko. Sodnik se mora zavedati, da je samo en v nizu pravnikov, ki se ubadajo z istim problemom (Dworkin, 1982: 193). Pri tem zavrne tako popolnoma objektivistično kot subjektivistično razlago prava (Dworkin, 1982: 196). Podobno meni tudi Burton, ki zagovarja tezo, da je sodnik tudi v primeru nejasnih norm in celo v primeru, ko ima diskrecijo, zavezan pravo interpretirati v najboljši veri, v skladu z iskrenim razumevanjem prejšnjih podobnih odločb, zakonodaje in pravne teorije (Burton, 1992).

Za drugo skupino sodnikov so značilne povsem drugačne osebnostne poteze in vrednote kot za formaliste. Zgodnja socializacija podpira vrednote, kot sta poštenost in integriteta, pravni trening pa se osredotoča na tehtanje dokazov, spoštovanje pravil in refleksije, razumno spoštovanje drugih institucij, sprejemanje dejstva, da je pravo nedoločno in podvrženo subjektivnim razlagam, iskanje načelnih interpretacij, diskrecijo v obstoječem pravnem jeziku, sprejemanje lastne pristranskosti in skrb za čim manjši osebni vpliv, reflektivno iskanje skladnosti s pravnimi načeli, kreativno interpretacijo prava, zanašanje na intuicijo in skrb za pravno koherentnost (Whitehead, 2014).

3. Tretja skupina sodnikov je tista, ki jo vodijo cinične vrednote. Te vrednote povzročijo, da se sodniki počutijo zavezane pravu samo v omejenem obsegu. Pravne norme vidijo kot preveč ohlapne in nejasne in se ne čutijo zavezane skupnosti sodnikov ali ustaljeni sodni praksi. Navzven se sicer pretvarjajo, kot da jih vodijo pravila pravne države, vendar pa ne čutijo notranje zavezanosti tem pravilom in tradiciji, kar se kaže v tem, da sicer citirajo vire in navajajo literaturo, vendar je oboje le izgovor za odločanje v skladu z lastnimi preferencami (Whitehead, 2014: 28–29).

Za tretjo skupino so značilne naslednje vrednote in osebnostne lastnosti: odtujenost od pravne izobrazbe, slaba interakcija z drugimi sodniki, trening v smislu, da je pravo gnetljivo, opažanje političnih pristranskosti pri drugih sodnikih, nezaupanje pravnim metodam mišljenja, nezaupanje v jasnost jezika, pragmatična osredotočenost na rezultate, uporaba pravnega jezika za maskiranje političnih odločitev (v najširšem smislu), upoštevanje svojih instinktov in razumevanje prava kot iluzije (Whitehead, 2014).

4. Obstaja še četrta skupina sodnikov, takšnih s tako imenovanimi falotskimi vrednotami (angl. *rogue values*), ki po mnenju Whiteheada pravno državo spodkopavajo še bolj kot prejšnja skupina. Ti sodniki imajo odklonilen ali celo sovražen odnos do tega fenomena. Popolnoma zavračajo pogled na pravo kot na neki zavezujoči sistem in preprosto razumejo svojo vlogo razsodnika kot povsem subjektivno. Menijo, da so poklicani, da interpretirajo pravo tako, kot se jim zdi primerno<sup>19</sup> (Whitehead, 2014: 29). Takšni sodniki seveda ne morejo biti vzgled za druge sodnike, saj svojo sodniško vlogo jemljejo kot osebno orodje.

Vrednostne značilnosti četrte skupine so: pravni trening kot šola za pravni instrumentalizem, ideološka karierna pot, opažanje rezultatske usmerjenosti pri drugih sodnikih, razumevanje pravnih besedil kot inherentno političnih, popolno zavračanje obstoja pravih odgovorov na pravna vprašanja, razumevanje prava kot racionalizacije, spoštovanje osebnih instinktov pred pravno integriteto in narcisizem, ki prevlada nad pravno avtoriteto (Whitehead, 2014).

Whitehead je že sam uvidel, da je njegova tipologija, kot vsaka druga, preveč dogmatična in statična. Obstajajo sodniki, ki jih kakšen primer zanese med cinične sodnike, pa so sicer večinoma predstavniki kakšne druge skupine (Whitehead, 2014: 30). Vendar pa je njegova razsodba jasna: najboljši sodniki so tisti iz druge skupine, ker se izogibajo ekstremizmu in nevarnostim skrajnosti formalizma in tudi cinizma ali celo skrajnega subjektivizma (Whitehead, 2014: 124–125). Vidijo kompleksnost pravnih problemov, prepoznajo pa tudi vrednost sodniške subjektivnosti. Vendar pa iskreno poskušajo tudi bolj odprte pravne probleme reševati upoštevajoč ustaljeno sodno prakso in spoštovanje do prava, ne da bi pri tem sledili popolnoma subjektivnim občutkom.

Obstajajo torej zelo raznolike teorije o tem, kako sodniki odločajo, hkrati pa tudi zelo različne samopercepcije sodnikov

<sup>19</sup> Whitehead navaja alabamskega vrhovnega sodnika Roya Moora, ki je kritiziral odločitev ameriškega vrhovnega sodišča, ker niso v skladu z desetimi zapovedmi. Kar nekaj tako demokratskih kot republikanskih sodnikov naj bi tako ravnalo v primeru *Bush vs. Gore* (2000) (Whitehead, 2014).



o tem, kako odločajo. Težko se je odločiti, ali nekateri sodniki pri sodnem odločanju res ne vklopijo svojega zasebnega dela; psihološko mnogo verjetneje se zdi, da se tega ne zavedajo. Ljudje ravnaajo, kot menijo, da je prav, in mnogo jih nima subtilnega vpogleda v lastno psiho, redki pa natančno analizirajo svoja prepričanja in doživljanje tako, da bi bili sposobni te pre-tanjene artikulacije. Pri sodnikih bi verjetno naleteli še na težavo, da so vzgojeni v duhu zahteve po objektivnosti in bi, celo če bi se svojih osebnih prepričanj in čustev popolnoma zavedali, ta verjetno zavili v popolnoma pravniške argumente, vzbujajoč vtis, da je na njihovo odločitev vplivala samo pravna realnost.

#### 4 Ali je subjektivnost lahko dobra?

Ugotovili smo, da je odločanje sodnikov, ne glede na njihovo samopercepcijo, bolj ali manj vedno vezano na določene elemente njihove subjektivnosti. Ti so zakoreninjeni v vrednote, na katerih je zgrajen referenčni okvir posameznega sodnika. Vrednote pa se na drugi strani ves čas pojavljajo tudi pri sodnem odločanju. Vsak zakon in celotna ustavna ureditev izhajata iz določenih vrednot, sodniki pa morajo tehtati te vrednote in se spraševati o tem, kako bo posamezna odločitev odzvanjala v kontekstu vrednot družbe.<sup>20</sup> Postavlja se torej vprašanje, katere so tiste osebne vrednote, ki so v skladu s sodniško funkcijo in jo krepijo, in katere ne (Plesničar in Šugman Stubbs, 2018).

Če postavimo tezo še nekoliko širše: ali je mogoče, da določen del subjektivnosti sodnikom dejansko pomaga, da so boljši sodniki? Če v razpravo poleg vrednot vključimo še druge subjektivne dejavnike, kot so osebna prepričanja, čustva in želje ter intuicija (Posner, 2006), se lahko vprašamo, ali so vsi ti drobci sodnikove subjektivnosti resnično pogubni za njegovo objektivno držo. Ali je na primer v zmoti sodnica, ki dovoli, da njeno sočutje (»ustvarjeno z medijem njenega lastnega uma«) do obdolženke, matere samohranilke (če uporabimo stereotipni primer), vpliva na njeno odločitev, da zoper njo ne odredi pripora? Ali je takšno ravnanje v nasprotju s temeljno zahtevo po objektivnosti? Ali je sodnik, ki je jezen na obdolženca, ki je spolno zlorabljal mladoletnike, slab sodnik? Ali ni ta element človečnosti, pa čeprav je zmotljiv, bistvo sodniške funkcije? Po najinem mnenju je pravilen odgovor na vsa ta vprašanja zelo kompleksen in se vedno začne z besedo *odvisno*.

Pri tem je odločilen dejavnik, ki lahko takšno subjektivnost naredi primerno ali na drugi strani problematično, vre-

dnota, ki stoji za takšno osebno pristranskostjo (Maroney, 2012: 1250). Če gre za vrednoto, ki je v skladu z vrednotami pravnega sistema, potem je ne samo popolnoma sprejemljivo biti subjektiven, ampak je to celo zaželeno. Če želimo razumeti vrednoto, ki stoji za to subjektivnostjo, pa moramo seveda razumeti referenčni okvir sodnika in se živjeti v njegovo notranjo logiko. Včasih je mogoče subtilnejša prepričanja ali vrednote sodnika razbrati iz sodbe in včasih jih sodniki tudi jasno izrazijo na obravnavah, ampak še pogosteje ni tako. Takšna analiza bi se izkazala za izredno težko, če ne celo nemogočo, iz več razlogov. Na eni strani tako raziskovalci ugotavljajo, da je dostop do sodnikov oziroma njihovo raziskovanje izjemno omejeno in težavno. Po drugi strani pa bi bilo tudi v primerih, ko bi do sodnikov dejansko prišli, njihovo subjektivno logiko težko izluščili, saj so naše vrednote in naša prepričanja pogosto nezavedni, sodniki pa jih pogosto (praviloma nezavedno) poskušajo še zaviti v racionalne, pravniške argumente.

Ne glede na to, kako težko bi bilo empirično priti do vrednostnega profila določenega sodnika, so prav vrednote tisti odločilni dejavnik, ki lahko subjektivnost naredi primerno ali sporno.<sup>21</sup> Če gre za vrednoto, ki je v skladu z vrednotami pravnega sistema, potem je ne samo popolnoma sprejemljivo biti subjektiven, ampak je to lahko celo dobro. Pomembno je torej razumeti, da subjektivni dejavniki, kot na primer čustva ali prepričanja, pri sodniku niso slabi sami po sebi, ampak so škodljivi samo, če so povezani z določenimi vrednotami in prepričanji, ki nimajo mesta v pravnem svetu. Nasprotno pa so lahko koristni in sojenje celo izboljšajo, če so povezani z vrednotami, ki jih podpira pravni sistem.

#### 4.1 Dva vidika subjektivnosti

S takim razlogovanjem se glede vrednotenja sodniških odločitev izluščita vsaj dva različna vidika subjektivnosti (z mnogo vmesnimi možnostmi).<sup>22</sup> Prvi je škodljiv in se nikoli ne bi smel pojavljati v sodnem kontekstu, drugi pa bogati sodniško odločanje, saj je v skladu s temeljnimi vrednotami pravnega sistema.

Očiten primer prve, neželene subjektivnosti, je tista subjektivnost, ki je nesprejemljiva s stališča temeljnih ustav-

<sup>20</sup> Kot je svoje vrednostno stališče izrazil vrhovni sodnik Cardozo: »Vrhovni cilj prava je zagotavljanje dobrobiti družbe in delo sodnikov je zavzemanje za družbeno blaginjo.« (Cardozo, 1921: 66–67)

<sup>21</sup> Podobno meni Maroney (2012: 1250), ki trdi, da je dober in utemeljen razlog za sodnikovo jezo »tisti, ki je točen, relevanten in izraža dobre vrednote«.

<sup>22</sup> Ker življenje nikoli ni preprosto in črno-belo, gotovo obstajajo različni odtenki subjektivnosti, ki ne nastopa samo v dveh različicah. Gotovo so nekatere subjektivnosti benigne in nimajo nikakršnega vpliva na končno odločitev, spet druge pa so odraz določenega časa in se čez čas lahko zazdijo povsem zastarele in obledele, čeprav so bile v nekem drugem obdobju morda primerne.

nih in zakonskih vrednot. Za primer lahko vzamemo enakost pred zakonom, temeljno vodilo večine demokratičnih ustavnih ureditev.<sup>23</sup> Neželene subjektivnosti, ki kršijo načelo enakosti pred zakonom, lahko izvirajo iz: 1) stereotipov (McGarty, Yzerbyt in Spears, 2002; Stangor, 2000) in predsodkov (Allport, 1979), 2) osebnih interesov (finančne koristi, pomoč lastni družini ipd.) ali 3) političnih simpatij oziroma antipatij (Rachlinski, Johnson, Wistrich in Guthrie, 2009) in podobno. Obsežne kriminološke raziskave recimo kažejo na katastrofalne razsežnosti stereotipiziranja in predsodkov v kazenskem pravosodju (Gabbidon, Greene in Young, 2001; Russel, 2013)<sup>24</sup> in jasno je, da je sodniška presoja, temelječa na teh psiholoških mehanizmih, subjektivna<sup>25</sup> na način, ki je za enakost pred zakonom nesprejemljiv.

Če sodnik, recimo, izreče višjo ali nižjo kazensko sankcijo ali odloči v korist oziroma škodo stranke pristransko, v odvisnosti od nacionalne, verske ali rasne pripadnosti stranke ali njene spolne usmerjenosti, potem je takšna odločitev gotovo v nasprotju s temeljnimi ustavnimi načeli in vodi v diskriminacijo.<sup>26</sup> Takšne pristranskosti bi bilo treba ne samo preverjati, ampak tudi preprečevati.

Enako velja tudi ali še bolj za osebne interese sodnika, ki prav tako privedejo do odločitev, ki so s stališča pravnih vrednot škodljive.<sup>27</sup> Prav zato je razumljivo najmanj to, da sodnik, ki je z dejanjem oškodovan ali pa je povezan z eno od strank postopka, svojega dela ne more opraviti objektivno, kar pravni red ureja z instituti izločanja sodnikov. Ob tem je po-

membno tudi vprašanje, v kolikšni meri lahko sistemski položaj sodnika in sodstva deluje preventivno pri zmanjševanju motivacije ali priložnosti za tovrstne vplive na odločanje.

Podobno nesprejemljiva je subjektivnost, ki izhaja denimo iz sodnika, ki ima večjo simpatijo do stranke postopka zaradi politične naklonjenosti ali pa je do nje negativno nastrojen, ker ne simpatizira z njeno politiko (Schanzenbach in Emerson, 2008).

Po drugi strani pa smo ugotovili, da obstajajo tudi povsem subjektivne vrednote, čustva ali prepričanja, ki lahko dejansko izboljšajo sodniško odločanje in ga naredijo bolj poštenega, bolj angažiranega in bolj človeškega.

Ali lahko, recimo, sodnikova jeza izboljša njegovo presojanje? Odgovor je, zanimivo, da, vendar pa mora za to izpolnjevati določene pogoje. Prvič, za to jeza mora stati vrednota, ki podpira vrednote, izražene v pravnem sistemu. Kot trdi tudi Maroney (2012: 1283), moramo sprejemljivost sodnikove jeze ocenjevati tako, da razlikujemo med jezo, ki izraža prepričanja in vrednote, ki so vredne sodnika v demokratični družbi, in jezo, ki ne temelji na takšnih prepričanjih in vrednotah. Če je, recimo, sodnik jezen na krutost ali brezobzirnost obdolženčevega domnevnega ravnanja in ga to spodbudi, da sojenje vodi bolj angažirano, je pri tem zato bolj zbran in želi sojenje zaključiti učinkovito ter s primerno strogo sankcijo – s to jezo prav gotovo ni nič narobe. Temelji na vrednotah hitrega in poštenega sojenja. Podobno velja, če je sodnik recimo jezen na zagovornika, ki predlaga ponarejene ali napačne dokaze; v takem primeru je sodnikova jeza povsem ustrezna.

Če pa, po drugi strani, sodnikova jeza temelji na obdolženčevi podobnosti sodnikovemu osovraženemu očetu ali na dejstvu, da obdolženec pripada skupini ljudi, ki jo sodnik negativno stereotipizira (recimo gre za Roma, muslimana, homoseksualca ipd.), potem je za takšno jezo očitno, da ne izhaja iz vrednot, ki jih odraža pravni sistem. Podobno velja, če sodnik zaradi jeze na agresivnega in nadležnega obdolženčevega zagovornika obdolženca kaznuje strožje, kot bi ga sicer. V teh primerih pride do neprofesionalnega in nepoštenega odziva, ki lahko vodi v pristransko, nezakonito sodno odločitev.

Če torej povzameva: subjektivni dejavniki v sodni dvorani, kot so recimo čustva, niso nujno nekaj slabega. Ocena o želeni oziroma neželeni subjektivnosti mora vedno najprej izhajati iz vrednote, ki stoji za takšno subjektivnostjo. Če vrednota, ki stoji za takšno subjektivnostjo, ni v skladu z vrednotami pravnega sistema in če sodnik tega pri sebi ne prepozna in ne korigira, potem je verjetnost, da bo takšna neželena subjektivnost vplivala na neprimernost njegove odločitve, večja. In obratno: če bo vrednota, ki stoji za subjektivnostjo, v

<sup>23</sup> Na primer 14. člen Ustave Republike Slovenije (URS, 1991).

<sup>24</sup> Študija izrekanja varščin v ameriški zvezni državi Connecticut je recimo pokazala, da sodniki v New Havnu sistematično izrekajo nerazumno višje varščine črnim in latinskoameriškim moškim obdolžencem v primerjavi z belci (Ayres in Waldfoegel, 1994: 987, 992).

<sup>25</sup> Pa vendar večina teh prepričanj, če ne celo vsa, nikoli ni popolnoma osebnih, enkratnih. Vsakdo izmed nas je odraščal v določenem socialnem okolju, iz katerega je prevzel določena prepričanja in čustvene vzorce, ki jih vsaj v določeni meri deli s tem okoljem, celo če je večinsko mnenje povsem drugačno in jih doživlja kot neutemeljena in nerazumna (McGarty, Yzebyt in Spears, 2002: 5–6). Družba je tako v določeni meri odgovorna tudi za takšna prepričanja in občutja.

<sup>26</sup> V ameriški javnosti je odmeval sodni izid bitke za skrbništvo v primeru, ko je bil oče obsojen morilec svoje prve žene, obtožen spolnega nadlegovanja otrok, rasist in ni plačeval preživnine, njegova druga nekdanja žena pa lezbijka. Sodišče je otroka dodelilo očetu in sodnik je komentiral: »Sem proti homoseksualnosti in tako je moje prepričanje.« (Pitts v Wrightsman, 1999: 49)

<sup>27</sup> V ZDA je recimo znan škandal *Kids for cash*, v katerem sta dva sodnika za mladoletnike mlade prestopnike pošiljala v zasebni zapor tudi v primeru manjših prestopkov, v zameno pa sta od zasebnega zapora za vsakega mladoletnika, ki sta ga napotila tja, prejela večjo vsoto denarja (Ecenbarger, 2012).

skladu z duhom pravnega sistema in njegovih načel, obstaja verjetnost, da bi subjektivnost, utemeljena na takšni vrednoti, pozitivno obogatila sodno odločanje.

#### 4.2 Izražanje subjektivnosti

Vse navedeno seveda ne pomeni, da bo vsakršna subjektivnost, tudi tista, ki je v skladu z načeli pravnega reda, primerna. Takšen odziv mora izpolnjevati še določene druge pogoje: biti mora adekvatno izražen, kar v jeziku pravega odločanja pomeni, da mora biti podan v pravno sprejemljivih okvirih, hkrati pa mora biti izražen socialno sprejemljivo. Kot pravi Maroney (2012: 1261), parafrazirajoč Aristotela, mora biti sodnik »jezen na pravi način«.

Ko se torej sprašujemo o primernosti določenega subjektivnega odnosa ali odziva sodnika, recimo čustva, se moramo naprej vprašati, ali je čustveni odziv ustrezen stimulusni situaciji (Milivojević, 2008), torej, ali je čustveni odziv sodnika primeren glede na okoliščine, ki ga spodbudijo. Ustrezen čustveni odziv je opredeljen kot tisti, ki po kakovosti (vrsta čustva), intenzivnosti, dolžini in načinu izražanja ustreza objektivni stimulusni situaciji (Milivojević, 2008: 128). Če sodnik čuti določeno čustvo, mora to najprej biti primerne kakovosti. Če je sodnik jezen, ko obravnava primer krutega ravnanja z otroki, je jeza primerno čustvo. Za funkcijo sodnika pa je ta jeza tudi primerna, če je primerno intenzivna, če se je sodnik zaveda in jo primerno izrazi. Če jo poskuša tlačiti, se bo izrazila na načine, ki se jih sodnik ne bo zavedal in bodo že zato neprimerni.

Na ravni ustreznega izražanja lahko najdemo veliko različnih načinov: recimo, da jeza sodnika spodbudi k temu, da je bolj angažiran, da se osebno zavzame v zadevi, da se prepriča, da obtoženi res dobi primerno sankcijo ipd. To ne pomeni, da sme sodnik zaradi jeze manj natančno preučiti vidike, pomembne za odločanje o krivdi ali primerni sankciji. Nasprotno, jeza je primerna, ko ga motivira, da svoja ravnanja izvaja bolj zavzeto. Bolj bi nas torej moralo skrbeti za odločitve sodnika, ki tudi v takem primeru ne bi občutil ničesar, ali pa bi čutil čustvo jeze samo zoper določen tip obdolženca, ali pa bi svojo sicer adekvatno jezo neprimerno izražal: obdolžencu grozil, nanj vpil, mu izrekel sankcijo nad predpisanim maksimumom ali neprimerno glede na sodno prakso ipd.

Če smo razpravo v tem delu prispevka začeli z vprašanjem, ali je vse, kar je v sodniku subjektivnega, slabo, lahko na koncu postavimo tudi obratno vprašanje: ali je sodnik, ki je popolnoma čustveno hladen, osebno oddaljen od zadeve, o kateri sodi (celo če je kaj takega sploh mogoče), vedno dober, boljši sodnik? Podobno se je Yosel Rogat (1964: 243) vprašal

za že prej omenjenega vrhovnega sodnika Holmesa: »V zvezi s Holmesom, bolj kot s katerim koli drugim sodnikom, se postavlja redko postavljeno vprašanje: ali se od sodnika kljub vsemu ne zahteva neki minimum angažiranosti? Holmes je prav gotovo bil dovolj *detached*. Ampak ali je bil dovolj angažiran?«

#### 5 Sklep

S preučevanjem teorij sodnega odločanja, psihologije odločanja in izpovedi sodnikov se v veliki meri potrjuje to, kar nas večina doživlja intuitivno. Naše odločitve oblikuje več dejavnikov; med njimi so tako objektivni kot subjektivni. Tudi sodniške odločitve se oblikujejo v različnih procesih. Najprej so seveda pomembni pravno znanje in strokovne izkušnje. Tako na sodnike vpliva tisto, kar so prebrali oziroma slišali v času študija oziroma poznejšega izobraževanja, pravna literatura, ki jo (upajmo) berejo med delom, lastne pravne izkušnje, denimo sodbe, ki so jih že napisali, pa so bile potrjene oziroma vrnjene v ponovno sojenje, sodniške baze podatkov ipd. Del oblikovanja v sodniško vlogo torej opravi pravna fakulteta, del pa poznejše cehovsko oblikovanje: učenje na podlagi prevzemanja vlog, srkanje atmosfere institucije in učenje od kolegov sodnikov. Prav pogovori s starejšimi ali bolj izkušenimi kolegi imajo velik vpliv na sodniške odločitve. Ti, pogosto neformalni pogovori so glavni vir prenosa znanja na mlajše generacije. V vsakem poklicu se oseba oblikuje iz novincev v strokovnjaka; to v teoriji imenujejo *expert-novice distinction* (Wrightsmann, 1999: 42).

Izdelan pravnik postane strokovnjak za kategorizacijo dejstev in dražljajev v določene kategorije, ki so ključne za njegovo delo. To, kar strokovnjaka razlikuje od začetnika, sta hitrost in spretnost oblikovanja teh konceptov. Strokovnjaki so boljši v zaznavanju velikih, smiselnih vzorcev na svojem področju. Kvalificiran kazenski sodnik bo med množico dejstev takoj ugledal tista, ki so pomembna za presojo obstoja določenega znaka kaznivega dejanja, morebitne neprištevnosti ali procesnih napak. Strokovnjaki vse to ugledajo prej, hkrati pa prej vidijo globinske vzorce in različne razsežnosti problema, medtem ko ga začetniki vidijo bolj površinsko (Glase in Chi, 1988).

Gotovo pa na sodnike vplivajo tudi subjektivni dejavniki, kot so njihov osebni čut za pravičnost, vrednote, stališča, osebne izkušnje<sup>28</sup> in podobno. Navadno ljudje zelo hitro vemo,

<sup>28</sup> V pogovoru s tožilci sva Katja Šugman Stubbs in kolega mag. Čujović zasledila oceno, da je neka slovenska sodnica izrekala, po njihovem mnenju, bistveno višje kazni za kaznivo dejanje velike tatvine (vlom), kot bi jih drugi sodniki. Pozneje so ugotovili, da je

kako se bomo odločili; gre za precej hipno, bolj intuitivno kot razumsko odločitev, ki jo potem za nazaj racionaliziramo in obrazložimo navzven. Ta hipna odločitev pa temelji na vseh naštetih dejavnikih. To ne pomeni, da takšne odločitve nismo več sposobni spremeniti. Dober sodnik, ki bi v svoji naknadni argumentaciji opazil napake ali pomanjkljivosti, bi moral biti sposoben spremeniti svojo odločitev. Vendar pa to ne spreminja dejstva, da navadno odločitev pride prva in racionalizacija odločitve druga. Kot pravi Frank, sodnik pride do odločitve najprej intuitivno, šele potem pa naredi korake nazaj k *premissa major in minor* in sprti preverja, ali je njegova odločitev morda logično napačna (Frank, 1949: 184).

Na koncu se objektivni in subjektivni del ravnanja zlije-ta v nekakšno bolj ali manj posrečeno harmonijo. Zdi se, da norme s svojo objektivnostjo in jasnostjo ustvarjajo konsenz glede njihove uporabe. A ko pogledamo pobliže, vidimo, da probleme bolj rešuje socialni konsenz glede razumevanja norme, ki ustvarja kontekst, v katerem se eno razumevanje norme zdi bolj razumno kot drugo. »Sledenje normam ni *tekstovno*, ampak *socialno* določena aktivnost.« (poudarek avtoric, Whitehead, 2014: 13) Sodniki se torej gibljejo v svetu, kjer so določene norme družbeno oziroma pravno razumljene na določen način, kar povzroči, da določene interpretacije norme doživljajo kot bolj razumne in upravičene v primerjavi z drugimi. Sodniki tako skupno ustvarjajo neka konvencionalna razumevanja norm, ki se prenašajo na nove generacije. Pri tem so sami podvrženi številnim spremembam – pravnega reda, družbenih vrednot, sebe kot osebe in sebe kot strokovnjaka. Kot trdi Shaman (1996: 605): »Prava nepristranskost je ideal, ki nikoli ne more biti v celoti dosežen. Sodniki so, ne nazadnje, človeška bitja, ki so v sodni dvorani s svojimi čustvi, znanjem in prepričanji, ki jih ni mogoče magično odstraniti.«

Pomembno je, da torej sprejmemo dejstvo, da so sodniške odločitve tudi subjektivne in da to ni nujno slabo: njihova primernost je odvisna od številnih dejavnikov, najpomembnejša pa je vrednota, ki stoji za njimi. Vendar morajo sodniki začeti ozaveščati svoje notranje procese in jih presoјati v skladu z vrednotami pravnega sistema.

Seveda pa tudi z vrednotami ni preprosto: treba jih je interpretirati, so relativne, lahko so v koliziji druga z drugo ipd. In tako prehajamo v nov krog prepletenosti objektivnosti in subjektivnosti.

## Literatura

1. Adorno, T. W., Frenkel-Bruswik, E., Levinson, D. J. in Sanford, R. N. (1950). *The authoritarian personality*. New York: Harper & Row.
2. Allport, G. (1979). *The nature of prejudice*. Cambridge: Perseus Books.
3. Ariely, D. (2008). *Predictably irrational: The hidden forces that shape our decisions*. New York: Harper Collins.
4. Avnur, Y. in Scott-Kakures, D. (2015). How irrelevant influences bias belief. *Philosophical Perspectives: Epistemology*, 29(1), 7–39.
5. Ayres, I. in Waldfoegel, J. (1994). A market test for race discrimination in bail setting. *Stanford Law Review*, 46(5), 987–1047.
6. Bartholomew, P. C. in Menez, J. F. (1990). *Summaries of the leading cases on the constitution*. Lanham: Rowman & Littlefield Pu.
7. Benforado, A. (2015). *Unfair: The new science of criminal injustice*. New York: Crown Publishers.
8. Boyle, J. (1991). Is subjectivity possible? The post-modern subject in legal theory. *University of Colorado Law Review*, 62, 489–524.
9. Burton, S. J. (1992). *Judging in good faith*. New York: Cambridge University Press.
10. Cardozo, B. N. (1921). *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press.
11. Carter, L. H. (1984). *Reason in law*. Boston: Brown and Co.
12. Douglas, W. O. (1980). *The court years 1939–1975: The autobiography of William O. Douglas*. New York: Random House.
13. Dworkin, R. (1982). Law as interpretation. *Critical Inquiry*, 9(1), 179–200.
14. Ecenbarger, W. (2012). *Kids for cash: Two judges, thousands of children, and a \$2.8 million kickback scheme*. New York: The New Press.
15. Fiske, S. T. in Taylor, S. E. (1991). *Social cognition*. New York: McGraw-Hill.
16. Frank, J. (1930). *Law and the modern mind*. New York: Coward McCann.
17. Frank, J. (1949). *Courts on trial: Myth and reality in American justice*. Princeton: Princeton University Press.
18. Friedman, B. in Nissenbaum, H. (1997). Bias in computer systems. V B. Friedman (ur.), *Human values and the design of computer technology* (str. 21–40). Cambridge: Cambridge University Press.
19. Gabbidon, S. L., Greene, H. T. in Young, V. D. (ur.). (2001). *African American classics in criminology and criminal justice*. Thousand Oaks: Sage.
20. Gillman, H. (2001). What's law got to do with it? Judicial behavioralists test the "legal model" of judicial decision making. *Law & Social Inquiry*, 26(2), 465–504.
21. Glaser, R. in Chi, M. T. H. (1988). Overview. V M. T. H. Chi, R. Glaser in M. J. Farr (ur.), *The nature of expertise* (str. xv–xxix). Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates.
22. Hall, M. J. J., Calabro, D., Sourdin, T., Stranieri, A. in Zeleznikow, J. (2005). Supporting discretionary decision-making with information technology: A case study in the criminal sentencing jurisdiction. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 2, 1–36.
23. Hasnas, J. (1995). The myth of the rule of law. *Wisconsin Law Review*, 1995, 199–233.
24. Holmes, O. W. (1881). *The common law*. Boston: Little, Brown and Company.
25. Holmes, O. W. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10, 457–477.
26. Howard, J. (2019). *Cognitive errors and diagnostic mistakes*. Cham: Springer International Publishing.

---

bila pred leti sama žrtev vlomne tatvine.

27. Jackson v. Harrington 2011 WL 7143189, 21, Central District Court of California (2011).
28. Jager, M., Šugman Stubbs, K. (2013). Čustveni sodniki. V M. Ambrož, K. Filipčič in A. Završnik (ur.), *Zbornik za Alenko Šelih: kazensko pravo, kriminologija, človekove pravice* (str. 135–149). Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Pravna fakulteta, Slovenska akademija znanosti in umetnosti.
29. Kahan, D., Slovic, P., Braman, D., Gastil, J. in Cohen, G. (2007). *Nanotechnology risk perceptions: The influence of affect and values*. Yale: Woodrow Wilson International Center for Scholars.
30. Kahneman, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
31. Keršmanc, C. (2013). Glosa o »47 medotih« h kaznivemu dejanju poslovne goljufije in širjenju cone kriminalnosti v gospodarsko bogatelo. *Zbornik znanstvenih razprav*, 73, 253–285.
32. Kodeks sodniške etike Slovenskega sodniškega društva. (2001). *Slovensko sodniško društvo*. Pridobljeno na [http://www.sodnisko-drustvo.si/SODNISKO\\_DRUSTVO,akti\\_drustva,kodeks\\_sodniške\\_etike.htm](http://www.sodnisko-drustvo.si/SODNISKO_DRUSTVO,akti_drustva,kodeks_sodniške_etike.htm)
33. Kranzberg, M. (1986). Technology and history: »Kranzberg's laws«. *Technology and Culture*, 27(3), 544–560.
34. Kunda, Z. (1987). Motivated inference: Self-serving generation and evaluation of causal theories. *Journal of Personality and Social Psychology*, 53(4), 636–647.
35. Kunda, Z. (1990). The case for motivated reasoning. *Psychological Bulletin*, 108(3), 480–498.
36. Maroney, T. A. (2012). Angry judges. *Vanderbilt Law Review*, 65(5), 1207–1286.
37. McGarty, C., Yzerbyt, V. Y. in Spears, R. (2002). Social, cultural and cognitive factors in stereotype formation. V C. McGarty, V. Y. Yzerbyt in R. Spears (ur.) *Stereotypes as explanations* (str. 1–15). Cambridge: Cambridge University Press.
38. Mele, A. (2001). *Self-deception unmasked*. Princeton: Princeton University Press.
39. Miliivojević, Z. (2008). *Emocije: razumevanje čustev v psihoterapiji*. Novi Sad: Psihopolis.
40. Pavčnik, M. (2019) *Argumentacija v pravu: od življenjskega primera do pravne odločitve*. Ljubljana: GV založba.
41. Pincheta, R. (18. 11. 2019). The flat-Earth conspiracy is spreading around the globe. Does it hide a darker core? *CNN*. Pridobljeno na <https://www.cnn.com/2019/11/16/us/flat-earth-conference-conspiracy-theories-scli-intl/index.html>
42. Pitts, L. (8. 2. 1996). Judicial homophobia led to bizarre custody decision favoring killer dad. *Kansas City Star*, C-13.
43. Plesničar, M. M. in Šugman Stubbs, K. (2018). Subjectivity, algorithms and the courtroom. V A. Završnik (ur.), *Big data, crime and social control* (str. 154–175). Abingdon: Routledge.
44. Pohl, R. F. (ur.) (2012). *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. New York: Psychology Press.
45. Posner, E. (2008). Does political bias in the judiciary matter? Implications of judicial bias studies for legal and constitutional reform. *The University of Chicago Law Review*, 75, 853–883.
46. Posner, R. A. (2005). Foreword: A political court. *Harvard Law Review*, 119, 32–102.
47. Posner, R. A. (2006). The role of the judge in the twenty-first century. *Boston University Law Review*, 86, 1049–1068.
48. Rachlinski, J. J., Johnson, S. L., Wistrich, A. J. in Guthrie, C. (2009). Does unconscious racial bias affect trial judges? *Notre Dame Law Review*, 84(3), 1195–1246.
49. Rogat, Y. (1964). The judge as spectator. *University of Chicago Law Review*, 31(2), 213–256.
50. Russel B. (ur.). (2013). *Perception of female offenders: How stereotypes and social norms affect criminal justice responses*. New York: Springer.
51. Schanzenbach, M. M. in Tiller, E. H. (2008). Reviewing the sentencing guidelines: Judicial politics, empirical evidence, and reform. *University of Chicago Law Review*, 75(2), 715–760.
52. Segal, J. A. in Spaeth, H. J. (1993). *The Supreme Court and the attitudinal model*. New York: Cambridge University Press.
53. Segall, E. J. (2012). *Supreme myths: Why the Supreme Court is not a court and its justices are not judges*. Santa Barbara: Praeger.
54. Shaman, J. M. (1996). The impartial judge: Detachment of passion? *DePaul Law Review*, 45(3), 605–632.
55. Slovar slovenskega knjižnega jezika (SSKJ). (2020a). *Subjektivni*. Pridobljeno na <https://fran.si/iskanje?View=1&Query=subjektivni>
56. Slovar slovenskega knjižnega jezika (SSKJ). (2020b). *Subjektivnost*. Pridobljeno na <https://fran.si/iskanje?View=1&Query=subjektivnost>
57. Solomon, R. C. (2005). Subjectivity. V T. Honderich (ur.), *Oxford companion to philosophy* (str. 900). Oxford: Oxford University Press.
58. Sood, A. M. (2013). Motivated cognition in legal judgements – An analytic review. *Annual Review of Law and Social Science*, 9, 307–325.
59. Sood, A. M. (2015) Cognitive cleansing: Experimental psychology and the exclusionary rule. *The Georgetown Law Journal*, 103, 1543–1608.
60. Stangor, C. (ur.). (2000). *Stereotypes and prejudice: Essential readings*. Philadelphia: Taylor & Francis.
61. Taber, C. S. in Lodge, M. (2006). Motivated skepticism in the evaluation of political beliefs. *American Journal of Political Science*, 50(3), 755–769.
62. Testen, F. (2019). K nekemu ločenemu mnenju (2. del). *Pravna praksa*, 47, 11–12.
63. Thomas, C. (1996). Judging. *Kansas Law Review*, 45, 1–8.
64. Tversky, A. in Kahneman, D. (1981). The framing of decisions and psychology of choice. *Science*, 211, 453–458.
65. Ustava Republike Slovenije (URS). (1991). *Uradni list RS*, (33/91-I).
66. Whitehead, J. E. (2014). *Judging the judges: Values and the rule of law*. Waco: Baylor University Press.
67. Wrightsman, L. S. (1999). *Judicial decision making: Is psychology relevant?* New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers.
68. Zakon o kazenskem postopku (ZKP-UPB8). (2012). *Uradni list RS*, (32/12).

## **Psychological Aspects of Judging: From Objectivity to Subjectivity and Back Again**

Katja Šugman Stubbs, Ph.D., Professor of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law Ljubljana, Slovenia.  
Email: katja.sugman@pf.uni-lj.si

Mojca M. Plesničar, Ph.D., Research Associate and Assistant Professor of Criminal Law and Criminology, Institute of Criminology at the Faculty of Law Ljubljana, University of Ljubljana, Slovenia. Email: mojca.plesnicar@pf.uni-lj.si

Objectivity is one of the fundamental tenets of modern legal systems, all the more so when it comes to structuring law at the level of judicial decision-making. Throughout this article, we deconstruct the notion of objectivity and, even more so its opposite – subjectivity. Through a comprehensive review of international and domestic literature, we present various theories and concepts about judicial decision-making: from legal formalism to attitudinalism and motivated cognition and motivated reasoning. Using Whitehead's typology, we examine four different types of judges according to their attitude towards the Rule of law, and determine what that means for their judicial decision-making. After conceptualizing ideas and theories, and deconstructing the notion of objectivity, we explore the question of whether every subjectivity is necessarily detrimental in judicial decision-making. In cases where our answer to the question is negative, we set criteria by which we can distinguish them from cases of harmful subjectivity. At the heart of the concept around which we base our thesis lie values; on one hand, the values that drive the judge's individual decision, while on the other, the values upon which the legal system is set.

**Keywords:** judging, subjectivity, bias, judges, decision-making, values

**UDC:** 343