

*Dr. Mojca M. Plesničar**

Iz sodnikovih v tožilčeve roke? Vpliv pogajanj o sankcijah na kaznovanje

1. Uvod

Vprašanje pogajanj o sankcijah¹ je izjemno kompleksno in ga je mogoče obdelati s številnih različnih vidikov. Pogajanja, ki izvirno izhajajo iz ureditev *common law*, kjer ta način razreševanja kazenskih sporov močno prevladuje, se v zadnjih desetletjih širijo tudi v ureditve kontinentalnih držav, ki jih sprejemajo z več ali manj zadržanosti in skušajo prilagoditi značilnostim drugačnih temeljev kazenskega postopka.² V zadnjih letih, še posebej pa tik pred uvedbo novele

* Asistentka na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru, raziskovalka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani; mojca.plesnicar@pf.uni-lj.si. Prispevek je za objavo prirejen del doktorske disertacije *Odločanje o sankciji – primerjalnopravni in kriminološki vidiki*, ki jo je avtorica zagovarjala aprila 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ V literaturi se za proces, ki ga označuje angleški pojem *plea bargaining*, pojavljajo različna poimenovanja, ponekod je govor o pogajanjih o krivdi, drugod o sporazumu o krivdi, včasih celo o barantanju, vsak izmed njih pa poudarja različne vidike tega procesa (Tratnik Zagorac, *POGAJANJA O PRIZNANJU KRIVDE* (2013); Tratnik Zagorac, Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 71 (2011), str. 205–236). Z vidika poudarkov te razprave se zdi bolj smiselno poimenovanje pogajanja o sankcijah, ki so druga plat kovanca – storilec ponudi priznanje krivde, tožilec blažjo sankcijo.

² Fišer, Gialuz, Primerjalnopravni pogled na pogajanja v kazenskem postopku v Sloveniji in Italiji, v: *Pravnik*, 67 (2012) 9–10, str. 679–713; Gorkič, Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, v: *ZBORNIK* (2011), str. 9–19; Tratnik Zagorac, Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 71 (2011), str. 205–236; Marinko, Sporazumevanje, v: *Pravna praksa*, 29 (2010) 24–25, str. V–VIII; Weigend, The decay of the inquisitorial ideal, v: *CRIME, PROCEDURE AND EVIDENCE* (2008); Mannozi, Are guided sentencing and sentence bargaining incompatible?, v: *SENTENCING AND SOCIETY* (2002).

ZKP-K, ki je tudi v slovensko ureditev vpeljala sporazum o krivdi, predvsem pa po njej, je vprašanje vse bolj aktualno tudi v našem sistemu, kjer se je nova ureditev, kot kaže, kljub resnim pomislekom večjega dela procesnopravne stroke v kratkem času razmeroma dobro prijela.³

Podrobna obdelava vseh pomembnih materialno- in procesnopравnih vidikov pogajanj o sankcijah daleč presega ambicije tega prispevka,⁴ zato se bom v luči razprave o odločanju o sankcijah osredotočila predvsem na dva vidika pogajanj o sankcijah, ki se zdita zanj še posebej pomembna. Na prvem mestu se navezujem na vprašanje nagrajevanja določene obdolženčeve aktivnosti v postopku (in temu zrcalnega kaznovanja »nesodelujočih« obdolžencev), merim torej na ureditev, ki predvsem z argumentom učinkovitosti nagraduje aktivno sodelovanje obdolženca v postopku tako, da mu priznanje krivde prinese nižjo kazen, kot bi mu jo obsodba v rednem sodnem postopku. Drugo vprašanje, ki je ključno v zvezi z odločanjem o sankcijah, pa je moč, ki jo takšna pogajanja v fazi kaznovanja dajejo tožilcem v primerjavi s klasičnim sistemom, v katerem ključno vlogo in odgovornost nosi sodnik.

2. Nagrajevanje priznanj

Za uvod v ta odsek pogledjmo primer kaznovanja kanadskega profesionalnega morilca, čigar delovanje in kaznovanje sredi osemdesetih let je po pridobitvi ustreznih uradnih dokumentov uspelo podrobno analizirati Gravelovi in Bordelaisovi.⁵ Kanadčan je po pogajanjih s tožilstvom priznal 35 kaznivih dejanj uboja, v katerih je umrlo 45 žrtev. Pri vseh kaznivih dejanjih je po kanadski zakonodaji brez dvoma šlo za umore in ne uboje, saj je bil storilec zanje plačan, vsi so bili vnaprej načrtovani in dobro premišljeni. Tožilstvo je blažjo obliko pravne kvalifikacije kaznivega dejanja dopustilo v zameno za njegovo priznanje

³ Ostruh, Odmera kazni, v: ZBORNIK (2012), str. 101–107.

⁴ Za splošni pregled tematike na našem področju glej npr. Tratnik Zagorac, POGAJANJA O PRIZNANJU KRIVDE (2013); Tratnik Zagorac, Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek, v: Zbornik znanstvenih razprav, 71 (2011), str. 205–236; Gorkič, Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, v: ZBORNIK (2011), str. 9–19; Šugman Stubbs, Plea bargaining: sociološki in psihološki vidiki, v: ZBORNIK (2011), str. 20–28.

⁵ Gravel, Bordelais, Le recours aux délateurs dans le contexte de l'administration de la justice québécoise, Centre international de criminologie comparée, Montreal 1993, navajam po: Doob, Brodeur, Achieving accountability in sentencing, v: ACCOUNTABILITY FOR CRIMINAL JUSTICE: SELECTED ESSAYS (1995), str. 378.

in sodelovanje v nadaljnjih kazenskih postopkih zoper njegove pajdaše.⁶ Kazen, ki jo je dobil za vseh 35 kaznivih dejanj, je bila dosmrtni zapor, pri čemer se je s tožilstvom dogovoril tudi o obliki izvrševanja te kazni – v zaporu je skupno preživel šest let, od tega štiri v zaprtem, dve pa v odprtem režimu, nato še dve leti pod nadzorom v prehodnem domu (*halfway house*), na prostost pa je bil tako pogojno odpuščen po skupno osmih letih zavodskih ukrepov.

Kaznovanja v opisanem primeru ne bi mogli oceniti za primerno in pravično ne glede na izbrano kaznovalno ideologijo,⁷ toliko manj v sistemu, v katerem so povprečne kazni bistveno višje od izrečene. Edini argument, na katerega se je lahko sklicevalo tožilstvo v danih okoliščinah, je bil učinkovitostni, tako za ta konkretni primer kot za pričakovane nadaljnje procese proti storilčevim pajdašem.⁸ Seveda je opisan primer ekstrem, ki ga je mogoče zaslediti samo v sistemih *common law*, iz katerih pogajanja o sankcijah izhajajo in kjer je diskrecija tožilstva neprimerno večja od kontinentalnih ureditev,⁹ kljub temu pa se zdi ustrezen, saj izjemno dobro prikaže situacijo, v katero lahko privede nekritično nagrajevanje sodelovanja storilcev v kazenskih postopkih.

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

Veliko več negotovosti pa je pri skoraj vseh drugih temeljnih kazenskopravnih načelih v *common law* in predvsem v kontinentalnih sistemih, še vedno pretežno zavezanih načelu iskanja materialne resnice in individualizacije kazen-

⁶ Ob tem se dodatno postavlja vprašanje skesanosti oz. instituta skesanca, pri čemer pa gre v samem bistvu za podobno nagrajevanje obdolženčevega ravnanja, ki pripomore k učinkovitosti kazenskega postopka/kazenskih postopkov, kot pri osnovni različici pogajanj o sankcijah. Ashworth, SENTENCING (2010).

⁷ Podrobneje o namenu kaznovanja glej npr. Plesničar, Namen kaznovanja in njegov vpliv na odločanje o sankcijah, v: Zbornik znanstvenih razprav, 72 (2012), str. 181–210; Petrovec, KAZEN BREZ ZLOČINA (1998); Tonry, WHY PUNISH? (2011).

⁸ Ki pa so bili, kot opozarjata Gravelova in Bordelaisova, bistveno manj nevarni od njega, postopki zoper njih pa tudi zaradi nekredibilnosti konkretnega storilca v vlogi priče pretežno neuspešni. Glej Doob, Brodeur, Achieving accountability in sentencing, v: ACCOUNTABILITY FOR CRIMINAL JUSTICE: SELECTED ESSAYS (1995).

⁹ Fišer, Gialuz, Primerjalnopravni pogled na pogajanja v kazenskem postopku v Sloveniji in Italiji, v: Pravniki, 67 (2012) 9–10, str. 679–713; Gorkič, Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, v: ZBORNIK (2011), str. 9–19; Tratnik Zagorac, Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek, v: Zbornik znanstvenih razprav, 71 (2011), str. 205–236.

skih sankcij.¹⁰ Podobne težave se pojavljajo na procesnopравnem področju, kjer sta najbolj ogrožena dva temeljna instituta: domneva nedolžnosti in privilegij zoper samoobtožbo.¹¹ Vsi navedeni pomisleki so tehtni in si zaslužijo posebno obravnavo, ki jim jo številni kolegi v pravnih diskurzih tudi namenjajo, a v tej razpravi se bom osredotočila predvsem na težave, ki jih pogajanja o sankcijah povzročajo v zvezi z načelom individualizacije.

V skladu z načelom individualizacije, kot je uveljavljeno v naši ureditvi, mora sodišče o sankciji zoper storilca odločiti v skladu s kriterijema pravičnosti in smotrnosti, torej tako, da jo prilagodi teži kaznivega dejanja in storilčevi krivdi, hkrati pa upošteva okoliščine, ki kažejo na ustreznost sankcije v smislu njenega vpliva na bodoče vedenje storilca ali splošne javnosti.¹² Poleg krivde in teže kaznivega dejanja lahko sodišče ob odločanju o sankcijah upravičeno upošteva številne druge okoliščine, za katere zakon to predvideva. Z vidika pogajanj o sankcijah se zdi ključno vprašanje, koliko lahko okoliščina storilčevega priznanja vpliva na končno sankcijo.

Večina ureditev neko stopnjo vpliva storilčevega priznanja (ali v bolj kontroverzni obliki celo kesanja) na končno sankcijo priznava. Takšno priznanje ima v različnih ureditvah različno velik vpliv. V angleškem sistemu je na primer vsaj načeloma vpliv odvisen od faze postopka, v kateri je priznanje podano – prej ko pride do priznanja (torej bolj ko se postopek skrajša), večji je »odpustek«, ki ga je storilec zato deležen, v skupnem pa največ tretjino zagrožene kazni.¹³ V nemški ureditvi je lahko priznanje olajševalna okoliščina le, če je mogoče iz njega sklepati na storilčevo stopnjo krivde ali utemeljiti preventivne učinke izrečene sankcije.¹⁴

Pri nas je razmeroma uveljavljena ureditev, v kateri je lahko priznanje olajševalna okoliščina takrat, ko ima pomen za potek kazenskega postopka. Gorkič na podlagi analize sodnih primerov na višjih stopnjah tako ugotavlja, da je priznanje v naši ureditvi kot olajševalna okoliščina upoštevno samo takrat, ko

¹⁰ Gorkič, Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, v: ZBORNIK (2011), str. 9–19; Tratnik Zagorac, Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek, v: Zbornik znanstvenih razprav, 71 (2011), str. 205–236.

¹¹ Gorkič, Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, v: ZBORNIK (2011), str. 9–19; Ashworth, SENTENCING (2010).

¹² Podrobneje glej Plesničar, The individualization of punishment: Sentencing in Slovenia, v: European Journal of Criminology, 10 (2013) 4, str. 462–478; Plesničar, ODLOČANJE O SANKCIJI (2013).

¹³ Ashworth, SENTENCING (2010); Henham, Sentencing policy and guilty plea discounts, v: SENTENCING AND SOCIETY (2002). Henham ob tem opozarja, da sodišča načelni ureditvi sledijo le približno in faze postopka, v kateri je priznanje podano, v kar polovici primerov ne jemljejo za pomemben kriterij za določitev sankcije (prav tam, str. 381).

¹⁴ Gorkič, Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, v: ZBORNIK (2011), str. 9–19.

pripomore »k boljši ugotovitvi dejanskega stanja in skrajšanju postopka na prvi stopnji« in na ta način olajša delo sodišč.¹⁵ V nekem smislu je takšna interpretacija podobna angleški ureditvi, le da je bistveno manj strukturirana.

Z Gorkičem se je mogoče na načelni ravni strinjati, da takšna interpretacija ni v skladu z načelom individualizacije kazenskih sankcij, saj olajševalna okoliščina pomoči sodišču »ne pove ničesar o stopnji krivde ali teži kaznivega dejanja«,¹⁶ pri čemer je treba dodati, da gre pri tem samo za pravičnostni kriterij načela individualizacije. Pri oceni vpliva na kriterij smotrnosti se zdi primernejša večja zadržanost, saj so okoliščine, v katerih je priznanje podano, lahko pomemben kazalnik prav v tem delu individualizacije. Enako, kot si je mogoče zamisliti preračunljivo priznanje, podano zgolj z motivacijo omilitve grozeče sankcije, si je namreč mogoče zamisliti tudi primer iskrenega priznanja, ki kaže na storilčevo obžalovanje in daje pomembne indice za njegovo potencialno rehabilitacijo, ki je ključni del smotrnostnega kriterija.¹⁷ Seveda je mogoče trditi, da so pri tem ključnega pomena storilčevo kesanje¹⁸ in obžalovanje dejanja ter njegovo prihodnje vedenje in ne priznanje samo, vendar je lahko priznanje v nekaterih primerih dober kazalnik takšnih storilčevih občutij in prihodnjega ravnanja.

Vsekakor pa se je mogoče strinjati s tem, da »golo« priznanje v smislu skrajševanja sodnega postopka ne spada v okvire individualizacije kazenske sankcije in je v koherentnem sistemu odločanja o sankcijah tujek, ki ob pozitivnem učinku na hitrost reševanja primerov prinaša kup težav pri načelnem utemeljevanju kaznovanja, česar se zavedajo tudi različni avtorji v državah, kjer so priznanja prvi začeli nagrajevati.¹⁹

¹⁵ Prav tam, str. 15. Podobno se do priznanja opredeljuje tudi novo navodilo, ki ga je v zvezi s kaznovanjem sprejelo Vrhovno državno tožilstvo; v drugem odstavku 3. člena pravi, da »se lahko [priznanje] šteje za olajševalno okoliščino le, če je bistveno pripomoglo k dokončanju postopka«. Več o navodilu v nadaljevanju.

¹⁶ Prav tam, str. 15.

¹⁷ Glej npr. Jančar, O kesanju in pokori, URL: <http://sodisce.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=61746>.

¹⁸ O negativnih in pozitivnih platih upoštevanja kesanja kot olajševalne okoliščine glej Kmet, Pomen obdolženčevega kesanja v kazenskem postopku, v: *Pravna praksa*, 31 (2012) 2, str. 11-13; Martel, Remorse and the production of truth, v: *Punishment & Society*, 12 (2010) 4, str. 414-437; Proeve, Tudor, REMORSE (2010); Goodman-Delahunty, Psychological research on the progress of sentencing, URL: <http://njca.anu.edu.au/Professional%20Development/programs%20by%20year/2006/Sentencing%20Conference/Sen%20conf%20papers%202006/GoodmanDelahunty.pdf>.

¹⁹ Glej npr. Caldwell, Coercive plea bargaining, v: *Catholic University Law Review* 61 (2011) 1, str. 63-98; Ashworth, SENTENCING (2010); Tonry, PUNISHMENT AND POLITICS (2004). Celó v (izmišljenih) abstraktnih sistemih, ki ne poznajo anomalij praktičnega delovanja sodne veje oblasti, pogajanja o sankcijah niso brez težav, glej npr. Bjerck, On the role of plea bargaining, v: *International Review of Law and Economics*, 28 (2008) 1, str. 1-7.

Tonry ob tem pomembno opozarja, da je prav *plea bargaining* v angleškem sistemu eden ključnih dejavnikov rasne diskriminacije pri kaznovanju, saj se za priznanja v postopku pogajanj večinoma bolj odločajo belci, medtem ko so pripadniki etničnih manjšin, predvsem črnci, zaradi večjega splošnega nezaupanja v sistem na podlagi slabih izkušenj do takšnih dogovarjanj bolj skeptični. Zato so ugodnosti krajšanja kazni zaradi priznanj bistveno pogostejše deležni beli obsojenci, kar vodi v še bolj nesorazmerno zastopanost etničnih skupin v zaporih.²⁰ Podobne ugotovitve veljajo tudi za ZDA, kjer je problem rasne neenakosti pri kaznovanju še večji.²¹

3. Vloga tožilca

Drug vidik pogajanj o krivdi oziroma sankcijah, ki se zdi zelo pomemben v zvezi z odločanjem o sankcijah, pa se bolj kot na vprašanji pravičnosti in smotrnosti nanaša na vprašanje vloge različnih akterjev v kazenskem postopku. Jasno je, da so v splošnem sodišča tista, ki v konkretnih primerih odločajo o sankcijah in tako udeležujejo zakonsko predvidene sankcije, zato glede njihove vloge pri ustvarjanju kaznovalne politike ni dvoma. Ob izkušnjah sistemov, iz katerih postopki pogajanj tradicionalno izhajajo, pa se zdi smiselno vprašati, kako takšna pogajanja posegajo v razmerje med sodiščem in tožilstvom in njuni vlogi pri kaznovanju ter kako se je v tem pogledu razvila vloga tožilstva.

Vloga tožilstva pri kaznovanju se od sistema do sistema precej razlikuje, ponekod so tožilci v kaznovalni igri pomemben dejavnik, drugod bolj postranski.²² Vsekakor je vloga tožilcev v sistemih, v katerih so pogajanja o sankcijah pogostejša, če že ne prevladujoča praksa, v zvezi s kaznovanjem izrazito poudarjena. Če denimo vemo, da se več kot 95 odstotkov zadev v ZDA konča s takšnim ali drugačnim sporazumom med obdolženim in storilcem, je že na prvi pogled jasno, da je moč sodnika, ki takšne sporazume navadno le formalno potrdi, bistveno zmanjšana v primerjavi z vlogo, ki jo imajo pri kaznovanju njegovi kontinentalni kolegi.²³

²⁰ Tonry, PUNISHMENT AND POLITICS (2004).

²¹ Savitsky, Is plea bargaining a rational choice?, v: Rationality and Society, 24 (2012) 2, str. 131-167; Edkins, Defense attorney plea recommendations and client race, v: Law and Human Behavior, 35 (2011) 5, str. 413-425.

²² Gorkič, K razpravi o ustroju državnega tožilstva, v: Pravna praksa, 29 (2010) 36, str. II-VIII; Jenull, Politika kazenskega pregona, v: Podjetje in delo, (2007) 7, str. 1626-1639; Fišer, Ustavno-pravni položaj državnega tožilstva in spremembe kazenske procesne zakonodaje, v: Podjetje in delo, (2002) 6-7, str. 1293-1307.

²³ Prim. Hofer, Has booker restored balance, v: Federal Sentencing Reporter, 23 (2011) 5, str. 326-332; Ulmer, Kurlychek, Kramer, Prosecutorial discretion and the imposition of manda-

V ameriškem sistemu se je razmerje med sodiščem in tožilstvom v zadnjih desetletjih ob izjemno visokem deležu sporazumov o sankcijah, razmeroma pasivni vlogi sodišč pri njihovem preverjanju ter vse bolj togih pravilih za odločanje o sankcijah, ki veljajo za sodišča, še dodatno premaknilo v tožilsko smer.²⁴ Eden ključnih problemov togih smernic za kaznovanje in kaznovalnih tabel,²⁵ na katerega opozarjajo pisci s tega področja, je prav prenos diskrecije glede kaznovanja s sodnika, čigar možnosti so v takšnem sistemu precej omejene, na tožilca, ki je prav zaradi trdno in strogo (!) postavljenih kaznovalnih okvirov v pogajalsko ugodnejšem izhodišču.²⁶

Možnosti sodišč za preverjanje sporazumov in poseganje v kaznovanje tudi v takšnih primerih so v kontinentalnem prostoru praviloma širše,²⁷ zato do takšnega preobrata v teh ureditvah ni prišlo. Kljub temu je vloga tožilstva zaradi novih pogajalskih možnosti tudi v kaznovanju v primerjavi s klasičnim sistemom povečana, zato se zdi smiselna kratka analiza aktov, ki na našem področju urejajo ta vprašanja.

Vprašanje, kakšna je vloga tožilstva v našem kazenskem sistemu nasploh, je seveda preveč kompleksno in preobširno za površno obravnavo.²⁸ V sklopu kaznovanja pa se pojavlja pomembno podvprašanje, ki mu velja nameniti nekaj

tory minimum sentences, v: *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 44 (2007) 4, str. 427–458.

²⁴ Wright, Charging and plea bargaining as forms of sentencing discretion, v: *THE OXFORD HANDBOOK OF SENTENCING AND CORRECTIONS* (2012); Hofer, Has booker restored balance?, v: *Federal Sentencing Reporter*, 23 (2011) 5, str. 326–332; Ulmer, Kurlychek, Kramer, Prosecutorial Discretion and the imposition of mandatory minimum sentences, v: *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 44 (2007) 4, str. 427–458; Barry, Greer, Sentencing versus prosecutorial discretion, v: *Journal of Research in Crime and Delinquency* 18 (1981) 2, str. 254–271.

²⁵ Več o tovrstnem uokvirjanju kaznovanja glej npr. Plesničar, ODLOČANJE O SANKCIJI (2013) Petrovec, Plesničar, Percepcija ženske kriminalitete z vidika odmere kazni, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 60 (2009) 2, str. 91–105; Šelih, Načelo sorazmernosti in kazenske sankcije, v: *Podjetje in delo*, (2009) 7, str. 1357–1368; Šelih, SODNA ODMERA KAZNI (1990).

²⁶ Stith, Cabranes, FEAR OF JUDGING (1998); Schulhofer, Nagel, Negotiated pleas under the federal sentencing guidelines, v: *American Criminal Law Review*, 27 (1990) 5, str. 231–290. Izraz »ugodnejšem« na tem mestu uporabljam z nekoliko nelagodja. Njegova uporaba namreč implicira logiko, v skladu s katero je v tožilčevem interesu, da je v posameznem primeru izrečena kar najstrožja možna kazen, kar je v praksi pogosto res (glej npr. Burke, Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargaining, v: *Marquette Law Review*, 91 (2007) 1, str. 183–211), na načelni ravni pa se s tem ne morem strinjati. Vsaj v slovenskem kontekstu, kjer tožilec še vedno nastopa tudi kot »varuh zakonitosti«, njegov interes ne more in ne sme biti izrekanje najstrožjih možnih sankcij, temveč izrekanje najprimernejših sankcij.

²⁷ Gorkič, K osnutku ZKP-1: Sporazum o priznanju krivde, v: *Pravna praksa*, 28 (2009) 34, str. 20–22; Weigend, The decay of the inquisitorial ideal, v: *CRIME, PROCEDURE AND EVIDENCE* (2008).

²⁸ Glej npr. Ferlinc, Ali ni neodvisnost sodišč sama sebi namen, v: *Pravna praksa*, 31 (2012) 5, str. 6–7; Ferlinc, Pomlad ali zima državnih tožilcev, v: *Pravna praksa*, 29 (2010) 22, str. 9–11; Gorkič, 2010; Jenull, 2007; Fišer, Predkazenski postopek, v: *IZHODIŠČA* (2006); Fišer: Ustavnopravni

pozornosti, in sicer, kakšen je interes tožilstva pri kaznovanju. V odgovor sta mogoči dve skrajni stališči in kopica vmesnih. Na eni strani se ponuja možnost, ki konceptualno izhaja iz adversarnega modela kazenskega postopka, v katerem je tožilec »le« stranka v postopku. V skladu s takim pojmovanjem je interes tožilca lahko ne le doseči obsodilno sodbo, temveč tudi doseči čim strožjo kazen, s katero potrdi lastno vizijo primera in navzven izkaže kvalitetno uporabljeno oportuniteto.²⁹ Na drugi skrajnosti najdemo pojmovanje, v skladu s katerim je interes tožilca le ustrezna zakonita odločitev v kazenskem postopku, ne glede na to, ali gre pri tem za obsodilno ali oprostilno sodbo.³⁰ Mogoča so seveda tudi številna vmesna gledišča, ki se zdijo v danih razmerah bolj primerna. Tožilcu tako lahko npr. brez težav »priznamo« interes doseganja obsodilnih sodb, s katerimi navsezadnje potrjuje svoje pravilne odločitve v celotnem kazenskem postopku in pravilnost izbire v primerih uporabe oportunitete, odredimo pa mu interes doseganja čim strožjih sankcij, saj sta v našem sistemu pomen in odmerjanje sankcij razmeroma jasno določena: sankcijo je treba odmeriti glede na okoliščine primera, ne pa glede na tožilčevo prizadevanje zanjo.

V veljavni slovenski ureditvi imajo tožilci možnost sodišču predlagati sankcijo,³¹ ki naj jo izreče v konkretnem primeru, toda sodnik na tak predlog

položaj državnega tožilstva in spremembe kazenske procesne zakonodaje, v: Podjetje in delo, (2002) 6-7, str. 1293-1307.

²⁹ Ob tem je na mestu opozorilo, da sta vloga in delovanje tožilca v klasičnem adversarnem postopku, kakršen denimo obstaja v ZDA, bistveno drugačna od vloge in delovanja tožilcev v kontinentalnih ureditvah. Poleg številnih drugih značilnosti je za našo razpravo temeljna razlika način imenovanja oz. ohranjanja funkcije tožilca - to je v ZDA praviloma voljena funkcija, zato je podvržena številnim mehanizmom politične narave, ki vsaj v zadnjih letih v zvezi s kaznovanjem navadno pomenijo zahtevo po strožjih sankcijah. Prim. Fišer, Ustavnopravni položaj državnega tožilstva in spremembe kazenske procesne zakonodaje, v: Podjetje in delo, (2002) 6-7, str. 1293-1307.

³⁰ Na nekaj podobnega nakazuje Ferlinc (Pomlad ali zima državnih tožilcev, v: Pravna praksa, 29 (2010) 22, str. 9-11), ko pravi: »Razumljivo je, da se tukaj zavzamemo za stališče, da tožilski interes pomeni le zakonitost in pravilnost sodne odločbe tudi tedaj, ko je odločba neugodna za tožilstvo, in da tudi država (zakonodajalec) v težnji za zakonitostjo in pravilnostjo sodnih odločitev prepozna samo sebe, funkcijo državnega tožilca pa kot zaščitnika njenega lastnega interesa.« Še bolj skrajna je starejša koncepcija, v skladu s katero tožilec svojo nalogo opravi v trenutku, ko obtožnica postane pravnomočna (prim. Jenull, Etika pregona, v: Pravna praksa, 30 (2011) 45, str. 33). S Ferlinčevim pojmovanjem pa se npr. ne strinja Fišer (Ustavnopravni položaj državnega tožilstva in spremembe kazenske procesne zakonodaje, v: Podjetje in delo, (2002) 6-7, str. 1294), ki meni, da je skozi razvoj ključno vlogo med funkcijami tožilstva prevzela funkcija pregona, vse ostalo, torej tudi vloga tožilca kot varuha zakonitosti, pa je zgolj obrobne pomena.

³¹ Drugi odstavek 269. člena ZKP se glasi: »Državni tožilec lahko v obtožnici predlaga vrsto in višino kazni, ki naj se izreče obdolžencu, če bo, ko se prvič izjavi o obtožbi, priznal krivdo;

načeloma ni vezan.³² Taka ureditev daje tožilstvu določeno vlogo pri ustvarjanju kaznovalne politike,³³ pri čemer je ta še vedno pretežno pod okriljem in v pristojnosti sodišč. Pomembno vprašanje pri tem je, kolikšna je stopnja usmerjanja posameznih tožilcev v zvezi s kaznovanjem v konkretnih primerih in na kateri ravni do takega usmerjanja prihaja. Iz nekaterih ureditev so znane razmeroma jasne in zavezujoče določbe, ki jim morajo tožilci pri predlaganju kazni slediti,³⁴ pri nas je za zdaj poudarek na splošnih aktih in navodilih na razmeroma abstraktni ravni.³⁵

Med notranjimi akti tožilstva je najsplošnejši akt, ki se ukvarja z vprašanji kaznovanja, Politika pregona, ki jo je Vrhovni državni tožilec sprejel junija 2012.³⁶ V njej pod naslovom Kaznovalna politika med drugim piše (poudarki v izvorniku):

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

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

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

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

predlaga lahko omiljeno kazen, način izvršitve kazni in namesto kazni opozorilno sankcijo, vse pod pogoji in v mejah, ki jih določa kazenski zakon.«

³² Drugače je v primeru kaznovalnih nalogov, kjer je sodišče vezano na predlog tožilca. Glej 445.a, 445.b in 445.c člen ZKP ter primeroma sodbo Vrhovnega sodišča I Ips 25343/2010-29.

³³ Gorkič, K razpravi o ustroju državnega tožilstva, v: Pravna praksa 29 (2010) 36, str. II-VIII.

³⁴ Na Nizozemskem tako npr. poznajo tožilske kaznovalne smernice, oblikovane po vzoru anglosaških kaznovalnih smernic za sodnike. Podrobneje glej Tak, Dutch sentencing, v: SENTENCING AND SANCTIONS IN WESTERN COUNTRIES (2001).

³⁵ Ferlinc, Ali ni neodvisnost sodišč sama sebi namen, v: Pravna praksa, 31 (2012) 5, str. 6-7; Gorkič, K razpravi o ustroju državnega tožilstva, v: Pravna praksa, 29 (2010) 36, str. II-VIII.

³⁶ Dokument je dostopen na URL: http://www.dt-rs.si/sl/informacije_za_medije/114/ (30. 1. 2013). Več o politiki pregona glej Jenull, Politika kazenskega pregona, v: Podjetje in delo, (2007) 7, str. 1626-1639; Fišer, Državni tožilec in politika pregona, v: PREPREČEVANJE KRIMINALITETE (2004).

Splošnim ugotovitvam iz začetnih odstavkov je seveda mogoče pritrditi. Neko vlogo v naši ureditvi tožilstvo pri ustvarjanju kaznovalne politike gotovo ima. Na formalni ravni gre sicer »samo« za predlagalno funkcijo, a ob upoštevanju spoznanj psihologije glede postopka odločanja je ta lahko temeljnega pomena. S predlaganjem posameznih sankcij oziroma višine predlaganih kazni namreč tožilec v konkretnem postopku jasno postavi »sidrišče«, ki sodišču hote ali nehoote znotraj zakonskih okvirov predstavlja določeno izhodiščno točko za nadaljnje odločanje.³⁷

Prav vpliv tožilčevega predloga na končno odločitev sodišča je v literaturi najbolj raziskana in vsaj na videz najpomembnejša oblika sidranja.³⁸ Pobudo pri preučevanju takšnega vpliva tožilskih predlogov so v zadnjih letih prevzeli nemški raziskovalci, ki so v več empiričnih študijah, izvedenih pri nemških prvostopenjskih sodnikih, dognali, da so takšni učinki ne le prisotni, temveč tudi izjemno pomembni. Englicheva in Mussweiler sta tako več sodnikom predstavila identičen hipotetični primer, pri čemer sta nekaterim izmed njih ponudila tožilčev predlog kaznovanja, drugim pa ne. Razlike med skupinama so bile izrazite, pri čemer sta z variacijami eksperimenta prišla še do dveh pomembnih spoznanj: učinek sidranja na odločitev sodnika je bil neodvisen od tega, ali je sodnik predlog ocenil za ustreznega ali ne, in enako neodvisen od izkušenj oziroma staža sodnika.³⁹ Učinke sidranja je bilo pri odločitvah sodnikov mogoče najti tudi v primerih, ko je predlog sankcije dal pravno nerelevanten vir (novinar), ko jim je bilo pojasnjeno, da je bil predlog izbran naključno, ali celo v primerih, ko so predlog sami ustvarili z metom kocke.⁴⁰

Intuitivno bi morebiti pričakovali, da lahko učinek tožilskega predloga uravnoteži zaključna beseda zagovornika,⁴¹ rezultati raziskav pa kažejo drugače. Tako je, nasprotno, v primerih, ko zagovorniki predlagajo drugačno kaznovanje, že

³⁷ Isaacs, Baseline framing in sentencing, v: *Yale Law Journal*, 121 (2011) 2, str. 426–459; Šugman Stubbs, Plea bargaining: sociološki in psihološki vidiki, v: *ZBORNIK* (2011); Mozetič, Napake sodišč pri odločanju, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 57 (2006) 4, str. 317–330. Podrobneje o konceptu »sidranja« glej Plesničar, *ODLOČANJE O SANKCIJI* (2013).

³⁸ English, Mussweiler, Sentencing under uncertainty, v: *Journal of Applied Social Psychology*, 31 (2001) 7, str. 1535–1551; Martin, Alonso, Influence of the prosecutor's plea on the judge's sentencing in sexual crimes, v: *ADVANCES IN PSYCHOLOGY AND LAW* (1997); Chapman, Bornstein, The more you ask for, the more you get, v: *Applied Cognitive Psychology*, 10 (1996) 6, str. 519–540; Ebbesen, Konečni, The process of sentencing adult felons, v: *PERSPECTIVES IN LAW AND PSYCHOLOGY* (1981).

³⁹ English, Mussweiler, Sentencing under uncertainty, v: *Journal of Applied Social Psychology*, 31 (2001) 7, str. 1535–1551.

⁴⁰ English, Mussweiler, Strack, Playing dice with criminal sentences, v: *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32 (2006) 2, str. 188–200.

⁴¹ Prim. Plous, *THE PSYCHOLOGY OF JUDGMENT AND DECISION MAKING* (1993).

njihov predlog podvržen učinku sidranja, pri čemer osnovno sidro pomeni prav tožilčev predlog. Celo več, tudi klasična postopkovna ureditev, ki v skladu z načelom *in dubio pro reo* zaključno besedo daje zagovorniku, misleč, da ima zadnja slišana beseda večji učinek, temelji na zgrešeni logiki. Bistveno večji je učinek prvega predloga, ki je skladno z opisano klasično ureditvijo tožilčev, kar postavlja obdolženega v izrazito neenakopraven položaj.⁴²

Če se vrnem k Politiki pregona, je razmeroma jasno, da ta zgolj upošteva *status quo*, saj predlagalno vlogo tožilcem predpisuje že zakonodaja, pri čemer pa vendar ni povsem jasno, kaj so prednosti takšne ureditve v primerjavi s prejšnjo, v kateri tožilci takšne možnosti niso imeli.

Bistveno bolj v navedenem besedilu Politike pregona zmoti zadnji citirani odstavek, v katerem je vloga tožilstva pri kaznovanju poudarjena iz dveh razlogov. Najprej akt, ki naj vodi delo tožilstva v vseh primerih, postavi prioritete med sankcijami, ki naj jih tožilec v konkretnih primerih predlaga. Pri tem se omeji na najpogosteje izrečeno sankcijo pri nas, torej pogojno obsodbo, in denarno kazen, za katero meni, da bi jo bilo treba na njen račun poudariti.⁴³ Ob tem ni dvoma, da denarne kazni v primerjavi s pogojnimi kaznimi pomenijo strožji ukrep, da je torej zamenjava, ki jo akt predlaga, korak k strožjemu kaznovanju. O drugih sankcijah akt ne govori, zato je mogoče domnevati, da tožilstvo med njimi ni želelo vzpostaviti hierarhije, v skladu s katero bi tožilec v vseh konkretnih primerih predlagal sankcije. Tudi previdni formulaciji »kjer pride v poštev« in »kjer je to primerno« kažeta, da tožilstvo le nakazuje smer, v katero želi, da gredo posamezni tožilci. Ne glede na to se postavlja vprašanje, ali je takšna splošna usmeritev v časih, ko kaznovalna politika naših sodišč tako ali tako postaja strožja, primerna in ali ostaja v mejah vpliva na kaznovalno politiko, ki (naj) ga nosi tožilstvo.

Drug vidik navedenega navodila se zdi (še) bolj problematičen. Pri prioritetenih kaznivih dejanjih naj bi tako tožilci tudi v pritožbenih postopkih vztrajali pri prvotno predlaganih kaznih. Takšno navodilo se zdi razumljivo, če sprejmejo tezo, da se uspešnost tožilstva meri (tudi) glede na strogost izrečene sankcije in ne le na podlagi dosežene obsodilne sodbe. Po nasprotnem razumevanju (ki se zdi ustreznejše), v skladu s katerim je sankcija le odraz presoje sodišča o

⁴² Englich, Mussweiler, Strack, Playing dice with criminal sentences, v: *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32 (2006) 2, str. 188–200.

⁴³ Vprašanje, ali je kaznovalna politika slovenskih sodišč v tem pogledu primerna (najbrž ni), je tu stranskega pomena. Večji poudarek denarnim kaznim je nekaj, na kar dlje časa opozarja tudi teorija (Šelih, *Kazenske sankcije in morebitne spremembe*, v: *SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA* (1997)), obstajajo pa zoper takšen trend tudi nekateri pomisleki (Markelj, *Ekonomska analiza kazenskih sankcij*, v: *Podjetje in delo*, 35 (2009) 2, str. 456–481).

pravičnem in smotrnem kaznovanju v konkretnem primeru in nikakor ne tožilčeve uspešnosti, pa je takšno navodilo manj smiselno. Z besedo »praviloma« je njegova togost znova nekoliko zrelativizirana, pa vendar se zdi tudi v splošnem neprimerno od tožilca zahtevati, da vztraja pri prvotnem predlogu, saj se lahko prav v zaključni besedi zagovornika ali obdolženega še pojavijo okoliščine, s katerimi predhodno ni bil seznanjen in utemeljujejo sankcijo, ki je drugačna od prvotno predlagane.

V zvezi s sankcijami je Vrhovno državno tožilstvo oktobra 2012 izdalo tudi Splošno navodilo o predlaganju vrste in višine kazni, varnostnih ukrepov oziroma predlogov, da se izreče sodni opomin ali pogojna obsodba (v nadaljevanju Navodilo).⁴⁴ Ta, razumljivo, sledi kaznovalni politiki, določeni v Politiki pregona, z obema zgornjima poudarkoma, pri čemer prvega pelje še nekoliko dlje. Na samem začetku v 2. členu namreč kot izhodišče predlaganemu kaznovanju postavi zaporne in denarne kazni, medtem ko opozorilnih sankcij sploh ne omenja. Posebej so izpostavljene nekatere skupine kaznivih dejanj, za katera naj si tožilstva prizadevajo pridobiti določene vrste sankcij. V primeru gospodarskih kaznivih dejanj in kaznivih dejanj, storjenih z zlorabo položaja, so to varnostni ukrepi, v primeru kaznivih dejanj zoper varnost prometa z resnimi posledicami, storjenih pod vplivom alkohola, pa zaporna kazen.⁴⁵

Navodilo tako do določene mere znova vzpostavlja hierarhijo med sankcijami, ki naj ji tožilci sledijo pri predlaganju sankcij, pri tem pa so popolnoma prezrte opozorilne sankcije. Te se pri nas resda izrekajo v izjemno velikem deležu, zato se njihovo poudarjanje najbrž ne zdi smiselno, a kljub temu ne gre zanikati, da v sistemu imajo svojo funkcijo. V skladu z logiko našega sistema Navodilo seveda ni zavezujoče v tem smislu, da tožilci ne bi več smeli predlagati takšnih sankcij, kar izhaja tudi iz uporabe besednih zvez, kot so »ko glede na okoliščine to pride v poštev«, »ko so za to podani pogoji«, »praviloma« in podobno. Na pričakovano kontinuiteto kaže tudi 10. člen, ki kot okvirno vodilo pri izbiri kazenskih sankcij postavlja (obstoječe) podatke kaznovalne politike po tožilstvih.⁴⁶

⁴⁴ Dostopno na spletni strani <http://www.dt-rs.si/uploads/documents/zakonodaja/sankcije1.pdf> (31. 1. 2013).

⁴⁵ Podobno logiko pozna švedski sistem, v katerem je ravno pri kaznovanju tovrstnih kaznivih dejanj mogoč odstop od sicer dosledno izpeljanega sorazmernega kaznovanja. Glej von Hirsch, Jareborg, *The Swedish sentencing law, PRINCIPLED SENTENCING* (2009).

⁴⁶ Ob tem je nekoliko nenavadno, da Navodilo uporabi dikcijo »podatki kaznovalne politike po tožilstvih«, ki so zbrani s strani Strokovno-informacijskega centra pri Vrhovnem državnem tožilstvu, Skupno poročilo o delu državnih tožilstev 2011, URL: <http://www.dt-rs.si/uploads/documents/letno%20porocilo/POROCILO-2011.pdf>. S tem namreč nakazuje, da se kaznovalna politika po tožilstvih razlikuje in da je takšno stanje ustrezno. Za zagotavljanje enakosti

Pomembna in koristna pa se zdi s procesnega vidika tudi določba iz 1. člena, ki tožilstvo opozarja na dolžnost ugotavljanja dejstev in zbiranja dokazov, pomembnih za kaznovanje, od predkazenskega postopka naprej. Podobno velja za 3. člen, ki tožilce opozarja, da morajo pri predlaganju sankcij navajati vse relevantne okoliščine (in ne le tistih, ki so obdolžencu v škodo), hkrati pa postavlja omejitve upoštevanju dveh okoliščin – priznanja in časovne odmaknjenosti, pri čemer sledi slovenski sodni praksi v zvezi s tema vprašanjema.

Za oceno vpliva Navodila na konkretno delo tožilcev je še prezgodaj, saj je v veljavi šele nekaj mesecev, zanimivo pa bo spremljati njegove morebitne učinke na kaznovalno politiko v delu, ki pripada tožilstvu, in osnovno vprašanje, ali bo do takšnih učinkov sploh prišlo. Na splošno ga je mogoče oceniti kot precej splošen akt, ki podobe sankcij, ki jih je doslej predlagalo tožilstvo, ne spreminja bistveno, a vendar kaže tendence po strožjem kaznovanju.

Večji vpliv je mogoče pričakovati od drugega akta, sprejetega sočasno z opisanim Navodilom, ki se neposredno dotika pogajanj o sankcijah, glede katerih pri nas zaradi njihove relativne novosti še ni trdno zasidrane prakse. Poleg tega gre za področje, na katerem je moč tožilca v zvezi s kaznovanjem in ustvarjanjem kaznovalne politike največja, zato je njegov pomen toliko večji. Splošno navodilo o pogajanjih ter o predlaganju sankcij v primeru priznanja krivde in sporazuma o krivdi (v nadaljevanju Navodilo o pogajanjih)⁴⁷ tako pokriva vprašanja pogajanj in tožilcem daje oporo za odločanje znotraj zakonsko postavljenih meja.

Z vidika kaznovanja se zdita še posebej pomembna 6. člen z naslovom Kazenske sankcije ter 10. člen, ki govori o neuspešnih pogajanjih.

6. člen – Kazenske sankcije

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

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

Izjemoma je smiselno predlagati polovico kazni, ki bi jo izreklo sodišče, pri čemer je treba skrbno preučiti vse okoliščine kaznivega dejanja, posledice, ki bi jih lahko imela sklenitev sporazuma o priznanju krivde in upoštevati načelo sorazmernosti.

v celotni pravni ureditvi bi bilo najbrž bolj smiselno, če bi Navodilo predlagalo poenotenje takšne politike ali uporabo povprečnih vrednosti.

⁴⁷ Dostopno na spletni strani <http://www.dt-rs.si/uploads/documents/zakonodaja/pogajanja.pdf> (31. 1. 2013).

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

10. člen

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

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

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

Pristop Navodila o pogajanjih, ki takšno nižanje kazni omejuje na dve tretjini ali izjemoma polovico pričakovane kazni, se zato zdi potreben in primeren. Vendar pa je ureditev pomanjkljiva v več drugih pogledih. Najprej se je seveda mogoče vprašati, ali sta omenjeni »meji« postavljeni na primerno mesto, ali torej tretjina pričakovane kazni pomeni ustrezen »manevrski prostor« za pogajanja ali že preveč posega v kaznovalni sistem. Bistveno manjši pogajalski prostor bi seveda izničil osnovni namen pogajanj, saj bi bila ugodnost, ponujena obdolžencu, premajhna, da bi resno vplivala na njegovo odločitev o priznanju, a premislek se zdi ključnega pomena in bi ga bilo utemeljeno pričakovati že v fazi snovanja takšnih možnosti na zakonski in ne na izvedbeni ravni.⁴⁸

⁴⁸ Ob pisanju tega odstavka je nemogoče zanikati popolno načelno kazenskopravno nesprejemljivost takšnega razmišljanja v kazenskem postopku, ki prisega na temeljni institut privilegija zoper samoobtožbo. Zelo poenostavljeno: privilegij zoper samoobtožbo od sistema zahteva, da na obdolženega ne izvaja nikakršnih pritiskov v smeri priznanja ali celo kakršnegakoli izjavljanja v zvezi s postopkom (več o tem Gorkič, K osnutku ZKP-1: Sporazum o priznanju krivde, v: Pravna praksa, 28 (2009) 34, str. 20–22). Tukaj pa se znajdemo v situaciji, ko se zavedamo, da s premalo ponujenega »odpustka« nikogar ne bomo uspeli prepričati v pogajanja, saj se jim ne bodo »splačala«, pri čemer pravice kogarkoli prepričevati ali premamiti sploh nimamo. Vse seveda v imenu učinkovitosti postopka in hitrejšega reševanja primerov, ki naj ustvari vtis učinkovitega in pravičnega (kazensko)pravnega sistema. Zanimivo bi bilo videti, kako bi se

Poleg tega v prvem odstavku 6. člen sicer govori o sankcijah, pri omejitvah, ki jih postavlja v drugem odstavku, pa o kaznih in tudi omejitve same je mogoče razumeti samo v navezavi z denarno ali zaporno kaznijo. Kar manjka, je zamejitev pogajanj v smislu prehajanja med različnimi vrstami sankcij, npr. tipično med zaporno kaznijo in opozorilno sankcijo pogojne obsodbe (drugi odstavek 450.c člena), kar je bistveno bolj pomembno v smislu kaznovalne politike in tudi glede na pogostost izrečenih sankcij pri nas. Določitev ustreznih kriterijev za takšen prehod je zahtevna in kompleksna naloga, s katero se srečujejo tudi drugi sistemi, ki skušajo zamejiti svobodo pogajanj o sankcijah, npr. angleški, vendar se zdi, da bi si bilo zanj smiselno prizadevati.⁴⁹

Drugi citirani člen iz Navodil o pogajanjih, torej 10. člen, vnaša v sistem pogajanj dodatno varovalko, ki se zdi izjemno dobrodošla, njena umestitev pa bi bila verjetno smiselna že na zakonski ravni. Omejuje namreč tožilčevo diskrecijo pri spreminjanju njegovega pogajalskega izhodišča in preprečuje zlorabe v smislu predložitve previsoke (ali prenizke) izhodiščne kazni, na podlagi katere bi se tožilec začel pogajati. Tožilca torej zavezuje h konsistentnosti v kaznovalnih predlogih in vsaj izhodišče za pogajanja postavlja na raven siceršnje kaznovalne politike, ki jo vodi. V praksi seveda tožilčev predlog sankcije sodišča ne zavezuje k predlaganemu kaznovanju, zato je večji pomen omenjene določbe tisti, ki ga nosi na načelni ravni, da se torej tožilstvo mora zavedati omejitev tudi ali še posebej v postopkih pogajanj z obdolženci.

4. Sklep

Oceniti, kaj bodo na področju kaznovanja (ali na drugih področjih) v prihodnje prinesla pogajanja o sankcijah, je nevhvaležna naloga. V skladu s kontinentalno tradicijo tožilstva in pravnega sistema ter razmeroma ustrezno postavljenimi formalnimi omejitvami (kolikor je ob pragmatični izhodiščni odločitvi za pogajanja sploh mogoče) ne gre pričakovati ekstremnih primerov, kakršen je bil uvodni iz kanadske zgodovine.⁵⁰

Nikakor pa ne smemo zanemariti pričakovane in že potrjene pogostosti rabe tega mehanizma, ki lahko pripelje do vsaj dveh posledic, pomembnih za kaznovalno politiko.

do tega vprašanja opredelilo naše Ustavno sodišče, še posebej upošteva njegovo pomembno odločitev v primeru Up-134/97 z dne 14. 3. 2002.

⁴⁹ Ashworth, SENTENCING (2010).

⁵⁰ Prim. Fišer, Ustavnopravni položaj državnega tožilstva in spremembe kazenske procesne zakonodaje, v: Podjetje in delo, (2002) 6-7, str. 1293-1307.

Najprej bi bilo mogoče pričakovati znižanje trenutnih povprečij v kaznovanju, saj je ob povečanem številu primerov, ki bodo rešeni s pogajanjem, mogoče pričakovati več primerov, v katerih bodo izrečene sankcije, nižje od tistih, ki jih sicer dosegajo sodišča.

Po drugi strani je cena, ki jo moramo biti pripravljene plačati za to, prenos dobrišnega dela pristojnosti za kaznovanje s sodne veje oblasti na tožilstvo, z vsemi nevarnostmi, ki jih to prinaša.⁵¹ Med drugim tudi s to, da tožilstva sčasoma uberejo (še) bolj kaznovalno naravnane poti.

⁵¹ Gorkič, Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, v: ZBORNIK (2011), str. 9-19; Šorli, Pogajanja med obdolžencem in obrambo, v: Podjetje in delo, (2011) 6-7, str. 1038-1046; Šugman Stubbs, Plea bargaining: sociološki in psihološki vidiki, v: ZBORNIK (2011); Tratnik Zagorac, Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek, v: Zbornik znanstvenih razprav, 71 (2011), str. 205-236.

Literatura

- Ashworth, Andrew: SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE, 5th Ed., Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Barry, Donald M., in Greer, Alexander: Sentencing versus prosecutorial discretion: The application of a new disparity measure, v: Journal of Research in Crime and Delinquency, 18 (1981) 2, str. 254–271.
- Bjerk, David: On the role of plea bargaining and the distribution of sentences in the absence of judicial system frictions, v: International Review of Law and Economics, 28 (2008) 1, str. 1–7.
- Burke, Alafair S.: Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargaining, v: Marquette Law Review, 91 (2007) 1, str. 183–211.
- Caldwell, Harry M.: Coercive plea bargaining: The unrecognized scourge of the judicial system, v: Catholic University Law Review, 61 (2011) 1, str. 63–98.
- Chapman, Gretchen B., in Bornstein, Brian H.: The more you ask for, the more you get: Anchoring in personal injury verdicts, v: Applied Cognitive Psychology, 10 (1996) 6, str. 519–540.
- Doob, Anthony N., in Brodeur, Jean-Paul: Achieving accountability in sentencing, v: ACCOUNTABILITY FOR CRIMINAL JUSTICE: SELECTED ESSAYS (ur. Philip C. Stenning), University of Toronto Press, Toronto 1995, str. 376–396.
- Ebbesen, Ebbe B., in Konečni, Vladimir J.: The process of sentencing adult felons: A causal analysis of judicial decisions, v: PERSPECTIVES IN LAW AND PSYCHOLOGY, VOLUME II: THE TRIAL PROCESS (ur. Bruce D. Sales), Plenum, New York 1981, str. 413–458.
- Edkins, Vanessa A.: Defense attorney plea recommendations and client race: Does zealous representation apply equally to all?, v: Law and Human Behavior, 35 (2011) 5, str. 413–425.
- Englich, Birte, in Mussweiler, Thomas: Sentencing under uncertainty: Anchoring effects in the courtroom, v: Journal of Applied Social Psychology, 31 (2001) 7, str. 1535–1551.
- Englich, Birte, Mussweiler, Thomas, in Strack, Fritz: Playing Dice with Criminal Sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making, v: Personality and Social Psychology Bulletin, 32 (2006) 2, str. 188–200.
- Ferlinc, Andrej: Ali ni neodvisnost sodišč sama sebi namen, če je eno stopnjo pred tem selekcija zadev podvržena odvisnosti?, v: Pravna praksa, 31 (2012) 5, str. 6–7.
- Ferlinc, Andrej: Pomlad ali zima državnih tožilcev, v: Pravna praksa, 29 (2010) 22, str. 9–11.

- Fišer, Zvonko: Državni tožilec in politika pregona, v: PREPREČEVANJE KRIMINALITETE: TEORIJA, PRAKSA IN DILEME (ur. Gorazd Meško), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2004, str. 337–347.
- Fišer, Zvonko: Predkazenski postopek, v: IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA (ur. Katja Šugman Stubbs), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006, str. 57–147.
- Fišer, Zvonko: Ustavnopравни položaj državnega tožilstva in spremembe kazenske procesne zakonodaje, v: Podjetje in delo, (2002) 6-7, str. 1293–1307.
- Fišer, Zvonko, in Gialuz, Mitja: Primerjalnopравни pogled na pogajanja v kazenskem postopku v Sloveniji in Italiji, v: Pravniki 67 (2012) 9-10, str. 679–713.
- Goodman-Delahunty, Jane: Psychological research on the progress of sentencing, URL: <http://njca.anu.edu.au/Professional%20Development/programs%20by%20year/2006/Sentencing%20Conference/Sen%20conf%20papers%202006/GoodmanDelahunty.pdf> (2. julij 2013).
- Gorkič, Primož: K osnutku ZKP-1: Sporazum o priznanju krivde, v: Pravna praksa, 28 (2009) 34, str. 20–22.
- Gorkič, Primož: K razpravi o ustroju državnega tožilstva, v: Pravna praksa, 29 (2010) 36, str. II–VIII.
- Gorkič, Primož: Pravni vidiki pogajanj in sporazumov o krivdi v kazenskem postopku, v: ZBORNİK 4. KONFERENCE KAZENSKEGA PRAVA IN KRIMINOLOGIJE, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 9–19.
- Henham, Ralph J.: Sentencing policy and guilty plea discounts, v: SENTENCING AND SOCIETY: INTERNATIONAL PERSPECTIVES (ur. Cyrus Tata in Neil Hutton), Ashgate Publishing, Aldershot 2002, str. 371–398.
- Hofer, Paul J.: Has Booker restored balance? A look at data on plea bargaining and sentencing, v: Federal Sentencing Reporter, 23 (2011) 5, str. 326–332.
- Isaacs, Daniel: Baseline framing in sentencing, v: Yale Law Journal 121 (2011) 2, str. 426–459.
- Jančar, Martin: O kesanju in pokori, URL: <http://sodisce.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=61746> (2. julij 2013).
- Jenull, Hinko: Etika pregona, v: Pravna praksa, 30 (2011) 45, str. 33.
- Jenull, Hinko: Politika kazenskega pregona, v: Podjetje in delo, (2007) 7, str. 1626–1639.
- Kmet, Saša: Pomen obdolženčevega kesanja v kazenskem postopku, v: Pravna praksa, 31 (2012) 2, str. 11–13.
- Mannozi, Grazia: Are guided sentencing and sentence bargaining incompatible? Perspectives of reform in the Italian legal system, v: SENTENCING AND SOCIETY: INTERNATIONAL PERSPECTIVES (ur. Cyrus Tata in Neil Hutton), Ashgate Publishing, Aldershot 2002, str. 110–132.
- Marinko, Janko: Sporazumevanje v nemškem kazenskem postopku, v: Pravna praksa, 29 (2010) 24–25, str. V–VIII.

- Markelj, Luka: Ekonomska analiza kazenskih sankcij, v: *Podjetje in delo*, 35 (2009) 2, str. 456–481.
- Martel, Joane: Remorse and the production of truth, v: *Punishment & Society*, 12 (2010) 4, str. 414–437.
- Martin, Eugenio G., in Alonso, Carmen H.: Influence of the prosecutor's plea on the judge's sentencing in sexual crimes: Hypothesis of the theory of anchoring by Tversky and Kahneman, v: *ADVANCES IN PSYCHOLOGY AND LAW: INTERNATIONAL CONTRIBUTIONS* (ur. Santiago Redondo, Vicente Garrido, Jorge Pérez in Rosemary Barberet), Walter de Gruyter, Berlin 1997, str. 215–226.
- Mozetič, Polona: Napake sodišč pri odločanju, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 57 (2006) 4, str. 317–330.
- Ostruh, Boris: Odmera kazni na podlagi sporazuma o priznanju krivde – analiza primera, v: *ZBORNIK 5. KONFERENCE KAZENSKEGA PRAVA IN KRIMINOLOGIJE*, GV Založba, Ljubljana 2012, str. 101–107.
- Petrovec, Dragan: *KAZEN BREZ ZLOČINA: PRISPEVEK K IDEOLOGIJAM KAZNOVANJA*, Studia Humanitatis, Ljubljana 1998.
- Petrovec, Dragan, in Plesničar, Mojca M.: Percepcija ženske kriminalitete z vidika odmere kazni, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 60 (2009) 2, str. 91–105.
- Plesničar, Mojca M.: Namen kaznovanja in njegov vpliv na odločanje o sankcijah, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 72 (2012), str. 181–210.
- Plesničar, Mojca M.: *ODLOČANJE O SANKCIJI – PRIMERJALNOPRAVNI IN KRIMINOLOŠKI VIDIKI*, doktorska disertacija, Ljubljana 2013.
- Plesničar, Mojca M.: The individualization of punishment: Sentencing in Slovenia, v: *European Journal of Criminology*, 10 (2013) 4, str. 462–478.
- Plous, Scott: *THE PSYCHOLOGY OF JUDGMENT AND DECISION MAKING*, McGraw-Hill, New York 1993.
- Proeve, Michael, in Tudor, Steven: *REMORSE: PSYCHOLOGICAL AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVES*, Ashgate, Farnham, Burlington 2010.
- Savitsky, Douglas: Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system, v: *Rationality and Society*, 24 (2012) 2, str. 131–167.
- Schulhofer, Stephen J., in Nagel, Ilene H.: Negotiated pleas under the Federal Sentencing Guidelines: The first fifteen months, v: *American Criminal Law Review*, 27 (1990) 5, str. 231–290.
- Stith, Kate, in Cabranes, José A.: *FEAR OF JUDGING: SENTENCING GUIDELINES IN THE FEDERAL COURTS*, University of Chicago Press, Chicago 1998.
- Šelih, Alenka: Kazenske sankcije in morebitne spremembe, v: *SODOBNE USMERITVE KAZENSKEGA MATERIALNEGA PRAVA* (ur. Alenka Šelih), Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 261–271.

- 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.
- Šorli, Marko: Pogajanja med obdolžencem in obrambo, v: *Podjetje in delo*, 35 (2011) 6-7, str. 1038–1046.
- Šugman Stubbs, Katja: Plea bargaining: sociološki in psihološki vidiki, v: *ZBORNIK 4. KONFERENCE KAZENSKEGA PRAVA IN KRIMINOLOGIJE*, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 20–28.
- Tak, Peter J.: Dutch sentencing, v: *SENTENCING AND SANCTIONS IN WESTERN COUNTRIES* (ur. Michael H. Tonry in Richard S. Frase), Oxford University Press, Oxford 2001, str. 151–187.
- Tonry, Michael: *PUNISHMENT AND POLITICS: EVIDENCE AND EMULATION IN THE MAKING OF ENGLISH CRIME CONTROL POLICY*, Willan Publishing, Cullompton 2004.
- Tonry, Michael H. (ur.): *WHY PUNISH? HOW MUCH? A READER ON PUNISHMENT*, Oxford University Press, Oxford, New York 2011.
- Tratnik Zagorac, Andreja: Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 71 (2011), str. 205–236.
- Tratnik Zagorac, Andreja: *POGAJANJA O PRIZNANJU KRIVDE: PRAVNI IN KRIMINALITETNO-POLITIČNI VIDIKI*, doktorska disertacija, Ljubljana 2013.
- Ulmer, Jeffery T, Kurlychek, Megan C., in Kramer, John H.: Prosecutorial discretion and the imposition of mandatory minimum sentences, v: *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 44 (2007) 4, str. 427–458.
- Von Hirsch, Andrew, in Jareborg, Nils: The Swedish sentencing law, v: *PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY*, 3rd Ed. (ur. Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth in Julian Roberts), Hart, Oxford/Portland 2009, str. 258–269.
- Vrhovno državno tožilstvo RS: Skupno poročilo o delu državnih tožilcev 2011, URL: <http://www.dt-rs.si/uploads/documents/letno%20porocilo/POROCILO-2011.pdf> (2. julij 2013).
- Weigend, Thomas: The decay of the inquisitorial ideal: Plea bargaining invades German criminal procedure, v: *CRIME, PROCEDURE AND EVIDENCE IN A COMPARATIVE AND INTERNATIONAL CONTEXT: ESSAYS IN HONOUR OF PROFESSOR MIRJAN DAMAŠKA* (ur. John D. Jackson, Máximo Langer in Peter Tillers), Hart, Oxford, Portland 2008, str. 39–63.
- Wright, Ronald F.: Charging and plea bargaining as forms of sentencing discretion, v: *THE OXFORD HANDBOOK OF SENTENCING AND CORRECTIONS* (ur. Joan Petersilia in Kevin R. Reitz), Oxford University Press, Oxford 2012, str. 247–269.

From the Judiciary to the Prosecution? The Impact of Plea Bargaining on Sentencing

Summary

The issue of plea bargaining is a complex one and entails analyses from very different and various viewpoints. It has only recently entered the Slovenian penal realm, yet it has been met with welcoming hands by prosecutors and defendants alike, despite numerous important concerns expressed in the past years in academic discussions. The present discussion limits itself to questions on the relationship between plea bargaining and punishment, or to be more exact, sentencing. In this respect I attempt to answer two main groups of concerns: firstly, I address the issue of plea bargaining from the viewpoint of the principle of individualisation of punishment and examine how the two might be reconciled if at all. Secondly, I discuss the shift that plea bargaining brings in the established institutional balance in sentencing, namely, how the roles of the judiciary and the prosecution unavoidably change once plea bargaining enters the picture.

With regard to the first issue, it is rather commonly accepted that plea bargaining's main (and perhaps only) advantage is its contribution to expediency in criminal procedures. It is undeniable that cases that finish with a plea bargain end much faster than regular proceedings, which also greatly diminishes the economic costs of such cases. Even though the principles of expediency and economic rationality play an important role in criminal law, plea bargaining should not be judged on their account only. In fact, there are plenty more important principles in criminal law that do not combine as smoothly with the concept of plea bargaining, to the contrary, there are important concerns as to how to reconcile them.

The one principle I examine more closely in this paper is the individualisation of punishment as enacted in the Slovenian context. It entails two main criteria on which each sanction is chosen: fairness and functionality. The two are enacted through deciding on the sentence based on the seriousness of the crime and the culpability of the offender, while leaving room to consider additional circumstances. Plea bargaining is obviously at odds with the »fairness« component of the principle, since it tells nothing about the seriousness of the offence and the offender's culpability. It is slightly less clear whether it could somehow be incorporated into the »functionality« criterion, which would however only be possible if a plea of guilty was interpreted as a sign of remorse and/or potential for rehabilitation. A »clean« bargain devoid of such interpretations however

definitely does not correspond to the ideals of the principle of individualisation of punishment.

The second issue I address in the paper is the role of the prosecution in questions of sentencing and punishment in general and the impact that plea bargaining has had in this respect. It is self-evident that the extent of the prosecutor's power in determining the sentence is much greater in systems that allow plea bargaining as compared to systems that do not, much more so, when plea bargaining is the most common resolution in criminal proceedings (e.g. USA and common law systems in general).

The role of the prosecution in continental systems is different, but plea bargaining brings changes in this respect too. I address the issue by examining different official documents, passed by the Prosecutor General in the Slovenian context and examine what can be deduced from them with regard to the prosecution's role and views on punishment.