

*Andreja Tratnik**

Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek

1. Uvod

Uvajanje adversarnih institutov v Zakon o kazenskem postopku (ZKP)¹ ni novost. Nasprotno, cilj marsikatero od novel² je bil prav spreminjanje postopka pred slovenskimi kazenskimi sodišči v bolj adversarno smer.³ Vendar so bile spremembe manjše, vpeljane postopno, in tudi tiste, ki so bile sprejete kljub skeptičnosti stroke, so kazenskopravni akterji nekako integrirali v naš sistem kazenskega postopka.⁴ Trenutno je pripravljena nova novela ZKP, enajsta po

* Mlada raziskovalka in asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Ur. l. RS, št. 63/1994 in nasl.

² Na primer novele ZKP-A iz leta 1998, Ur. l. RS, št. 72/1998, ZKP-E iz leta 2003, Ur. l. RS, št. 56/2003, ZKP-F iz leta 2004, Ur. l. RS, št. 43/2004, in ZKP-G iz leta 2005, Ur. l. RS, št. 101/2005. Novele so bile povečini sprejete zaradi odločb Ustavnega sodišča Republike Slovenije o neskladnosti ZKP z Ustavo Republike Slovenije. Podrobneje glej: Šugman, *Prenova ali nov model kazenskega postopka*, v: *IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA* (2006), str. 19.

³ Lahko bi rekli tudi, da gre za premike v bolj garantistično smer, saj so bile rezultat prav vseh odločb Ustavnega sodišča RS, na podlagi katerih oziroma zaradi katerih je bil potem ZKP noveliran, poostrene zahteve za posege v ustavne pravice posameznika, tako osumljenca kot tudi tretjih oseb. Vsaka od teh sprememb pa je spreminjala tudi naravo našega kazenskega postopka. Tako Šugman, *Prenova ali nov model kazenskega postopka*, supra op. 2, str. 23. Podobno Šugman, *Spremembe in razvojne težnje v kazenskem postopku*, v: *KRIMINALITETA, DRUŽBENO NADZORSTVO IN POSTMODERNIZACIJSKI PROCESI* (2005), str. 88–97. V tem prispevku Šugmanova ob bok garantističnim premikom, do katerih je prišlo zaradi odločb Ustavnega sodišča RS, postavlja in osvetljuje še »stihijsko, parcialno 'politično' in interesno spreminjanje ZKP v smer učinkovitosti«.

⁴ Primerjaj na primer Erbežnik, *Nekaj pogledov na predlagano novelo zakona o kazenskem postopku*, v: *Pravna praksa* (2003) 14, str. 15–17 (v prispevku je avtor kritičen do nekaterih predlaganih sprememb kazenskega postopka, med drugim do kaznovalnega naloga), in Ferlinc, *Kaznovalni nalog in načelo dispozitivnosti v kazenskem postopku – institut vrnitve v prejšnje stanje*, *Pravna praksa* (2008) 39, str. 19–21 (avtor v izhodišču poudari, da je kaznovalni nalog v praksi zaživel).

vrsti, ZKP-K.⁵ Ena od glavnih sprememb, ki jo uvaja, je tudi institut, strokovni javnosti bolj znan pod angleškim imenom *plea bargaining*. Gre za postopek pogajanja med obrambo in tožilstvom, v katerem obdolženi v zameno za nižjo obljubljeni kazni prizna krivdo in se odpove pravici do sojenja.⁶ Ta institut celo v državah, v katerih se je razvil,⁷ že od vsega začetka deli mnenja strokovne javnosti. In niti tam po desetletjih raziskovanja, burnih razprav o pravičnosti, legitimnosti, razlogih za ta institut in proti njemu, obdelavi statističnih podatkov in celo izvajanja eksperimentov⁸ ne strokovnjaki ne praktiki niso prišli do sklepa, ali so pogajanja o priznanju krivde institut, ki ga zaradi številnih prednosti, ki jih vnaša v kazenski postopek oziroma delovanje kazenskega pravosodja na splošno, velja ohraniti ali pa ga je – zaradi prav toliko oziroma še številnejših – pomislekov treba opustiti. Ker se v anglo-ameriškem sistemu prek tega instituta reši velika večina zadev, so trenutne razprave bolj kot na vprašanje ohranitve ali neohranitve tega instituta usmerjene na njegovo optimalno ureditev.⁹ Vendar tudi glede tega ni soglasja.

Glavna prednost instituta pogajanj o priznanju krivde je jasna: zmanjšanje sodnih zaostankov z občutnim skrajšanjem oziroma odpravo sodnih postopkov.

⁵ Besedilo Predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku, EVA 2010-2011-0009 (v nadaljevanju: predlog novele ZKP-K) je dostopno na spletni strani Ministrstva za pravosodje, URL: www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/101108_ZKP-K_nov.pdf (7. 3. 2011).

⁶ Predlog novele ZKP-K institut pogajanj o priznanju krivde ureja v novem, XXVI.a poglavju, naslovljenem Sporazum o priznanju krivde, v 450.a–450.č členu ZKP. V prispevku uporabljam izraz pogajanja med obdolžencem in tožilcem o priznanju krivde v zameno za nižjo kazni oziroma krajše pogajanja o priznanju krivde, s čimer bi rada poudarila pomen postopka, v katerem pride do priznanja krivde, torej sporazumevanja oziroma pogajanja, in ne toliko končni rezultat pogajanj, to je sklenitev sporazuma o priznanju krivde.

⁷ Države z anglo-ameriškim sistemom kazenskega postopka, torej Združene države Amerike in Anglija. Strnjeno o značilnosti postopka pogajanj o priznanju krivde v omenjenih državah glej: Gorkič, PROCESNA DEJANJA OBDOLEŽENCA V KAZENSKEM POSTOPKU: doktorska disertacija, Ljubljana 2009, str. 181–191.

⁸ Na Aljaski so leta 1975 pogajanja o priznanju krivde povsem prepovedali. Čeprav ni šlo za tipičen zakonodajni eksperiment in je bila odločitev aljaškega generalnega tožilca Avruma Grossa, ki je izdal prepoved, (verjetno) tudi politično motivirana, je Nacionalni inštitut za kazensko pravosodje (National Institute for Law Enforcement and Criminal Justice) aljaškemu sodnemu svetu odobril 300.000 dolarjev za raziskavo o učinkih prepovedi pogajanj o priznanju krivde. Glej Rubinstein, White, Alaska's Ban on Plea Bargaining, v: *Law and Society Review* 13 (1979) 2, str. 367–383.

⁹ Glej na primer Zacharias, Justice in Plea Bargaining, v: *William and Mary Law Review* 39 (1998) 4, str. 1121–1189. Avtor v uvodu (str. 1123) poudari, da pogajanja o priznanju krivde sprejema kot dano dejstvo; Lynch, Our Administrative Criminal Justice System, v: *Fordham Law Review* 66 (1998) 6, str. 2117–2151; King, Priceless Process: Nonnegotiable Features of Criminal Procedure, v: *UCLA Law Review* 47 (1999) 1, str. 113–181.

To je tudi vodilni (če ne celo edini) razlog za njegovo uvedbo v ZKP. Predlagatelj novele ZKP-K med poglavitnimi rešitvami, ki jih novela prinaša, na prvem mestu navaja »zagotovitev pravnih podlag za učinkovitejši tek kazenskega postopka, predvsem ureditev postopka tako, da bo omogočal izvedbo skrajšanih in poenostavljenih oblik kazenskega postopka ter ekonomičen potek glavne obravnave«. ¹⁰ Zaradi te lastnosti je institut pogajanj o priznanju krivde v takšni ali drugačni obliki sprejet v številnih evropskih državah s kontinentalno, pretežno inkvizitorno tradicijo kazenskega postopka. Poteza slovenskega zakonodajalca, da ga sprejmemo tudi v ZKP, niti ni presenetljiva. Nasprotno, ta korak je bil pričakovani že dlje časa. ¹¹

Do sprejema tega instituta sem zadržana. Uvajanje tako problematičnega instituta zahteva veliko previdnost. Kljub prednostim, ki jih prinaša, je treba skrbno pretehtati in prepričljivo ovreči vse argumente, ki uvedbi pogajanj v ZKP nasprotujejo. Ti so zelo raznoliki in med seboj prepleteni, zato je vsako uvrščanje v skupine zahtevno delo. Kljub temu sem razloge proti pogajanjem o priznanju krivde – po eni strani zaradi večje preglednosti, po drugi pa tudi, da bi pokazala razsežnost problematike instituta pogajanj o priznanju krivde – razvrstila v tri skupine: pravno, psihološko in sociološko.

Po kratki umestitvi instituta pogajanj o priznanju krivde v *zgodovinski kontekst* bom najprej predstavila *pravne pomisleke* proti pogajanjem o priznanju krivde. V vseh modernih kazenskih postopkih je prepovedano izsiljevanje izjav od obdolženca. Vsakdo, kdor je obdolžen kaznivega dejanja, ima pravico, da o kazenski obtožbi zoper njega odloči nepristransko in neodvisno sodišče. Tesno povezano s to pravico oziroma iz nje izpeljano je tudi načelo delitve funkcij v kazenskem postopku na funkcijo obrambe, sojenja in tožilstva. S sprejetjem

¹⁰ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku, glej *supra* op. 5, str. 2 in 9.

¹¹ Dejstvo, da je slovenski kazenski postopek potreben celovite reforme, je že nekaj časa splošno sprejeto. Tako tudi Šugmanova v predgovoru k publikaciji *POTEK KAZENSKIH POSTOPKOV V SLOVENIJI* (2005) (ur. Marko Bošnjak), str. 23: »Eno je očitno – treba se je lotiti celovite prenovе postopka na podlagi spoznanj obeh projektov in ne uporabljati metode začasnih, hitro spisanih popravkov.« Vendar pa je treba poudariti, da je stroka pogajanja o priznanju krivde zavračala. Tako denimo Bošnjak: »Po našem mnenju zato ni sprejemljivo dovoliti nemoralnega pogajanja o priznanju zgolj zato, da bi razbremenili sistem kazenskega pravosodja in peščici obdolžencev, ki si to lahko privoščijo, omogočili pošteno sojenje.« Bošnjak, *Izbirni mehanizmi v kazenskem postopku*, v: *IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA* (2006) (ur. Katja Šugman), str. 436–437. Kljub temu je predlagatelj Zakona o kazenskem postopku – ZKP-1 z dne 15. 9. 2008 pogajanja že vključil v poskusni model celovite zakonske prenovе slovenskega kazenskega postopka. Besedilo drugega osnutka ZKP-1 je dostopno na URL: www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/zakonodaja/2008_09_26_drugi_osnutek_ZKP-1.pdf (8. 4. 2011).

pogajanj o priznanju krivde kot legitimnem načinu reševanja kazenskih zadev se meje med funkcijami zabrišejo.

Močan argument proti pogajanjem o priznanju krivde je, da je pogodba med državo in obdolžencem sklenjena pod prisilo. Vprašanje, ali je sklenitev sporazuma o priznanju krivde rezultat svobodne volje, je tesno povezano s *psihološkimi dejavniki*. Zato v nadaljevanju predstavljam zlasti psihološke argumente, ki zavračajo tezo, da je sklepanje sporazuma mogoče utemeljiti na teoriji racionalne izbire.

Ker so pogajanja o priznanju krivde pravzaprav zunajsodna poravnava med obdolžencem in tožilcem, ki je skrita pred očmi javnosti, je mogoče, da splošna javnost pogajanj o priznanju krivde ne bo dojela kot legitimen način reševanja kazenskih zadev. Zato na koncu opišem še, zakaj je treba pri uvajanju tega instituta skrbno upoštevati različne *sociološke vidike*.

2. Zgodovinski paradoks

Pogajanja o priznanju krivde so razmeroma mlad procesni institut. Zgodovinske razlage nastanka pogajanj o priznanju krivde so različne, odvisne zlasti od vrednostne opredelitve do tega instituta.¹² Zagovorniki pogajanj o priznanju krivde trdijo, da so pogajanja med obdolžencem in tožilcem stara vsaj toliko kot sojenje pred sodišči. Pogajanja naj bi bila nujna sestavina vsakega kazenskega postopka, pa če se s tem strinjamo ali ne.¹³ Tisti, ki pogajanjem o priznanju krivde nasprotujejo, trdijo nasprotno: čeprav so se morda posamični primeri pogajanj o priznanju krivde zgodili že prej, se je ta praksa tako v Angliji kot v Združenih državah Amerike (kot dveh najpomembnejših predstavnicah ureditev z adversarnim tipom postopka)¹⁴ pojavila šele konec 18. stoletja ter se začela neustavljivo

¹² »Pri iskanju zgodovinskih izvorov te prakse [pogajanj med obdolžencem in tožilcem] je [iskalec] lahko pod vplivom lastnega mnenja o pogajanjih med obdolžencem in tožilcem;« in »Kakorkoli, to zgodovinsko vprašanje vedno izzove čustven odgovor.« V: Alschuler, *Plea Bargaining and Its History*, v: *Columbia Law Review* 79 (1979) 1, str. 1–2. (Če ni drugače navedeno, prevod A. T.)

¹³ Prav tam, str. 1–2.

¹⁴ Verjetno ni treba posebej poudarjati, da se je praksa pogajanj o priznanju krivde razvila v ureditvah z adversarnim tipom kazenskega postopka, v katerih se kazenski postopek šteje kot spor med dvema strankama – obdolžencem in tožilcem. Pri tem je treba opozoriti, da se je institucija tožilstva v pravnem sistemu s tradicijo *common law* razvila razmeroma pozno, prej so se kazniva dejanja preganjala na podlagi *actio popularis*. Glej na primer Langbein, *The Origins of Public Prosecution at Common Law*, v: *American Journal of Legal History* 17 (1973), str. 313–381. Bolj zgoščen povzetek: Perrodet, *The Public Prosecutor*, v: *EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES* (2006), str. 415–417. V evrokontinentalnih ureditvah se je kazenski postopek iz izrazito

širiti z začetkom 19. stoletja. Glavni razlog je bil pravzaprav enak razlogu, zaradi katerega želi v ZKP vpeljati pogajanja o priznanju krivde slovenski zakonodajalec: povečanje učinkovitosti kazenskega postopka.¹⁵

Vzroki za podaljševanje kazenskih postopkov in nastanek sodnih zaostankov so bili različni in težko je izpostaviti enega samega kot glavnega krivca za take razmere. Večji pripad zadev na kazenska sodišča je mogoče pripisati zapletenejšim družbenim odnosom (kot posledici industrijske revolucije, urbanizacije ipd.), splošnemu povečanju kriminalitete, prav tako so k temu pripomogli vztrajno širjenje kataloga kaznivih dejanj ter profesionalizacija in birokratizacija policije ter tožilstva kot specializiranih organov za odkrivanje in pregon kaznivih dejanj. Nedvomno pa je k temu pripomogla tudi vse kompleksnejša zgradba in dinamika kazenskega postopka.¹⁶ Porotno sojenje se je tako v Angliji še v 18. stoletju izvajalo v obliki skrajšanega postopka – na dan so rešili med 12 in 20 zadev za hujša kazniva dejanja,¹⁷ konec 19. stoletja se je to število pred ameriškimi sodišče že prepolovilo (v povprečju so rešili *le* šest zadev na dan), v prvi polovici 20. stoletja je sojenje povprečno trajalo več kot teden dni.¹⁸ Danes v Sloveniji od zaznave kaznivega dejanja do zaključka kazenskega postopka pred okrajnimi sodišči pretečeta slabi dve leti in pol, pred okrožnimi sodišči pa dobra tri leta.¹⁹

Tako kot je razlog za uvajanje instituta pogajanj o priznanju krivde v Sloveniji podoben razlogu za njegov nastanek in sprejetje v anglo-ameriškem adversarnem

inkvizitorne usmerjenosti s sprejemanjem vse več adversarnih institutov (ki so pripomogli k dvigu procesnih varovalk za obdolženca) počasi spreminjal v t. i. mešani tip postopka. Ena od ključnih razlik med tema tipoma postopkov je še vedno cilj kazenskega postopka: cilj adversarnega kazenskega postopka je rešitev spora med dvema enakopravnima strankama, cilj kontinentalnega sodnika pa je izdati sodbo, ki bo temeljila na materialni resnici. Za podrobnejši pregled dvotirnega razvoja kazenskega postopka glej: Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI V KAZENSKEM POSTOPKU: MEJE (SAMO)OMEJEVANJA DRŽAVE (2000), str. 79–119.

¹⁵ To predlagatelj novele ZKP-K omenja na več mestih. Na primer: »Ob gornjih pomislekih [ugotovljenih v Bošnjak (ur.), ANALIZA POTEKA IN TRAJANJA KAZENSKIH POSTOPKOV V REPUBLIKI SLOVENIJI (2005)] in s ciljem zagotoviti učinkovito izvedbo kazenskega postopka [...]« Predlog novele ZKP-K, glej *supra* op. 5, str. 9.

¹⁶ Alschuler, Plea Bargaining and Its History, *supra* op. 12, str. 42.

¹⁷ Langbein, Torture and Plea Bargaining, v: University of Chicago Law Review, 46 (1979) 1, str. 10.

¹⁸ Alschuler, Plea Bargaining and Its History, *supra* op. 12, str. 40.

¹⁹ Prešeren, Trajanja posameznih faz postopka, v: ANALIZA POTEKA IN TRAJANJA KAZENSKIH POSTOPKOV V REPUBLIKI SLOVENIJI (2005), str. 93 in 97. Pred okrajnimi kazenskimi sodišči je bilo leta 2009 prej kot v enem letu rešenih 54,1 odstotka zadev, na okrožnih sodiščih pa 47,4 odstotka. Torej približno polovica zadev tako pred kazenskimi okrajnimi kot pred kazenskimi okrožnimi sodišči traja več kot eno leto. Glej Letno poročilo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije 2009, URL: www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2010081011355553 (27. 3. 2011), str. 103 in 106.

tipu postopka (tj. podaljševanje kazenskega postopka in s tem povezani sodni zaostanki), so verjetno zelo podobni tudi vzroki za preobremenjenost kazenskih sodišč. Povedano drugače, tudi slovenska kazenska sodišča so preobremenjena z odločanjem o kazenskih zadevah zaradi vrste različnih dejavnikov: povečevanja oziroma učinkovitejšega odkrivanja kriminalitete in s tem povezanega večjega pripada kazenskih zadev na sodišča, širjenja kazenskega materialnega prava, kompleksnejših zadev (tudi zaradi pojava novih oblik kriminalitete, katerih reševanje pred sodišči še ni povsem utečeno), splošne »naklonjenosti« pravedanju kot načinu reševanja sporov in zapletenosti kazenskega postopka.²⁰ Zdi se, da je po mnenju predlagatelja novele problematičen zlasti zadnji. Tako se na množico med seboj okrepljujočih se razlogov zakonodajalec odziva z enim samim odgovorom: večanje učinkovitosti kazenskih postopkov z njihovim krašanjem, poenostavljanjem in celo odpravljanjem.²¹

Tak miselni preobrat je zanimiv. Najprej je slovenski zakonodajalec s postopnim uvajanjem adversarnih institutov v mešani (pretežno inkvizitorni) postopek pomembno izboljšal položaj obdolženca v kazenskem postopku. Prvič, obdolženec je iz objekta kazenskega postopka postopoma prehajal v položaj subjekta, (teoretično) celo enakopravne stranke v kazenskem postopku, zlasti tako, da njegov šibki položaj v razmerju do države varujejo nekatere danes morda samo-umevne varovalke (domneva nedolžnosti, privilegij zoper samoobtožbo, pravica do molka, pravica do pomoči zagovornika ipd.). Drugič, odrejanje prisilnih in prikritih ukrepov, ki posegajo v nekatere najbolj temeljne pravice obdolžencev, je vnaprej predpisano z zakonom ter podvrženo natančnim merilom in sodnemu nadzoru. In navsezadnje, kršitve države se sankcionirajo tudi tako, da morajo sodišča odstopiti od sicer temeljnega (inkvizitornega) načela – načela iskanja materialne resnice.²² Paradoksalno pa nas je uvajanje adversarnih institutov danes pripeljalo do točke, ko naj bi zapletenost kazenskega postopka onemogočala uspešno delovanje kazenskega pravosodja. Zato je – spet po zgledu anglo-ameriških inovacij – slovenski zakonodajalec začel uvajati institute, ki rešujejo to razširjenost adversarnosti tako, da jo preprosto izključijo (oziroma obdolžencu omogočijo, da se ji na predlog tožilca odpove). Pogajanja o priznanju krivde so samo še eden od teh korakov, morda najbolj jasen in odločilen, v to smer.

²⁰ O možnih vzrokih zastojev v kazenskem postopku glej tudi Bošnjak, Teoretični in primerjalni vidiki trajanja kazenskih postopkov, v: ANALIZA POTEKA IN TRAJANJA KAZENSKIH POSTOPKOV V REPUBLIKI SLOVENIJI (2005), str. 41–51.

²¹ Glej *supra* op 10, in spremljajoče besedilo *ter infra* op 102 in spremljajoče besedilo.

²² V mislih imam institut izločitve dokazov oziroma prepoved opiranja sodbe na dokaze, pridobljene v nasprotju z ZKP, s kršitvijo temeljnih človekovih pravic, ali na njih utemeljene dokaze. Glej drugi odstavek 18. člena ZKP.

3. Pravni pomisleki

Splošno sprejeto dejstvo je, da se o krivdi in kazni odloča v kazenskem postopku. Natančneje, da o tem odloča nepristransko in neodvisno sodišče. V pogajanjih o priznanju krivde pa tako o krivdi kot o kazni odločata tožilec in obdolženec. S tem se stranki (vedoma) izogneta pravici do sodnega varstva in pravici do javnega sojenja, zabrisuje se tudi ločenost funkcij sojenja ter pregona. Če upoštevamo in priznamo, da obdolženčevo ravnanje ni povsem prostovoljno, ampak je v priznanje krivde delno prisiljen, je ta praksa še toliko bolj problematična.

3.1. Pravica do sodnega varstva

Pravica do poštenega sojenja je ena od temeljnih človekovih pravic. Ustava Republike Slovenije²³ jamči vsakomur, da o obtožbah zoper njega odloča sodišče.²⁴ Pravice obdolženca v kazenskem postopku so na ustavni ravni še podrobneje urejene: vsakomur, ki je obdolžen kaznivega dejanja, je zagotovljena pravica do materialne in formalne obrambe, pravica do sojenja v navzočnosti, zagotovljeno mu mora biti izvajanje dokazov v njegovo korist, zavarovan pa je tudi pred tem, da bi mu izsilili priznanje krivde ter da bi ga prisilili k izpovedovanju zoper sebe ali svoje bližnje.²⁵ Te pravice se ne smejo začasno razveljaviti ali omejiti niti v vojnem ali izrednem stanju.²⁶

Kljub teži pravice do sojenja si zagovorniki pogajanj o priznanju krivde prizadevajo protiargumente ovreči z argumentom pogodbene svobode.²⁷ S sklenitvijo sporazuma o priznanju krivde se obdolženi zavestno odpove pravici do sojenja. Pogajanja o priznanju krivde naj bi torej pomenila sklenitev pogodbe med državo in obdolženim. Država (tožilec) sodelovanje obdolženca nagradi z nižjo kaznijo v zameno za zagotovljeno obsodilno sodbo in prihranek pri času ter denarju, ker ji krivde pred sodiščem sploh ne bo treba dokazovati, obdolženi pa bo v zameno za priznanje deležen blažje kazni.

Če torej pogajanja o priznanju krivde enačimo s sklepanjem pogodbe med državo in obdolžencem ter obdolžencu priznamo popolno pogodbeno svobodo

²³ Ur. l. RS, št. 33/1991 in nasl.

²⁴ Ustava Republike Slovenije v 23. členu določa: »Vsakdo ima pravico, da o njegovih pravicah in dolžnostih ter o obtožbah proti njemu brez nepotrebnega odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče. Sodi mu lahko samo sodnik, ki je izbran po praviilih, vnaprej določenih z zakonom in s sodnim redom.«

²⁵ Glej 29. člen Ustave Republike Slovenije.

²⁶ Glej 16. člen Ustave Republike Slovenije.

²⁷ Scott, Stuntz, *Plea Bargaining as a Contract*, v: *Yale Law Journal* 101 (1992) 8, str. 1909–1968, in Sandefur, *In Defense of Plea Bargaining*, v: *Regulation* 23 (2003) 3, str. 28.

(pri tem velja opomniti, da nekateri strokovnjaki zagovarjajo stališče, da svoboda ne more biti predmet kontrahiranja),²⁸ se vprašanje – zlasti ob vse večjem poudarjanju avtonomije obdolženca v kazenskem postopku – zdi nekoliko neaktualno. Pa vendar tudi ameriška sodišča, ki so obdolženemu v skladu z načelom kontradiktornosti in enakopravnosti strank v postopku priznavala status subjekta, dolgo časa niso zavzela enotnega pristopa pri odgovoru na to vprašanje.²⁹ Na koncu je prevladala avtonomija obdolženca, in to tako močno, da je danes v Združenih državah Amerike več kot 90 odstotkov kazenskih zadev rešenih s pomočjo pogajanj o priznanju krivde.³⁰ Pravica do sojenja tako ni več pravilo, ampak izjema. Nasprotno pa rešitev kazenske zadeve s sklenitvijo sporazuma, ki je rezultat pogajanj o priznanju krivde, ni več izjema od splošne ustavne pravice, ampak pravilo. Ta podatek vsekakor govori v prid veliki previdnosti pri sprejemanju tega instituta, predvsem pa mora spodbuditi k razmišljanju o splošnem pravnofilozofskem namenu kazenskega postopka³¹ ter socialnih učinkih uvedbe pogajanj o priznanju krivde tako s stališča sprejetja v javnosti in priznanja legitimnosti kot s stališča pripravljenosti sodelovanja (pravnih) teoretikov in praktikov pri njegovi implementaciji.³²

3.2. Javnost sojenja

Če obdolžencu priznamo pravico, da se zavestno odpove pravici do odločanja o obtožbah zoper sebe v sodnem postopku,³³ je treba biti predvsem pozoren na učinke, ki jih ima taka odpoved na njegov položaj, hkrati pa pri tem ne smemo spregledati širših učinkov odpovedi sojenju. Pogajanja o priznanju krivde potekajo skrita pred očmi javnosti, s čimer se posega v ustavno pravico

²⁸ »Predvsem pa je pogajanje o priznanju sporno z vidika domicilnega pogodbenega prava. Vprašljivi sta namreč svobodna volja enega izmed pogodbenikov (tj. obdolženca) in dopustnost predmeta dogovora. [...] še večjega pomena pa je vprašljiva dopustnost predmeta dogovora, ki je največkrat obdolženčeva osebna svoboda [...], kar je pravno in moralno nedopusten predmet kontrahiranja v pogodbenem pravu. Z vidika pogodbenega prava je takšen dogovor absolutno neveljaven (ničen). Po našem mnenju zato ni sprejemljivo dovoliti nemoralnega pogajanja o priznanju zgolj zato, da bi razbremenil sistem kazenskega pravosodja in peščici obdolžencev, ki si to lahko privoščijo, omogočili zares pošteno sojenje.« Tako Bošnjak, Teoretični in primerjalni vidiki trajanja kazenskih postopkov, *supra* op. 20, str. 436.

²⁹ Sandefur, *supra* op. 27, str. 29.

³⁰ Leta 2004 je bilo vseh obsojenih 74.782, od tega jih je bilo kar 71.692 obsojenih na podlagi sporazuma o priznanju krivde, le 2.620 jih je bilo obsojenih v sodnem postopku. Podatki so dostopni na URL: <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5172004.pdf> (10. 2. 2011).

³¹ Glej *infra* op. 106 in spremljajoče besedilo.

³² Glej točko 5 z naslovom Sociološki dejavniki.

³³ O očitnih pomislekih v zvezi s prostovoljnostjo priznanja glej točko 3.4 z naslovom Prisila in točko 4 z naslovom Psihološki dejavniki.

do javnega sojenja. Javnost sojenja je predvsem namenjena varstvu obdolženca, zato bi lahko brez hujših dvomov in globokih razprav zavrnilo razlago te pravice kot pravice *javnosti* do javnega sojenja. Kljub temu pa nekateri poudarjajo, da je pravica do javnega sojenja bistvenega pomena za izvedbo zakonitega in poštene- ga sojenja v vsaki demokratični državi in je tako ena bistvenih prvin modernega kazenskega postopka. Z njo se namreč v najbolj splošnem pomenu omogoča nadzor javnosti nad delovanjem sodišč.³⁴

Menim, da je treba pri uvajanju pogajanj o priznanju krivde pravico do javnosti sojenja šteti za pravico, ki ima širši doseg: ne samo, da koristi posamič- nemu obdolžencu tako, da javnost izvaja nadzor nad potekom posameznega kazenskega postopka, ampak javnosti (zlasti) omogoča, da se seznanijo z dogajanjem pred kazenskimi sodišči. To je ena od redkih priložnosti, da se javnost ne izključi povsem s področja, ki je že sicer pogosto zavito v tančico skrivnosti in pri katerem se odloča o najbolj delikatnih vprašanih – kaznovanju storilcev kaznivih dejanj, ker so prekršili temeljne družbene moralne norme. Ali, kot se je slikovito izrazil Goldstein, »kazenski postopek prav v svojih podrobnostih in drami [...] postane igra moralnosti, ki v javnosti vzbuja prepričanje, da se pravo izvršuje, pri tem pa upošteva načelo pravičnosti«. ³⁵

Tako dojemanje pravice do javnosti tudi zavrača argument, da lahko sodna kontrola nadomesti nadzor javnosti. Dejstvo, da mora sodišče pred potrditvijo sporazuma o priznanju krivde preveriti, ali je obdolženi razumel naravo in posledice danega priznanja, ali je bilo priznanje dano prostovoljno in ali je priznanje jasno in popolno ter podprto z drugimi dokazi v spisu,³⁶ sicer pripomore k večji splošni pravičnosti sklenjenega sporazuma o priznanju krivde, ne odpravi pa dvomov o legitimnosti pogajanj o priznanju krivde kot načina reševanja kazenskih zadev z vidika izključitve pravice javnosti, da (neposredno) spremlja in (vsaj pasivno) sodeluje v kazenskem postopku.

3.3. Ločenost funkcij pregona in sojenja (ter obrambe)

Pravica do sodnega varstva ima v kazenskem postopku tudi druge posledice. Eno od temeljnih načel sodobnih kazenskih postopkov (tudi oziroma zlasti

³⁴ Glej 24. člen Ustave Republike Slovenije in 294. člen ZKP. Tako Horvat, *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem* (2004), str. 641. Dežman, Erbežnik, *KAZENSKO PROCESNO PRAVO REPUBLIKE SLOVENIJE* (2003), str. 258. O učinkih odsotnosti nadzora javnosti glej tudi *infra* točko 5 z naslovom Sociološki dejavniki.

³⁵ Goldstein, *Converging Criminal Justice Systems: Guilty Pleas and the Public Interest*, v: *SMU Law Review* 49 (1996) 5, str. 567-577.

³⁶ Glej prvi odstavek 285.c člena ZKP v predlogu novele ZKP-K, *supra* op. 5.

adversarnega) je delitev funkcij na funkcijo pregona, sojenja in obrambe. Tožilec je tisti, ki nosi celotno breme dokazovanja,³⁷ obdolženi si lahko izbere povsem pasivno obrambo (to mu omogoča pravica do molka), proti pričanju zoper samega sebe ga izrecno štiti privilegij zoper samoobtožbo,³⁸ vse do izdaje pravnomočne sodbe pa velja za nedolžnega.³⁹ Končno besedo pa ima sodišče – kot nepristranski in neodvisen organ mora na koncu o zadevi vsebinsko odločiti: obdolženca mora bodisi obsoditi bodisi oprostiti.

V postopku pogajanj o priznanju krivde se funkcija pregona in sojenja pravzaprav zlijeta v eno samo, saj tožilec, ki kaznivo dejanje preganja, prevzame tudi glavni element funkcije sojenja: odločanje o krivdi obdolženca in določanje višine kazni. Sodišče mora obdolžencu izreči kazen, glede katere sta obdolženi in tožilec v postopku pogajanj o priznanju krivde dosegla sporazum, oziroma lahko kazen le omili, ne sme pa izreči strožje kazni.⁴⁰ V najslabšem primeru lahko sodišče postane samo še organ, ki formalno odobri končni sporazum o priznanju krivde v zameno za kazen, ki jo določi tožilec.^{41, 42} In navsezadnje – priznanje tako postane spet kraljica dokazov.^{43, 44}

³⁷ Tako drugi odstavek 16. člena ZKP tožilcu nalaga dolžnost, da navede dejstva, na katera opira svoj zahtevek, in predlaga dokaze, s katerimi ta dejstva dokazuje (medtem ko je navajanje dejstev in predlaganje dokazov obdolženčeva pravica). Ta dolžnost tožilca je konkretizirana v nadaljnjih členih ZKP, izrecno pa jo je določilo tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije. V povezavi z domnevo nedolžnosti je v zadevi U-I-18/93 z dne 11. aprila 1996 zapisalo: »Predpostavka nedolžnosti torej velja glede kazenskopravne krivde in pomeni troje. Prvič, pomeni, da je dokazno breme (*onus probandi*) na tožeči stranki (državi) in ne na obdolžencu. Drugič, pomeni, da država kot tožeča stranka nosi dokazno tveganje: *Actore non probante reus absolvitur!* In tretjič, [...] velja načelo *in dubio pro reo*, kar pomeni, da mora sodišče v dvomu obtoženco oprostiti.«

³⁸ Tretji odstavek 5. člena ZKP.

³⁹ Člen 3 ZKP.

⁴⁰ Glej 285.č člen v predlogu novele ZKP-K, *supra* op. 5.

⁴¹ Langbein, *Torture and Plea Bargaining*, *supra* op. 17, str. 8, 9 in 14. V celotnem prispevku zelo prepričljivo postavi vzporednice med inkvizitornim kazenskim postopkom, v katerem je bilo glavno dokazno sredstvo mučenje zato, da so dobili glavni (in verodostojni) dokaz o krivdi: priznanje, in adversarnim postopkom, ki se je prav zaradi preobilja adversarnih elementov zrušil v sicer bolj prefinjeno in manj nasilno dokazovanje storitve kaznivega dejanja s priznanjem. Pri tem sarkastično pripomni: »Če je nujnost mati iznajdljivosti, je lenoba njen oče.«

⁴² Čeprav je bistvo pogajanj o priznanju krivde prav »barantanje« o nižji kazni (v zameno za priznanje), moramo priznati, da ima tožilec vendarle večji (pravzaprav ključni) vpliv na to, kakšna bo končna višina kazni, (tudi) zaradi svojega nadrejenega položaja nad obdolžencem. Glej točko 4.1 z naslovom Izhodiščna neenakost in op. 69.

⁴³ Langbein, *Torture and Plea Bargaining*, *supra* op. 17, str. 8, 9 in 14.

⁴⁴ Predlagatelj novele ZKP-K se te nevarnosti zaveda in jo zavrača: »Zato mora imeti priznanje obdolženca odločilen pomen za nadaljnji tek postopka, vendar pa mora biti postopek oblikovan tako, da ima sodišče dolžnost presoditi, ali priznanje sprejme ali zavrne. S predlagano

Obstaja pa tudi nasprotna nevarnost. Če bodo sodišča (preveč) naklonjena reševanju kazenskih zadev s pogajanjem o priznanju krivde in bodo obdolženec spodbujala k priznanju krivde, bodo s tem lahko prekršila obdolženčev privilegij zoper samoobtožbo oziroma njegovo pravico do molka in tako prevzela vlogo tožilca.⁴⁵ Ustavno sodišče Republike Slovenije je to zelo jasno zapisalo: »Naloga sodišča kot neodvisnega in nepristranskega organa je, da odloči o obtožbi zoper obdolženca [...]. Naloga sodišča je odkriti resnico in poslušati obe strani ter razsoditi v sporu, ne pa prigovarjati eni od njiju, naj pritrdi navedbam druge strani, in to celo v kazenskem postopku, kjer je dolžnost državnega tožilca, da z gotovostjo dokaže, da je obdolženi kriv, pri čemer je lahko obdolženi povsem pasiven. Prav to, da sodišče ne sodeluje z državnim tožilcem, temveč ostaja neodvisno, je tudi ena od funkcij privilegija zoper samoobtožbo. Zato je nepošteno in nepravično, če sodišče kot tisti, ki mora razsoditi, nagovarja obdolženca, naj prizna storitev kaznivega dejanja, na ta način, da mu obljublja nagrado (nižjo kazen).«⁴⁶

ureditvijo sklenitve sporazuma o priznanju krivde [...] obveznim sodelovanjem zagovornika pri pogajanjih o pogojih obtoženčevega priznanja ter sodno kontrolo sklenjenega sporazuma se preprečuje, da bi obtoženec priznal krivdo za dejanje, ki ga sploh ne bi storil. Po predlagani rešitvi mora namreč sodišče presoditi zakonitost sklenjenega sporazuma o priznanju krivde ne samo po formalni, temveč tudi po vsebinski plati, to je, ali je kaznivo dejanje, ki ga obtoženec priznava, podprto z dokazi, ki so v spisu (priznanje ne more in ne sme nadomestiti pomanjkanja dokazov!).« Predlog novele ZKP-K, *supra* op. 5, str. 70. Kljub temu obstaja nevarnost, da sodnik svojih pooblastil ne bo izvajal dosledno. Glej denimo izkušnje iz Bosne in Hercegovine v poročilu Organizacije za varnost in sodelovanje v Evropi (OVSE) o sporazumih o krivdi v Bosni in Hercegovini: Plea Agreements in Bosnia and Herzegovina: Practices before the Courts and their compliance with international human rights standards, URL: <http://www.oscebih.org/Download.aspx?id=55&lang=EN> (1. 4. 2011), str. 18. Poleg tega pa so relevantni tudi pomisleki, da naknadna sodna presoja ne more učinkovito nadzirati neetičnih praks oziroma pritiskov tožilca in odvetnika na obdolženca ter navsezadnje tudi vpliva sistemskega pritiska na obdolženca, da opusti vsebinsko obrambo. Glej Turner, Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View, v: *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), str. 200 in op. 10.

⁴⁵ Da se to v praksi dogaja, kažejo denimo izkušnje iz Bosne in Hercegovine. Glej poročilo OVSE o domnevi nedolžnosti: The Presumption of Innocence: Instances of violations of internationally recognized human rights standards by Courts of Bosnia and Herzegovina, URL: <http://www.oscebih.org/Download.aspx?id=56&lang=EN> (1. 4. 2011), str. 5. Zanimivo pa je, da nekateri teoretiki v Združenih državah Amerike podpirajo večjo aktivnost sodnika v pogajanjih o priznanju krivde, saj lahko s predočitvijo realne ocene kazni po kazenskem postopku, preprečevanjem neetičnih tožilskih praks, s katerimi silijo obdolženca k priznanju, itd. pripomore k večji zanesljivosti priznanj. Glej Turner, *supra* op. 44, str. 199–267. Aktivna vloga sodnikov je ena od bistvenih značilnosti pogajanj v nemškem kazenskem postopku. Glej Dubber, *American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure*, v: *Stanford Law Review* 49 (1997), str. 560.

⁴⁶ Ustavno sodišče Republike Slovenije, št. Up-134/07, 14. marec 2002.

3.4. *Prisila*

Osnovna teza, na kateri temelji legitimnost pogajanj o priznanju krivde, je, da krivdo priznajo (samo) krivi. Nedolžni imajo še vedno možnost, da pogajanja prekinajo in nedolžnost dokažejo v sodnem kazenskem postopku.⁴⁷ Zagovorniki pogajanj o priznanju krivde vidijo prav v tem institutu vrhunec priznanja obdolženčevega avtonomnega položaja v kazenskem postopku – sklenitev sporazuma o priznanju krivde enačijo s sklepanjem pogodbe.⁴⁸ Vendar je tako sklepanje preveč preprosto, saj zanemarija mnoge vidike, ki mečejo senco dvoma na pogajanja o priznanju krivde. Sprejem tožilčeve ponudbe v postopku pogajanj o priznanju krivde praviloma ni rezultat avtonomne, prostovoljne in ozaveščene odločitve obdolženca. Še več, nekateri trdijo, da je obdolženi v sklenitev sporazuma prisiljen.⁴⁹ Na to vpliva več različnih dejavnikov,⁵⁰ najpomembnejši med njimi je velik razpon med zagroženo kaznijo, ki jo obljublja tožilec v zameno za priznanje, in tisto, ki obdolženemu grozi, če bo spoznan za krivega v kazenskem postopku.⁵¹ Ker je obdolženi prava neveščča stranka in – zlasti če se v postopku

⁴⁷ Ideal kazenskega postopka je tak, da bi moral biti že vsak prijeto osumljeni kriv, kar še toliko bolj velja za nadaljnje faze postopka – dokazni standard se po logiki stvari med kazenskim postopkom nenehno viša, obratno sorazmerno pa se niža možnost, da bi se v trdih rokah pregona znašli nedolžni.

⁴⁸ Scott in Stuntz zavračata vse ključne očitke na račun pogajanj o priznanju krivde s teorijo razširjene izbire (*the norm of expanded choice*). S slikovito prispodobo utemeljita, zakaj pogajanja o priznanju krivde niso problematična: če ti sredi puščave zmanjkuje bencina, edina bencinska črpalka v puščavi pa prodaja bencin po vrtoglavo visoki ceni, je še vedno bolje kupiti zelo drag bencin kot pa umreti v puščavi. Nauk te zgodbe je, da je boljša minimalna (čeprav slaba) izbira kot pa neobstoj izbire. Zato je po njunem mnenju osnovno vprašanje teorije pogajanj (*bargain theory*), kako čim bolj zmanjšati možnost, da bodo krivdo priznavali nedolžni oziroma da ti ne bodo obsojeni, ne pa več vprašanje, ali pogajanja o priznanju krivde ohraniti ali ne. Glej Scott, Stuntz, *supra* op. 27, str. 1909–1968.

⁴⁹ Langbein, *Torture and Plea Bargaining*, *supra* op. 17, str. 13 in op. 24. McCoy, *Plea Bargaining as Coercion: The Trial Penalty in Plea Bargaining Reform*, *The Criminal Law Quarterly* 50 (2005) 1, str. 67–107.

⁵⁰ Glej točko 4 z naslovom *Psihološki dejavniki*.

⁵¹ V Združenih državah Amerike naj bi bile kazni, obljubljene v zameno za priznanje, v povprečju štirikrat nižje od tiste, ki obdolžencu grozi, če bo v kazenskem postopku spoznan za krivega. Tako Alkon, *Plea Bargaining as Legal Transplant – A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems?*, v: *Transnational Law & Contemporary Problems* 19 (2010), str. 394. Po podatkih ameriškega Ministrstva za pravosodje je leta 2003 povprečna zaporna kazen, izrečena po sklenitvi sporazuma o priznanju, trajala nekaj čez 50 mesecev, povprečna kazen, izrečena po končanem kazenskem postopku, pa je bila dolga nekaj manj kot 150 mesecev. Dostopno na: URL: <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5172004.pdf> (10. 2. 2011). Glej tudi King et al., *When Process Affects Punishment: Difference in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*, *Columbia Law Review* 105 (2005) 4, str. 959–1086.

znajde prvič – nima občutka za realno oceno razpona med kaznima oziroma ne zna oceniti, kakšno kazen lahko pričakuje, če ga sodišče v kazenskem postopku spozna za krivega kaznivega dejanja, lahko tožilec nanj izvaja še dodaten pritisk. Ali, kot pravi Bošnjak, »sporazum med državnim tožilcem in navadno socialno šibkejšim obdolžencem je sklenjen spričo grožnje s strožjo kaznijo, katere realna verjetnost obdolžencu ni in ne more biti znana.«⁵²

ZKP izrecno določa, da je od obdolženca prepovedano izsiljevati izjave.⁵³ Prepoved izsiljevanja se ne nanaša samo na fizično silo, ampak tudi na ravnanje, s katerim se na nedovoljen način ali z nedovoljenim sredstvom vpliva na voljo izpovedovanja osebe, tudi z dajanjem nedovoljenih obljub.⁵⁴ Ustavno sodišče Republike Slovenije je v zadevi Up-134/97 odločilo, da obljuba nižje kazni v zameno za priznanje krivde vpliva na obdolženčevo voljo do izpovedovanja in da obljubljeni »nagrada« (nižja kazen) nedvomno poveča možnost v smer priznanja.⁵⁵

Predlagatelj novele ZKP-K je glavni dejavnik, ki lahko obdolženca premami, da prizna krivdo proti svoji volji – velik razpon med izpogajano kaznijo in eventualno kaznijo po postopku –, omilil tako, da je precej strogo omejil prostor, v katerem se stranki lahko pogajata. Dogovorjena kazen mora biti namreč še vedno v mejah predpisane kazni, omiljena kazen pa se lahko predlaga samo, če so izpolnjeni zakonski pogoji za omilitev kazni.⁵⁶ Če pa pregledamo razpone kazni, ki jih določa Kazenski zakonik (KZ-1),⁵⁷ ugotovimo, da prostor, v katerem se lahko obdolženi in tožilec pogajata, niti ni tako majhen. Samo primeroma: za kaznivo dejanje uboja⁵⁸ je predpisana kazen od pet do 15 let zapor, huda telesna poškodba⁵⁹ se kaznuje z zaporom od šest mesecev do pet let zapor, če pa se konča s smrtjo poškodovanega, od enega do deset let zapor, prav tak razpon (od enega do deset let zapor) je predpisan za rop,⁶⁰ za goljufijo⁶¹ pa zapor do treh let.

⁵² Bošnjak, Izbirni mehanizmi v kazenskem postopku, v: IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA (2006), str. 436.

⁵³ Glej 11. člen ZKP: »Prepovedano je izsiljevati od obdolženca ali kakšnega drugega udeleženca v postopku priznanje oziroma kakšno drugo izjavo.«

⁵⁴ Tako Horvat, *supra* op. 34, str. 35.

⁵⁵ Ustavno sodišče Republike Slovenije, št. Up-134/07, 14. marec 2002.

⁵⁶ Glej 450.c člen v predlogu novele ZKP-K, *supra* op. 5.

⁵⁷ Ur. l. RS, št. 55/2008 in 66/2008.

⁵⁸ Člen 115 KZ-1.

⁵⁹ Člen 123 KZ-1.

⁶⁰ Člen 206 KZ-1.

⁶¹ Člen 211 KZ-1. V povezavi z 51. členom KZ-1 to pomeni, da se lahko, če tako določa zakon ali če obstajajo posebne olajševalne okoliščine, kazen omili tako, da se izreče samo denarna kazen.

Taki razponi so v KZ-1 predpisani z namenom, da sodišče na podlagi v kazenskem postopku ugotovljenega dejanskega stanja, ki je enako oziroma najbližje resničnim okoliščinam, skrbno odmeri (teži konkretnega ravnanja, ki izpolnjuje znake specifičnega kaznivega dejanja, in osebnim okoliščinam storilca) primerno kazen. V postopku pogajanj med obdolžencem in tožilcem pa bo kazenski razpon uporabljen z drugačnim namenom. Tožilec bo lahko, če bi glede na dejanski stan moral storilca preganjati za strožjo kazen, obdolžencu tudi predlagal (naj)nižjo možno predpisano kazen za kaznivo dejanje, zaradi katerega je obdolženec v kazenskem postopku, in mu hkrati – spet ne glede na konkretne okoliščine – grozil z (naj)višjo možno kaznijo, predpisano v kazenskem zakonu, če zavrne pogajanja o priznanju krivde (*overcharging*).⁶²

Omejitev pogajanj na kazni, določene v KZ-1, torej ne zagotavlja, da bo obdolženec priznal krivdo prostovoljno. Tega se očitno zaveda tudi predlagatelj novele ZKP-K, saj obljubo nižje kazni jasno imenuje nagrada za sodelovanje.⁶³

Situacijo nekoliko omili zahteva, da mora obdolženi imeti pri pogajanjih o priznanju krivde ves čas pomoč zagovornika.⁶⁴ Vendar se zagovornik (bodisi na obdolženčevo lastno pobudo po opozorilu na to pravico bodisi po uradni dolžnosti) postavi šele, ko obdolženi že privoli v pogajanja.⁶⁵ To pomeni, da bo obdolženi odločitev o tem, ali se bo pogajal ali ne, v večini primerov sprejel sam. Ta trenutek pa je ključen. Ne moremo zanikati, da obdolženi že samo s tem, ko privoli v pogajanja, potihoma omogoči sklepanje, da ni povsem nedolžen. Poleg tega postavitev zagovornika po uradni dolžnosti predlaga tožilec. Trenutek, ko se pokliče na pomoč zagovornika, bo torej odvisen od predloga državnega tožilca. Slednji pa lahko z zavlačevanjem predlaganja zagovornika, zlasti pa v času do prihoda zagovornika (ko se obdolženi že izreče za pogajanja), ta čas koristno uporabi za to, da bo od obdolženca pridobil kar največ informacij in tako skušal večji del pogajanj opraviti pred prihodom zagovornika.⁶⁶

⁶² Gre za prakso tožilcev, da na obdolženca izvajajo dodaten pritisk tako, da mu kot kazen, ki mu bo naložena v kazenskem postopku, predstavijo (nerealno) (pre)visoko kazen. Bibas ta pojav razloži v sklopu psihološkega pojava sidranja (*anchoring*). Bibas, *Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial*, v: *Harvard Law Review* 117 (2004) 8, str. 2517–2519.

⁶³ Predlog novele ZKP-K, *supra* op. 5, str. 13–14.

⁶⁴ Drugi odstavek 450.a člena ZKP: »Če stranki soglašata z možnostjo, da se kazenski postopek konča na podlagi sporazuma o priznanju krivde, osumljenec oziroma obdolženec pa nima zagovornika, mu predsednik sodišča na predlog državnega tožilca za postopek pogajanj postavi zagovornika po uradni dolžnosti. [...]«. Predlog novele ZKP-K, *supra* op. 5.

⁶⁵ Prav tam.

⁶⁶ O'Hear, *Plea Bargaining and Procedural Justice*, v: *Georgia Law Review* 42 (2008) 2, str. 417. Avtor opozarja, da si odvetnik pred sklenitvijo sporazuma o priznanju krivde le redko vzame čas za pogovor z obdolžencem. In tudi ko si ga, je njegova energija usmerjena v to, da prepriča

4. Psihološki dejavniki

Postopek pogajanj o priznanju krivde temelji na domnevi, da pogajanja potekajo v senci kazenskega postopka:⁶⁷ tako obdolženi kot tožilec se zavedata, da bosta morala v primeru neuspešnih pogajanj svoji hipotezi dokazovati v kazenskem postopku. V tem pa sprejme končno odločitev sodišče, zato ne tožilec ne obdolženec izida kazenskega postopka ne moreta načrtovati z gotovostjo. Tožilec tvega, da mu kaznivega dejanja ne bo uspelo dokazati in bo obdolženi spoznan za nedolžnega, obdolženec pa tvega, da mu bo sodišče naložilo hujšo kazen, kot mu jo ponuja tožilec v postopku pogajanj o priznanju krivde. Ves mehanizem tako temelji na domnevi, da sta obdolženi in tožilec racionalna subjekta, ki bosta skrbno pretehtala prednosti in slabosti oziroma tveganja in koristi pogajanj o priznanju krivde v primerjavi z reševanjem zadeve v kazenskem postopku ter na koncu izbrala zase najugodnejšo možnost. Vendar pa ekonomske teorije racionalne izbire v postopku pogajanj o priznanju krivde zamegljujejo številni strukturni in zlasti psihološki dejavniki, ki vplivajo prav na vse glavne akterje v pogajanjih o priznanju krivde – obdolženca, tožilca in zagovornika obdolženca – in povzročajo, da izbira ni racionalna.⁶⁸

4.1. Izhodiščna neenakost

Pri prikazovanju pravnih pomislekov ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek je bila že opisana prisila: že razpon med nižjo kaznijo, ki je obdolžencu dosegljiva (le priznati mora), in višjo kaznijo (izrečeno v kazenskem postopku, ki je navadno dolgotrajen in zlasti psihično naporen proces) se lahko označi za posredno prisilo, ki zamegljuje obdolženčevo racionalno izbiro (ta naj bi potekala nekako tako: če je nedolžen, se ne bo pogajal,

obdolženca, naj sprejme ponujeni sporazum in pravosodja ne obremenjuje z novimi informacijami.

⁶⁷ Nasprotno Bibas trdi in dokazuje, da pogajanja o priznanju krivde večinoma potekajo zunaj sence kazenskega postopka, zlasti zaradi številnih strukturnih in psiholoških dejavnikov, ki preprečujejo sklepanje vzajemno najučinkovitejših sporazumov o priznanju krivde oziroma celo povzročajo sklepanje škodljivih sporazumov o priznanju krivde. Bibas, *supra* op. 62, str. 2464–2547.

⁶⁸ Hollander-Blumhoff, Getting to »Guilty«: Plea Bargaining as Negotiation, v: Harvard Negotiation Law Review 2 (1997), str. 119–120. Covey pa v svojem prispevku poudari tudi dejstvo, da ekonomska teorija racionalne izbire temelji na predpostavki, da je racionalnost neomejena. Nasprotno pa je človekova racionalnost omejena (*bounded rationality*). Tako Covey, Reconsidering the Relationship Between Cognitive Psychology and Plea Bargaining, v: Marquette Law Review 91 (2008) 1, str. 213–247.

saj ga bo sodišče neutemeljenih obtožb oprostilo; če pa je kriv, potem najbolje ve, kaj se je v kritičnem trenutku res zgodilo in kolikšna je njegova krivda, in se bo v skladu s tem tudi pogajal).⁶⁹

Položaj obdolženca v kazenskem postopku je treba obravnavati najprej z nekoliko širšega vidika. Vedoč, da povprečen človek v vsakdanjih situacijah ni sposoben vedno izbrati racionalno, lahko brez pomislekov sklenemo, da so psihološki pritiski, ki izkrivljajo racionalno izbiro v kazenskem postopku, še toliko hujši. Osebi, ki se znajde v kazenskem postopku, namreč grozi kazen. Ta praviloma poseže v njene najbolj temeljne pravice, na primer svobodo. Že podrejen položaj torej ustvarja neke vrste ozračje prisile. Obljuba nižje kazni v zameno za priznanje krivde ima zato v takem položaju potenciran učinek. Tako je zapisalo tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije, ko je odločalo, ali obljuba nižje kazni pomeni (posredno, torej psihološko) prisilo: »V situaciji, ko gre posamezniku pravica do molka, lahko vsak, še najmanjši pritisk povzroči nastanek kršitve človekovih pravic. Obdolženec je namreč lahko osebnostno v podrejenem položaju že zaradi samega dejstva, da je na policijski postaji ali pred sodnikom. Že samo to dejstvo lahko vpliva na njegovo odločitev. Prav zaradi posebne ranljivosti v takšni situaciji mora biti prag presoje privilegija zoper samoobtožbo postavljen s posebno skrbnostjo in strogostjo, da se lahko udejanji. To pomeni, da je vsakršno bolj ali manj subtilno vplivanje ali pogojevanje treba razlagati kot pritisk oziroma vplivanje na svobodno odločitev.«⁷⁰ Čeprav Ustavno sodišče Republike Slovenije tukaj poudarja le ranljivost položaja obdolženca, kadar se znajde na policijski postaji ali pred sodnikom, lahko razumno sklepamo, da je njegov položaj ranljiv tudi, kadar se znajde pred glavnim organom pregona – tožilcem.

Obdolžencu je (tudi) z namenom zagotovitve položaja enakopravne stranke v postopku pogajanj o priznanju krivde zagotovljena obvezna formalna obramba,⁷¹ ki pa ne more povsem izničiti (niti ne znatno omiliti) psihološkega pritiska, ustvarjenega s podrejenim položajem obdolženca v kazenskem postopku. Še zlasti ne, če si obdolženec ne izbere zagovornika sam, ampak mu ga postavi sodišče (na predlog tožilca) po uradni dolžnosti – v takem primeru ne moremo pričakovati, da bo obdolženi zagovorniku povsem zaupal in

⁶⁹ O prostovoljnosti odpovedi procesnim pravicam (kljub posredni prisili) glej Gorkič, *supra* op. 7, str. 157–170.

⁷⁰ Ustavno sodišče Republike Slovenije, št. Up-134/07, 14. marec 2002. Čeprav je v tej zadevi odločalo o obljubi nižje kazni s strani sodišča kot nedovoljeni prisili, menim, da koncept podrejenega položaja in posledičnega nedopustnega vpliva na obdolženca z obljubo nižje kazni velja prav toliko v odnosu med tožilcem in obdolžencem.

⁷¹ *Supra* op. 64.

da bo zgolj navzočnost zagovornika razblinila njegov občutek podrejenosti.⁷² Poleg tega se pogaja še vedno o isti stvari (v zameno za priznanje bo obdolženi zagotovo kaznovan, če pa pogajanja zavrne, ga čaka kazenski postopek z negotovim izidom), tveganja strank v postopku pogajanj pa so neprimerljiva – obdolženi tvega izgubo svojih najbolj temeljnih pravic (svobode, osebnega dostojanstva, časti in dobrega imena itd.), tožilec pa (le) neuspešen kazenski pregon.⁷³ Zagovornikova navzočnost obdolženčevega položaja s tega vidika ne more popraviti.⁷⁴

4.2. Psihološki dejavniki in stroški zastopanja

Neenakost položajev lahko opišemo kot strukturni dejavnik,⁷⁵ ki ima na vedenje obdolžencev močen psihološki vpliv. Psihologi, zlasti kognitivni,⁷⁶ opozarjajo tudi na specifične psihološke dejavnike, ki preprečujejo konstrukcijo racionalne izbire v postopku pogajanj.

⁷² »Eden izmed nujnih pogojev za učinkovito obrambo z zagovornikom je zaupen odnos med obdolžencem in zagovornikom, ta pa bo praviloma bolje vzpostavljen, če si bo obdolženec zagovornika izbral sam. Pričakovati je mogoče, da bo zagovornik, ki si ga obdolženec izbere sam, lahko bolje opravljal svojo funkcijo kot postavljeni zagovornik [...]« Tako Ustavno sodišče Republike Slovenije, U-I-204/99, 12. december 2002.

⁷³ Z ekonomsko hudomušnostjo na pomanjkljivost pogajanj o priznanju krivde opozori tudi Feely, ki pravi, da pogajanja o priznanju krivde bolj kot na bližnjevzhodni bazar spominjajo na sodobni supermarket – na bazarju z barantanjem lahko znižaš ceno izdelka, medtem ko se v supermarketu sicer lahko pritožuješ nad ceno, vendar je z barantanjem ne moreš znižati. O'Hear je k temu dodal še svoj dostavek: človek lahko iz supermarketa odkoraka, če mu cene niso všeč, obdolženi pa se pogajanjem o priznanju krivde oziroma kazenskemu postopku ne more izogniti. Citirano po O'Hear, *supra* op. 66, str. 416, in op. 22.

⁷⁴ Na tem mestu je treba opozoriti na osebnostno strukturo povprečnega slovenskega obdolženca: moški, stari med 20 in 40 let, s končano poklicno šolo (čez 50 odstotkov) ali nedokončano osnovno šolo (okrog 30 odstotkov), skoraj vsak drugi med njimi je brezposeln. Glej Skubic, Analiza zbranih podatkov o sodiščih, obtožbah in obdolžencih, v: ANALIZA POTEKA IN TRAJANJA KAZENSKIH POSTOPKOV V REPUBLIKI SLOVENIJI (2005), str. 68–75.

⁷⁵ Med strukturne dejavnike, ki vplivajo na (neracionalno) izbiro obdolženca, bi lahko uvrstili tudi asimetrijo informacij: pred sklenitvijo sporazuma med obdolžencem in tožilcem ni predvidene faze obveznega razkritja dokazov, kar pomeni, da pogajanja že zato ne morejo biti »učinkovita«, saj nobeden od pogajalcev ne ve točno, kakšne dokaze ima na voljo nasprotna stran. Asimetrija informacij je še toliko pomembnejša, kadar je obdolženi v resnici nedolžen ter ne ve in ne more vedeti, kaj lahko tožilec uporabi proti njemu v postopku. Glej Bibas, *supra* op. 62, str. 2493–2496. V skupino strukturnih dejavnikov lahko uvrstimo tudi časovno stisko.

⁷⁶ Za celovito in izčrpno kritiko teorije racionalne izbire zaradi kognitivno-psiholoških dejavnikov glej: Korobkin, Ulen, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, v: California Law Review 88 (2000) 4, str. 1051–1144.

Ljudje smo že v splošnem nagnjeni k pretiranemu, nerealnemu optimizmu glede lastnega položaja in prihodnosti.⁷⁷ Tesno povezana s tem sta selektivno zaznavanje in obdelava podatkov – dovtetnejši smo za zaznavo podatkov, ki potrjujejo naše notranje prepričanje, kot tistih, ki niso v skladu z našim prepričanjem.⁷⁸ Če domneva o pretiranem optimizmu in pristranskosti v svojo korist drži, bi se takšna (pretirano) samozavestna in egocentrična drža v postopku pogajanj o priznanju krivde močno izrazila: ne obdolženec ne tožilec ne bi bila pripravljena skleniti sporazuma o priznanju krivde, temveč bi zaradi prepričanja o svojem prav svojo hipotezo raje dokazovala v postopku.⁷⁹ Toda izkušnje iz Združenih držav Amerike kažejo, da to ne drži.⁸⁰ Ker je delež priznanj že zdaj precejšen tudi pred slovenskimi kazenskimi sodišči,⁸¹ lahko predvidevamo, da se bo po uvedbi pogajanj o priznanju krivde še dodatno povečal, kar je tudi želja predlagatelja novele ZKP-K.

Kaj torej obdolženca pripravi do tega, da prizna krivdo za kaznivo dejanje, in kaj prepriča tožilca, da sklene sporazum o priznanju krivde, čeprav bi lahko v kazenskem postopku dosegel višjo kazen? Zelo splošno bi lahko rekli, da gre v obeh primerih za stroške zastopanja – v postopku pogajanj obdolženca obvezno zastopa odvetnik, tožilec pa svojo funkcijo opravlja kot zastopnik javnega interesa.⁸² Na vedenje odvetnika in tožilca, ki v kazenskem postopku

⁷⁷ Glej Weinstein, Unrealistic Optimism About Future Life Events, v: *Journal of Personality and Social Psychology* 39 (1980) 5, str. 806–820. V prispevku poleg opisa lastnega eksperimenta, v katerem je ugotovil, da študenti (neutemeljeno) v svoji prihodnosti pričakujejo več pozitivnih dogodkov kot negativnih, navaja tudi študije z zelo različnih področij življenja (zdravje, prometne nesreče, možnosti za razvezo zakonske zveze itd.), ki opisujejo podoben trend (nerealističnega) optimističnega dojemanja svojega položaja in prihodnosti.

⁷⁸ Gre za t. i. pristranskost v svojo korist (*self-serving bias*), pri kateri za pozitivne dogodke prevzamemo osebno odgovornost (uspeh denimo pripišemo osebnim notranjim dejavnikom), za negativne dogodke pa odgovornost pripišemo zunanjim dejavnikom. Glej Babcock, Loewenstein, Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases, v: *Journal of Economic Perspectives* 11 (1997), str. 109–126.

⁷⁹ Bibas, *supra* op. 62, str. 2497. V prispevku podrobneje opiše še več psiholoških dejavnikov (denimo mehanizem zavračanja in psihološke blokade, mehanizem zniževanja prihodnjih stroškov, strah pred izgubo, uokvirjanje, sidranje), ki vplivajo na razumevanje in vedenje obdolženca v postopku pogajanj o priznanju krivde (glej str. 2496–2519). Glej tudi Covey, *supra* op. 68, str. 223.

⁸⁰ Glej *supra* op. 30.

⁸¹ Pred okrajnimi sodišči prizna kaznivo dejanje približno četrtnina obdolžencev, pred okrožnimi pa skoraj tretjina. Tako Skubic, *supra* op. 74, str. 436.

⁸² Gre za *agency costs*, s katerimi niso mišljeni finančni stroški, ampak stroški, ki nastanejo, ker agent ne zastopa izključno principalovih interesov, ampak na njegove odločitve vplivajo (zlasti) osebni interesi. Strnjeno o pomanjkljivostih odnosa med principalom in agentom kot odnosom med javnostjo in tožilcem ter obdolžencem in odvetnikom glej Schulhofer, Plea Bargaining as Disaster, v: *Yale Law Journal* 101 (1992) 8, str. 1987–1991.

nastopata kot zastopnika tujega interesa (prvi kot zastopnik obdolženca, drugi pa kot zastopnik javnega interesa), pa nedvomno vplivajo tudi osebni interesi. Skupni je zlasti ta, da sta večinoma v časovni stiski, zato želita v čim krajšem času rešiti čim več zadev.⁸³ Večja učinkovitost jima pomaga tudi pri kariernem napredovanju.⁸⁴ Oba sta tudi del pravosodnega sistema, zato čutita dolžnost, da sodelujeta s preostalimi organi v kazenskem postopku.⁸⁵ Še bolj pa je problematično neformalno sodelovanje med odvetniki in tožilci, ko se denimo tožilec in odvetnik dogovarjata o rešitvi posamične zadeve zunaj posamičnega postopka (in tudi brez vednosti obdolženca).⁸⁶ Uspešnost dogovarjanja med odvetnikom in tožilcem (tako glede sprejetja dogovora o tem, ali bosta zadevo rešila s sklenitvijo sporazuma o priznanju krivde ali pred sodiščem, kot v pogajanju o priznanju krivde) pa je odvisna tudi od tega, kako dojemata drug drugega (odnos simpatije ali odnos antipatije).⁸⁷

Tožilec in odvetnik zato ne upoštevata vedno (le) interesov svojih principalov.⁸⁸ Tožilec pogosto sklene sporazum, čeprav bi bilo v interesu javnosti, da o krivdi storilca odloča sodišče (zlasti v kočljivejših, težko dokazljivih zadevah),⁸⁹ odvetnik pa v večini primerov (če oceni, da je obdolženi resnično kriv) obdolženca spodbudi k priznanju krivde ne glede na njegove želje.⁹⁰ Ureditev

⁸³ Hollander-Blumhoff, Social Psychology, Information Processing, and Plea Bargaining, v: *Marquette Law Review* 91 (2008) 1, str. 176.

⁸⁴ Schulhofer, *supra* op. 82, str. 1988.

⁸⁵ Hessick, Saujani, Plea Bargaining and Convicting the Innocent: The Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge, v: *BYU Journal of Public Law* 16 (2002) 2, str. 192 in 210. Tožilec bo s povečanjem števila kazenskih obsodb pomembno pripomogel k učinkovitosti kazenskega pravosodja. O pritiskih na odvetnika s strani tožilcev in sodnikov tudi Bibas, *supra* op. 62, str. 2480.

⁸⁶ Najbolj problematične so t. i. blagovne menjave (*trade-outs*), pri katerih odvetnik obljubi, da bo njegova stranka priznala krivdo, tožilec pa bo v zameno dodatno znižal kazen neki drugi njegovi stranki. Glej: Alschuler, The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining, *Yale Law Journal* 85 (1975) 6, str. 1186.

⁸⁷ Hollander-Blumhoff, Getting to »Guilty«: Plea Bargaining as Negotiation, *supra* op. 68, str. 143. V prispevku prikaže, da sodelovalni odnos med odvetnikom in tožilcem pripelje do boljšega rezultata kot sovražni odnos. Za oblikovanje sodelovalnega odnosa pa so bistveni pristop k zadevi (*attitude*) in osebne lastnosti, zlasti sposobnost empatije in poštenost.

⁸⁸ Glej *supra* op. 75.

⁸⁹ Bibas, *supra* op. 62, str. 2474. Bibas na tem mestu poudari tudi zelo pomemben dejavnik pri sklepanju sporazumov o priznanju krivde: tožilci temnopoltim, starejšim, neizobraženim, tujim, moškim ponudijo manj ugodne sporazume kot starejšim, ženskam, državljanom, izobraženim. Za drugačen pristop o psiholoških dejavnikih, ki vplivajo na tožilce, glej tudi: Burke, Prosecutorial Passion, Cognitive Bias, and Plea Bargaining, v: *Marquette Law Review* 91 (2008) 1, str. 183–211.

⁹⁰ Birke, Reconciling Loss Aversion and Guilty Pleas, v: *Utah Law Review* (1999) 1, str. 232–234. Tako tudi Hollander-Blumhoff, Getting to »Guilty«: Plea Bargaining as Negotiation, *supra* op. 68, str. 126–130.

predloga novele ZKP-K, ki omogoča, da se odvetnik sam, brez sodelovanja obdolženca (vendar z njegovim soglasjem), pogaja z odvetnikom o priznanju krivde, stroškov zastopanja oziroma vpliva strukturnih in osebnih psiholoških spodbud na odvetnika, ki pogosto privedejo do razhajanj med interesi odvetnika in obdolženca, ne upošteva.⁹¹ Pogajanja o priznanju krivde neposredno z zagovornikom in brez udeležbe obdolženca so še toliko bolj problematična, če si obdolženec zagovornika ne izbere sam, ampak mu ga postavi sodišče po uradni dolžnosti.⁹²

Upoštevanje psiholoških dejavnikov ima še dodaten pomen. Resnični storilci kaznivih dejanj naj bi bili že zaradi dejstva, da so prekršili kazenski zakon, ki določa norme, potrebne za minimum socialnega sobivanja, nagnjeni k tveganju.⁹³ Zato je verjetneje, da bodo – tudi ko se bodo znašli v kazenskem pregonu – tvegali. Zahtevali bodo sojenje v kazenskem postopku, saj v njem obstaja možnost oprostilne sodbe, hkrati pa bodo tvegali, da bodo obsojeni na višjo kazen, kot bi jo dobili, če bi priznali krivdo v pogajanjih. Ob domnevi, da si tožilec zelo želi skleniti sporazum o priznanju krivde (denimo zato, ker ima na voljo šibke dokaze ali pa ker bi se glavni dokazi morali izločiti iz spisa), lahko te osebne poteze resničnega storilca pripomorejo k sklenitvi zanj ugodnega sporazuma: kot trdnemu in odločnemu pogajalcu mu lahko uspe močno znižati kazen. Nasprotno velja za nedolžnega – zaradi strahu pred tveganjem v pogajanjih o priznanju krivde hitreje sprejme ponujeno nižjo kazen in redkeje tvega, da bi bil v kazenskem postopku (sicer po krivici) obsojen na višjo kazen, kot jo

⁹¹ Glej predlagani tretji odstavek 450.a člena v predlogu novele ZKP-K, *supra* op. 5. Možnost pogajanj neposredno z odvetnikom in brez obdolženca je mogoče utemeljiti z dejstvom, da je odvetnik kot redni akter v kazenskem postopku bolj usposobljen za pogajanja, hkrati pa je treba spoštovati voljo obdolženca (kot avtonomnega subjekta kazenskega postopka), da pri pogajanjih o priznanju krivde sam ne sodeluje. Oba argumenta zavračam: čeprav je odvetnik bolj usposobljen za pogajanja o priznanju, je treba upoštevati, da nanj vplivajo mnoge druge spodbude, ki sem jih primeroma že omenila. Navzočnost obdolženca lahko zagotovi vsaj to, da mora odvetnik pri pogajanjih o priznanju krivde spoštovati in upoštevati njegovo voljo, želje ter subjektivne, specifične vidike konkretne zadeve. Drugi argument – da se do obdolženca ne smemo obnašati preveč paternalistično – v splošnem sicer drži. Toda že določba o obvezni formalni obrambi je izraz paternalizma. Poleg tega pa ima oseba, ki se znajde v kazenskem postopku, nekatere minimalne dolžnosti (tudi v popolnoma adversarnem tipu): ena od temeljnih je, da mora priti pred sodišče, če je tja poklicana (si in ius vocat, ito). Z argumentom *ad simile* lahko kot njeno obveznost utemeljimo tudi sodelovanje pri pogajanjih o priznanju krivde. Tako kot v kazenskem postopku se tudi v pogajanjih o priznanju krivde odloča o bistvu vsake kazenske zadeve: o krivdi in kazni.

⁹² Glej *supra* op. 82 in spremljajoče besedilo.

⁹³ Bibas, *supra* op. 62, str. 2509–2510, in op. 195, 196 in 197, kjer to trditev s sklicevanjem na številna dela utemelji.

ponuja tožilec v zameno za njegovo priznanje.⁹⁴ Povedano drugače: zaradi strahu pred tveganjem nedolžna oseba, ki se znajde v kazenskem postopku, ne samo hitreje prizna krivdo v zameno za milejšo kazen, ampak je tudi slabša pogajalka – izpogajana kazen je tako višja, kot bi bila tista, ki bi bila naložena resničnemu storilcu kot boljšemu pogajalcu.⁹⁵

5. Sociološki dejavniki

Eden od razlogov, ki govori v prid uvedbi instituta pogajanj o priznanju krivde, so njegovi pričakovani blagodejni vplivi na družbo oziroma odzivi družbe nanj. Preprosto (morda celo poenostavljeno) povedano: kazenska sodišča so obremenjena s sodnimi zaostanki,⁹⁶ javnost pa je s tem skrajno nezadovoljna. Navsezadnje sodni zaostanki na kazenskem področju pomenijo, da so osebe, ki so storile kaznivo dejanje in za družbo pomenijo potencialno nevarnost, verjetno (če niso v priporu) še vedno na prostosti in nekaznovane. Pogajanja o priznanju krivde bodo sodišča razbremenila dolgotrajnih postopkov in zadeve bodo hitreje dobile sodni epilog (v obliki sodne potrditve sporazuma o priznanju krivde med obdolžencem in tožilcem). Na koncu to pomeni učinkovitejše delovanje pravosodnega sistema: stopnja kaznovanosti storilcev kaznivih dejanj se bo zvišala. S kančkom idealizma lahko to predstavimo ljudem kot življenje v boljši, manj nevarni družbi in (potihoma) upamo, da bo to dvignilo ugled pravosodnim organom.

Uvedba instituta pogajanj o priznanju krivde pa ima z vidika vpliva na družbo tudi pasti. Obstaja realno tveganje, da javnost pogajanj o priznanju krivde ne bo sprejela kot legitimnega načina reševanja kazenskih zadev. Za sprejetje nekega instituta kot legitimnega je namreč zelo pomembna procesna pravičnost.⁹⁷ Koncept procesne pravičnosti temelji na osnovni postavki, da posameznikova ocena postopka sprejemanja odločitve kot poštenega ni odvisna le od končne

⁹⁴ Prav tam, str. 2496–2527.

⁹⁵ Prav tam, str. 2510–2512.

⁹⁶ Leta 2009 je bilo na okrajnih kazenskih sodiščih 5.573 sodnih zaostankov, na okrožnih pa 2.297. Pri tem se kot sodni zaostanek šteje zadeva, starejša od šest mesecev. Glej Letno poročilo Urvrhovnega sodišča Republike Slovenije 2009, *supra* op. 19, str. 115. Kljub temu pa je treba poudariti, da so – v primerjavi z drugimi sodišči – kazenska sodišča še najmanj obremenjena z zaostanki, zato je namen krajšanja oziroma odprave kazenskih postopkov tudi to, da bi se s pogajanj o priznanju krivde rešilo čim več t. i. bagatelnih zadev in bi se več virov lahko namenilo pregonu hujših kaznivih dejanj. Za opombo se zahvaljujem profesorju Bavconu.

⁹⁷ Kot pionirja koncepta procesne pravičnosti navajajo Thibaut in Walkerja. Thibaut, Walker, *PROCEDURAL JUSTICE: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS* (1975).

odločitve, ampak tudi (ali celo bolj) od postopka sprejemanja te odločitve.⁹⁸ Povedano drugače: poštenost postopka sprejemanja odločitve je z vidika legitimnosti pomembnejša od končne odločitve, sprejete v tem postopku. Koncept procesne pravičnosti gre še dlje: če je postopek sprejemanja odločitve dojet kot pravičen, to ne pripomore le k sprejemanju končnih odločitev kot bolj pravičnih (in legitimnih), ampak tudi poveča legitimnost avtoritetam, ki te odločitve sprejemajo. Legitimnost avtoritet pa je nujen pogoj za spoštovanje njenih odločitev.

Razloge, zakaj pogajanj o priznanju krivde javnost verjetno ne bo sprejela kot procesno pravičnih (in legitimnih), sem pravzaprav že opisala. Med pravnimi pomisleki je gotovo najpomembnejše dejstvo, da pogajanja o priznanju krivde ne bodo javna. Netransparentnost tega postopka lahko v javnosti vzbudi prepričanje, da gre za koruptivno prakso.⁹⁹ Med psihološkimi dejavniki pa je treba poudariti izhodiščno neenakost strank. Pogajanja, v katerih je ena stranka v občutno podrejenem položaju, ne morejo biti dojeta kot pravična. Tudi stroški zastopanja, zlasti neformalno dogovarjanje med tožilcem in odvetnikom obdolženca, pri oceni procesne (ne)pravičnosti pogajanj o priznanju krivde niso zanemarljivi. Dodaten razlog, ki vzbuja dvome o procesni pravičnosti pogajanj o priznanju krivde, je asimetrija informacij:¹⁰⁰ kako naj stranki dosežeta optimalen dogovor, če ne vesta, kakšne podatke (dokaze) ima na voljo nasprotna stranka, in se torej večji del pogajanj osredotočata na ugibanje pomanjkljivosti v strategiji nasprotne stranke ter na skrivanje svojih najtehtnejših argumentov (ki jih lahko v postopku sojenja uporabimo kot »presenečenje«)?

Poleg teh tehtnejših pomislekov, zakaj javnost pogajanj ne bo nujno sprejela kot procesno pravičnih, pa še dva preprosta, a življenjsko zelo verjetna pomisleka. Prvič, javnost lahko poenostavljeno sklepa, da so sodišča svojo temeljno funkcijo, torej razsojati o krivdi in kazni, ker je niso sposobna opravljati, prenesla na tožilstvo in obdolženca. Drugič, večja uspešnost kazenskega pregona je nerazdružljivo povezana s splošnim znižanjem kazni, čemur javnost ni nujno naklonjena, še zlasti ne v odmevnih primerih.¹⁰¹

⁹⁸ Tyler, *Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law*, v: *Crime and Justice* 30 (2003), str. 292–294 (navaja tudi mnogo študij, ki so to dokazale). Welsh, *Perceptions of Fairness in Negotiation*, v: *Marquette Law Review* 87 (2004) 4, str. 761–763. O’Hear, *supra* op. 66, str. 420–422.

⁹⁹ Alkon, *supra* op. 51, str. 381–384 in 407.

¹⁰⁰ V slovenski različici pogajanj o priznanju krivde ni predvidene faze obveznega razkritja dokazov (*disclosure*), ki bi problematiko asimetrije informacij znatno omilila, ne pa povsem odpravila. O pomembnosti faze razkritja dokazov glej Hashimoto, *Toward Ethical Plea Bargaining*, v: *Cardozo Law Review* 30 (2008) 3, str. 949–963.

¹⁰¹ Alkon, *supra* op. 51, str. 407.

Če razvijemo koncept procesne pravičnosti do konca: zaradi uvedbe instituta pogajanj o priznanju krive, ob predpostavki, da ga javnost ne sprejme kot legitimnega načina reševanja kazenskih zadev, se lahko zmanjša legitimnost pravosodnim organom. Že samo to dejstvo je lahko resen pomislek proti uvajanju pogajanj o priznanju krivde v ZKP. Ob upoštevanju splošnega stanja in nizkega zaupanja slovenskim sodiščem¹⁰² pa ta pomislek zbuja skrb. Kajti zadnji korak je znan: »Izguba zaupanja v kazensko pravosodje spodbuja nezaupanje v celoten pravni in politični sistem. Nastane stanje krize institucij, v katerem [...] nastane potreba po karizmatičnem voditelju, ki bo prinesel rešitev.«¹⁰³

6. Sklep

Glavna prednost pogajanj o priznanju krivde je jasna: obdolženi lahko s priznanjem krivde in hkratno odpovedjo pravici do sojenja računa na nižjo kazen, ki mu jo je obljubil tožilec v postopku pogajanj, tožilec pa ima zagotovljen uspeh – obsodilno sodbo, in to brez nadaljnjih časovnih ter energijskih vložkov za dokazovanje primera pred sodiščem. Od pogajanj o priznanju krivde imajo korist tudi sodišča, saj se število sodnih postopkov zmanjša ob enaki ali celo višji stopnji uspešnega kazenskega pregona storilcev kaznivih dejanj. Manjše število sodnih postopkov ima vsaj tri dodatne pozitivne posledice: prvič, zmanjšajo se sodni zaostanki, drugič, poveča se učinkovitost kaznovanja (saj ima kazen najmočnejši specialno-preventivni učinek, če je naložena takoj po storitvi kaznivega dejanja), in tretjič, sodišča lahko več virov porabijo za reševanje aktualnih in zapletenejših zadev (ob predpostavki, da se obdolženi v manj jasnih in kompleksnejših zadevah, v katerih gre praviloma za hujša kazniva dejanja, ne odpovejo sojenju).

Toda pogajanja o priznanju krivde so dvorezen meč – poleg prednosti, ki jih prinašajo, se po drugi strani pokaže veliko vidikov, ki na koncu sprožajo

¹⁰² Podatki Politbarometra za leto 2010 kažejo na veliko krizo slovenskih sodišč: zaupa jim samo 13 odstotkov ljudi, ne zaupa pa jim kar 58 odstotkov. Ljudje bolj zaupajo vojski (40 odstotkov), policiji (32 odstotkov), medijem (30 odstotkov), manj nezaupljivi so celo do Nata (le 35 odstotkov jih ne zaupa). Glej: Politbarometer, 12/2010, 22. december 2010, str. 24, dostopen na spletni strani URL: http://www.cjm.si/sites/cjm.si/files/file/raziskava_pb/pb_dec_2010%20koncno.pdf (1. 3. 2011). Hkrati pa je treba poudariti, da se kljub temu deklariranemu zaupanju sodiščem pripad zadev stalno povečuje. Menim, da je to bolj kot izraz zaupanja sodiščem posledica več povezanih dejavnikov – od večje ozaveščenosti (in občutljivosti) žrtev kaznivih dejanj do širjenja kazenskega zakonika na vse več področij družbenega življenja in navsezadnje tudi nesposobnosti reševanja sporov na medosebni ravni.

¹⁰³ Citirano po Bošnjak, Teoretični in primerjalni vidiki trajanja kazenskih postopkov, *supra* op. 20, str. 39–40.

resne dvome, ali so pogajanja sploh primeren način reševanja kazenskih zadev. V prispevku sem predstavila samo nekatere pravne, psihološke in sociološke pomisleke, ki govorijo proti uvajanju pogajanj o priznanju krivde. Najpomembnejšega vprašanja, ki zasluži bolj celovito obravnavo, se nisem niti dotaknila: kakšen je sploh namen kazenskega postopka? Ali ni njegov osnovni namen, da v postopku tožilec kot specializiran organ pregona dokaže neko kaznivo dejanje, o krivdi in kazni, ki mora biti sorazmerna s težo kaznivega dejanja, pa na koncu odloči neodvisen in nepristranski sodnik? Z uvedbo pogajanj o priznanju krivde se temu odpovemo: tožilcu ni več treba dokazovati, saj ga priznanje obdolženca (če ne povsem, pa vsaj večinoma) odveže dokazovanja, sodišče pa ne odloča več o krivdi in kazni, ampak le potrdi predlog tožilca (če se z njim ne strinja, ga sicer lahko zavrne). Zato tudi kazen ni več nujno sorazmerna s težo kaznivega dejanja, ampak je lahko nižja za sodelujoče obdolžence in višja za nesodelujoče obdolžence, ki »trmasto« vztrajajo, da o krivdi in kazni odloči sodišče v kazenskem postopku.

Kazenski postopek tako ni več dojet kot edini zakoniti način reševanja kazenskih zadev, v katerem je mogoče izreči najbolj korektno in pravično odločitev, ampak je lahko dojet tudi kot ovira, ki dodatno obremenjuje sodišča in pripomore k sodnim zaostankom. Tako je razbrati tudi iz obrazložitve Predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku: »Ne samo pri nas, temveč tudi v drugih državah se namreč kazenskoopravni sistemi soočajo s krizo, ki jo rešujejo tako, da namesto togih, na nekdanj neizpodbitnih procesnih načelih temelječih rešitev uvajajo mnogo bolj pragmatične rešitve, ki omogočajo bistveno skrajšanje kazenskega postopka.«¹⁰⁴

Čeprav je dolgoročno gledano uvedba pogajanj o priznanju krivde morda celo neizogibna (na kar kaže tudi usmeritev v sosednjih državah, po katerih se navadno zgledujemo pri uvajanju sprememb v našo zakonodajo),¹⁰⁵ pomeni sprejetje tega instituta v ZKP vnašanje tujka v postopek s pretežno inkvizitorno tradicijo.¹⁰⁶ Za uspešno »presaditev« oziroma »vsaditev« takega tujka pa pogoji niso izpolnjeni. Pogajanja o priznanju krivde se namreč uvajajo preprosto zaradi

¹⁰⁴ Predlog novele ZKP-K, *supra* op. 5, str. 13.

¹⁰⁵ Tako je storil tudi predlagatelj novele ZKP-K: »Možnost sojenja v kazenskih zadevah na podlagi predhodnega dogovora med tožilstvom in obdolžencem je sprejeta tudi v mnogih drugih evropskih državah, na primer Franciji, Nemčiji, Italiji, Poljski, Portugalski, Švici [...], pa tudi v vseh drugih državah, nastalih na območju bivše Jugoslavije.« Predlog novele ZKP-K, *supra* op. 5, str. 13.

¹⁰⁶ O problematiki »presajanja« oziroma »prevajanja« institutov glej: Alkon, *supra* op. 51, str. 355–418. Langer, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, v: Harvard International Law Journal 45 (2004), str. 1–64.

povečanja učinkovitosti, manjka pa ne samo temeljita in argumentirana razlaga, zakaj jih potrebujemo (denimo sprememba filozofske podstati kazenskega postopka od izrazito državocentričnega pristopa k preganjanju kaznivih dejanj k večji naklonjenosti dojemanju kazenskega postopka kot načina konsenzualnega reševanja spora), ampak tudi vsebinska obrazložitev predlagatelja zakona, v kateri bi – če že ne povsem, pa vsaj prepričljivo – zavrnil pomisleke na račun pogajanj o priznanju krivde. In navsezadnje, pred uvedbo take novosti v kazenski postopek bi bilo treba opraviti premišljeno oceno sedanjega stanja in zlasti analizo pričakovanih vplivov uvedbe pogajanj o priznanju krivde na kazensko pravosodje, vključno z oceno, kako bo ta institut sprejela splošna javnost in kakšen posledični vpliv ima lahko nenaklonjenost temu institutu na stopnjo zaupanja javnosti v kazensko pravosodje.

Literatura

- Alkon, Cynthia: Plea Bargaining as Legal Transplant – A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems?, v: *Transnational Law & Contemporary Problems*, 19 (2010) str. 355–418.
- Alschuler, Albert W.: Plea Bargaining and Its History, v: *Columbia Law Review*, 79 (1979) 1, str. 1–43.
- Alschuler, Albert W.: The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining, *Yale Law Journal* 85 (1975) 6, str. 1179–1314.
- Babcock, Linda; Loewenstein, George: Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases, v: *Journal of Economic Perspectives* 11 (1997), str. 109–126.
- Bibas, Stephanos: Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial, v: *Harvard Law Review* 117 (2004) 8, str. 2464–2547.
- Birke, Richard: Reconciling Loss Aversion and Guilty Pleas, v: *Utah Law Review* (1999) 1, str. 205–254.
- Bošnjak, Marko: Teoretični in primerjalni vidiki trajanja kazenskih postopkov, v: *POTEK KAZENSKIH POSTOPKOV V SLOVENIJI* (ur. M. Bošnjak), Pravna praksa, Ljubljana 2005.
- Bošnjak, Marko: Izbirni mehanizmi v kazenskem postopku, v: *IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA* (ur. K. Šugman), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2006, str. 419–459.
- Burke, Alafair S.: Prosecutorial Passion, Cognitive Bias, and Plea Bargaining, v: *Marquette Law Review* 91 (2008) 1, str. 183–211.
- Covey, Russel: Reconsidering the Relationship Between Cognitive Psychology and Plea Bargaining, v: *Marquette Law Review* 91 (2008) 1, str. 213–247.
- Dežman, Zlatko; Erbežnik, Anže: *KAZENSKO PROCESNO PRAVO REPUBLIKE SLOVENIJE*, GV Založba, Ljubljana 2003.
- Dubber, Markus Dirk: American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure, v: *Stanford Law Review* 49 (1997), str. 547–605.
- Erbežnik, Anže: Nekaj pogledov na predlagano novelo zakona o kazenskem postopku, v: *Pravna praksa* (2003) 14, str. 15–17.
- Ferlinc, Andrej: Kaznovalni nalog in načelo dispozitivnosti v kazenskem postopku – institut vrnitve v prejšnje stanje, *Pravna praksa* (2008) 39, str. 19–21.
- Friedman, Lawrence M.: Plea Bargaining in Historical Perspective, v: *Law and Society Review* 13 (1979) 2, str. 247–259.

- Goldstein, Abraham S.: *Converging Criminal Justice Systems: Guilty Pleas and the Public Interest*, v: *SMU Law Review* 49 (1996) 5, str. 567–577.
- Gorkič, Primož: *PROCESNA DEJANJA OBDOLEŽENCA V KAZENSKEM POSTOPKU*, doktorska disertacija, Ljubljana 2009.
- Hashimoto, Erica: *Toward Ethical Plea Bargaining*, v: *Cardozo Law Review* 30 (2008) 3, str. 949–963.
- Hessick, Andrew F.; Saujani, Reshma M.: *Plea Bargaining and Convicting the Innocent: The Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge*, v: *BYU Journal of Public Law* 16 (2002) 2, str. 189–242.
- Hollander-Blumhoff, Rebecca: *Social Psychology, Information Processing, and Plea Bargaining*, v: *Marquette Law Review* 91 (2008) 1, str. 163–182.
- Hollander-Blumhoff, Rebecca: *Getting to »Guilty«: Plea Bargaining as Negotiation*, v: *Harvard Negotiation Law Review* 2 (1997), str. 115–148.
- Horvat, Štefan: *ZAKON O KAZENSKEM POSTOPKU S KOMENTARJEM*, GV Založba, Ljubljana 2004.
- King, Nancy J.; Soulé, David A.; Steen, Sara; Weidner, Robert R.: *When Process Affects Punishment: Difference in Sentences after Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*, *Columbia Law Review* 105 (2005) 4, str. 959–1086.
- King, Nancy Jean: *Priceless Process: Nonnegotiable Features of Criminal Procedure*, v: *UCLA Law Review* 47 (1999) 1, str. 113–181.
- Korobkin, Russell B.; Ulen, Thomas S.: *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, v: *California Law Review* 88 (2000) 4, str. 1051–1144.
- Langbein, John H.: *Torture and Plea Bargaining*, v: *University of Chicago Law Review* 46 (1979) 1, str. 3–22.
- Langbein, John H.: *The Origins of Public Prosecution at Common Law*, v: *American Journal of Legal History* 17 (1973), str. 313–381.
- Langer, Maximo: *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, v: *Harvard International Law Journal* 45 (2004), str. 1–64.
- Lynch, Gerard E.: *Our Administrative Criminal Justice System*, v: *Fordham Law Review* 66 (1998) 6, str. 2117–2151.
- McCoy, Candace: *Plea Bargaining as Coercion: The Trial Penalty in Plea Bargaining Reform*, *The Criminal Law Quarterly* 50 (2005) 1, str. 67–107.
- O'Hear, Michael M.: *Plea Bargaining and Procedural Justice*, v: *Georgia Law Review* 42 (2008) 2, str. 407–469.

- Perrodet, Antoinette: *The Public Prosecutor*, v: *EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES* (ur. M. Delmas-Marty; J. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2006, str. 415–459.
- Prešeren, Tina: *Trajanje posameznih faz kazenskega postopka*, v: *POTEK KAZENSKIH POSTOPKOV V SLOVENIJI* (ur. M. Bošnjak), Pravna praksa, Ljubljana 2005, str. 81–177.
- Rubinstein, Michael L.; White, Teresa J.: *Alaska's Ban on Plea Bargaining*, v: *Law and Society Law Review* 13 (1979) 2, str. 367–383.
- Sandefur, Timothy: *In Defense of Plea Bargaining*, v: *Regulation* 23 (2003) 3, str. 28–31.
- Schulhofer, Stephen J.: *Plea Bargaining as Disaster*, v: *Yale Law Journal* 101 (1992) 8, str. 1979–2009.
- Scott, Robert E.; Stuntz, William J.: *Plea Bargaining as a Contract*, v: *Yale Law Journal* 101 (1992) 8, str. 1909–1968.
- Skubic, Nataša: *Analiza zbranih podatkov o sodiščih, obtožbah in obdolžencih*, v: *POTEK KAZENSKIH POSTOPKOV V SLOVENIJI* (ur. M. Bošnjak), Pravna praksa, Ljubljana 2005, str. 63–80.
- Šugman, Katja: *Prenova ali nov model kazenskega postopka*, v: *IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA* (ur. K. Šugman), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2006, str. 19–26.
- Šugman, Katja G.: *Spremembe in razvojne težnje v kazenskem postopku*, v: *KRIMINALITETA, DRUŽBENO NADZORSTVO IN POSTMODERNIZACIJSKI PROCESI* (ur. Z. Kanduč), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2005, str. 88–97.
- Šugman, Katja G.: *DOKAZNE PREPOVEDI V KAZENSKEM POSTOPKU: MEJE (SAMO)OMEJEVANJA DRŽAVE*, Bonex, Ljubljana 2000.
- Thibaut, John W.; Walker, Laurens: *PROCEDURAL JUSTICE: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS*, L. Erlbaum Associates, Hillsdale, N. J. in New York 1975.
- Turner, Jenia Iontcheva: *Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View*, v: *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), str. 199–267.
- Tyler, Tom R.: *Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law*, v: *Crime and Justice* 30 (2003), str. 283–357.
- Weinstein, Neil D.: *Unrealistic Optimism about Future Life Events*, v: *Journal of Personality and Social Psychology* 39 (1980) 5, str. 806–820.
- Welsh, Nancy A.: *Perceptions of Fairness in Negotiation*, v: *Marquette Law Review* 87 (2004) 4, str. 753–767.
- Zacharias, Fred C.: *Justice in Plea Bargaining*, v: *William and Mary Law Review* 39 (1998) 4, str. 1121–1189.

- Kazenskoppravna statistika Združenih držav Amerike za leto 2004, URL: <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5172004.pdf> (10. 2. 2011).
- Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku, EVA 2010-2011-0009, z dne 3. 11. 2010, URL: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/101108_ZKP-K_nov.pdf (7. 3. 2011).
- Letno poročilo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije za leto 2009, URL: http://www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2010081011355553 (18. 3. 2011).
- Poročilo Organizacije za varnost in sodelovanje v Evropi (OVSE) o sporazumih o krivdi v Bosni in Hercegovini: Plea Agreements in Bosnia and Herzegovina: Practices before the Courts and their compliance with international human rights standards, URL: <http://www.oscebih.org/Download.aspx?id=55&lang=EN> (1. 4. 2011).
- Poročilo Organizacije za varnost in sodelovanje v Evropi (OVSE) o domnevi nedolžnosti: The Presumption of Innocence: Instances of violations of internationally recognized human rights standards by Courts of Bosnia and Herzegovina, URL: <http://www.oscebih.org/Download.aspx?id=56&lang=EN> (1. 4. 2011).
- Drugi osnutek Zakona o kazenskem postopku (ZKP-1) z dne 15. 9. 2008, URL: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/zakonodaja/2008_09_26_drugi_osnutek_ZKP-1.pdf (23. 3. 2011).

Introducing Plea Bargaining to Slovenian Criminal Procedure: Selected Issues

Summary

One of the main features of the latest proposed amendment to the Slovenian Code of Criminal Procedure is the introduction of plea bargaining where the prosecutor offers to the defendant a reduced sentence in exchange of his guilty plea. Even though plea bargaining brings obvious advantages to the criminal procedure (the defendant is punished leniently, prosecutor assures the conviction, whereas the court is disburdened of numerous criminal cases and lastly, the elimination of backlog of court cases has benefits for the general public), there are also serious doubts about this method as a proper and just way of solving criminal cases.

After a short historical overview of the development of plea bargaining in adversarial systems (the focus is mainly on plea bargaining in the United States of America), the article describes some legal, psychological and sociological concerns that the introduction of plea bargaining to Slovenian criminal system rises.

While Slovenian criminal procedure evolved from inquisitorial type of criminal procedure it has – over the time – adopted many adversarial features (e.g. the right to remain silent, privilege against self-incrimination, right to hear and examine exculpatory and aggravating witnesses, presumption of innocence) which obviously ameliorated the standing of defendant in criminal procedure. However, this spread of adversarial safeguards paradoxically also caused the prolongation of criminal processes and backlogs of criminal cases. The solution for this problem was once again inspired by Anglo-American system: deciding upon guilt of the defendant and the criminal sanction outside the frame of precisely regulated judicial criminal procedure. However, not only this historical paradox but also some serious legal, psychological and sociological concerns rise question whether plea bargaining is appropriate way of solving criminal cases.

Slovenian Constitution grants everybody the right to a fair public trial. By accepting the prosecutor's offer to plead guilty in exchange of a more lenient sanction, the defendant willingly waves his right to a fair trial. However, there are reasonable grounds to believe that his guilty plea is not always voluntary – the large differential between the offered sanction and the sanction that the defendant is likely to receive after criminal procedure tempts defendant to enter guilty plea. Even if we agree to contractual theory of plea bargaining a right for

public trial must be observed from the other point of view, meaning that this is not only the right of the defendant, but also the right of the public to follow criminal procedure and therefore exercise the public scrutiny over it. Another legal concern is also the blurring of strict division between the judicial and prosecutorial authorities: it is not the court who decides upon the main questions in criminal law (the guilt and the criminal sanction) anymore, but the prosecutor.

Psychological aspects explain why defendant's guilty plea is not necessarily voluntary, or in another words they explain why the rational choice theory is not applicable in the case of plea bargaining. First of all, the defendant and the prosecutor cannot be considered as equal parties (taking into account several factors, e.g. the fact that majority of Slovenian defendants are unemployed and uneducated, the information asymmetry, and above all the fact that plea bargaining – successful or unsuccessful – affects defendant more severely than the prosecutor: the parties are bargaining over the criminal sanction which deprives the defendant of his human rights while prosecutor only risks unsuccessful trial). Even the obligatory formal presentation cannot nullify the inequality. Considering the self-serving biases and overoptimism of average human being, including prosecutors and defendants, the result that large majority of criminal cases is disposed through plea bargaining is surprising. Yet, this phenomenon can be explained by agency costs. While prosecutor is acting as the agent of the public, and defence lawyer is acting as the agent of the defendant, they are not influenced only by the interests of their principals but are both pursuing also personal interests: they both benefit from faster disposal of criminal cases because it works their way up the career. Lastly, also risk aversion of innocent defendants must be considered – innocent defendants tend to accept the deal faster because they do not want to risk higher sanction at trial, while guilty defendants are inclined to risk and will therefore be either harder negotiators (and will get a better deal), or will deny plea bargains and insist on trial.

Plea bargaining must be considered in the light of sociological consequences. While on one hand the reduction of case backlogs can promote the public trust in judiciary and law enforcement agencies, on the other hand the concept of procedural justice, which states that the process of reaching the decision is more important than the final outcome, indicates that there are reasonable grounds to believe that public will not view plea bargaining as procedurally just way of disposing criminal cases. This means that the legitimacy of judiciary and law enforcement authorities will decline even further.

Unless these concerns will be adequately addressed (not to mention that the change in philosophical approach to criminal process from state-oriented crime prosecution to consensual way of solving criminal cases is necessary) a

serious doubt that plea bargaining is appropriate way of solving criminal cases remains.