

## Možnosti za reformo modela mešanega kazenskega postopka – nekatera teoretična izhodišča novega modela slovenskega zakona o kazenskem postopku

Blaž Kovačič\*

Slovenska teorija o kazenskem postopku doslej še ni izdelala obsežnejše in poglobljene teoretske razprave o vprašanih, povezanih s teoretičnimi modeli kazenskega postopka (akuzatorni, inkvizitorni, mešani), kar se bo kmalu izkazalo za dokajšnjo pomanjkljivost. Gre namreč za področje kazenskopravne znanosti, ki je trenutno v Sloveniji izjemnega pomena zaradi prihajajočih reform zakona o kazenskem postopku. Očitno je namreč, da se bo tudi slovenska država odločila za odpravo trenutno veljavnega mešanega (kontinentalnega) modela in prevzela bolj ali manj akuzatorni model kazenskega postopka. Ta je namreč zaradi svoje naravnosti k sporu med posameznikom in državo bolj opremljen za odločanje v kazenskopravnih razmerjih v razslojenih post-modernih (»zahodnih«) družbah, za katere je značilna mnogovrstnost interesov. Država mora tako opustiti dosedanje paternalistično gledanje na odnose v kazenskem postopku in prepustiti vodilno mesto pri odločanju v kazenskopravnih zadevah strankam, to pa nujno pomeni tako odpravo instruktorske maksime kot tudi ukinitve načela iskanja materialne resnice. Omenjena instituta namreč predvidevata, da je ravno sodnik kot državni uradnik tisti subjekt postopka, ki lahko najbolj pravilno odloča, kaj naj bi bilo v skupnem interesu vseh vpletenih strani. Akuzatorni model v večji meri upošteva (različne) interese strank v kazensko-pravnem sporu in jim zato daje najpomembnejšo vlogo pri odločanju o začetku, poteku in tudi zaključku kazenskega postopka. Seveda tudi ta model ni brez pomanjkljivosti, ki so predvsem posledica povečevanja spora med vpletenimi stranmi kot edinega načina za zagotavljanje demokratičnosti, poštenosti in kontradiktornosti kazenskih postopkov. Z odpravo teh »adversarnih ekscesov« bi bil akuzatorni model najprimernejša podlaga za novi slovenski zakon o kazenskem postopku, ob tem pa bi se moral zakonodajalec zavedati, da mora biti vsaka uspešna reforma kazenskega postopka nujno povezana tudi z reformo kazenskega pravosodja, ki mora postati odločen varuh pravne države in ne podaljšana roka državne represije.

**Ključne besede:** modeli kazenskega postopka, reforma kazenskega pravosodja, avtonomija posameznika, pravna država, post-moderna družba

UDK: 343.10 + 343.1(094.5)(497.4).001.7

### I. Uvodno

Na področju teorije modelov kazenskega postopka doslej v Sloveniji ni bilo izdelanih veliko obsežnejših del, kar je velika pomanjkljivost, saj pravzaprav nimamo primerne teoretično-filozofske osnove za izdelavo morebitnega novega modela kazenskega postopka. V Sloveniji so se reforme kazenskega postopka osredotočale predvsem na takšno ali drugačno »krpanje« zakona o kazenskem postopku iz 1967. leta, pač glede na trenutne potrebe boja zoper kriminaliteto ali potrebe po višji ravni zagotavljanja pravic osumljenca<sup>1</sup>. Zaradi takšnih *ad hoc* rešitev so se vse dosedanje reforme izkazale za ne-

popolne ali nezadostne in niso prinesle zaželenih rezultatov. Skrivnost njihovega neuspeha je bila ravno v logično-sistematičnem neskladju med veljavnim modelom kazenskega postopka in rešitvami v omenjenih reformah. Te so večinoma izhajale iz kazenskoprocesnih zakonodaj z drugačnimi pogledi na naloge, ki naj jih izpolnjuje posamični kazenski postopek. Zato je za izdelavo novega kazenskega postopka treba najprej izdelati trdno in logično-sistematično pravilno shemo kazenskega postopka, ki bi v celoti izhajala iz le ene filozofsko-vrednostne osnove.

Pri izdelavi takšnega predloga bo najprej treba pokazati, da je sedanji sistem kazenskega postopka pomanjkljiv in posledično tudi, kako je prišlo do pomanjkljivosti, zakaj so se razvili določeni instituti, kje so njihove korenine in kako so bili vklopljeni v sprejeto ureditev. V okviru tega prikaza bo treba opozoriti, da je mešani sistem kazenskega postopka le »podaljšana roka« inkvizitornega postopka, ki so ga uporabljali v večini držav srednjeveške kontinentalne Evrope. Na tem mestu je treba izpostaviti vlogo načela iskanja resnice kot rdeče niti inkvizitornega in mešanega modela postopka, ki skozi inkvizitorno maksimo oblikuje inkvizitorni značaj mešanega kazenskega postopka. Zato je najbrž glavno vprašanje celotne reforme kazenskoprocesne zakonodaje, kakšno vlogo naj igra iskanje resnice v kazenskem postopku in kako ga vključiti v kazenski postopek, ne da bi ponovno povzročali zaplete, znane že iz prejšnjih reform mešanega kazenskega postopka. Po-

\* Blaž Kovačič, asistent-stažist na Pravni fakulteti v Ljubljani, e-poštni naslov: blaz.kovacic@pf.uni-lj.si

<sup>1</sup> Že jugoslovanski ZKP iz 1967. leta je tako doživel vrsto sprememb, npr. z novelami iz let 1970, 1973, 1976, slovenski ZKP iz leta 1994 pa je doživel spremembe v letih 1998, 1999, 2000 (zadnji dve noveli vsebujeta večinoma le popravke) in 2001, vsakič bodisi zaradi odločb Ustavnega sodišča (novela 1998) ali pa zaradi potreb po bolj »učinkovitem« kazenskem postopku (čemu je v večini namenjena novela 2001). Junija 2003 je bila v Državnem zboru sprejeta zadnja novela ZKP (ZKP-E), ki je prinesla postopek s kaznovalnim nalogom, drugačno izločanje izjav osumljenca iz predkazenskega postopka, večja pooblastila policije v zvezi z zaslišanjem osumljenca ter še nekatere druge spremembe.

trebno je najti logično-sistemske argumente, ki ne temeljijo (samo) na vrednostnih izhodiščih, ampak izhajajo iz postavke, da mora biti zakon o kazenskem postopku predvsem uigrana, delujoča in logično-sistemska zaključena celota.

## II. Zakaj sploh razmišljanja o reformi veljavnega modela kazenskega postopka?

Vsa razmišljanja o reformi veljavnega sistema kazenskega procesnega prava se morajo nujno začeti z navajanjem razlogov za spremembo. Razlogov za spremembo je veliko, v glavnem pa jih lahko razvrstimo na argumente politično-družbene narave in sistemsko-pravne narave. V prvo skupino razlogov lahko štejemo argumente, kot so zamenjava oblastnih struktur in s tem povezane ideologije ali pa zastarelost zakonodaje v luči vse večjega razslojevanja in procesov multikulturalizacije družbe. V drugo skupino razlogov sodijo argumenti, kot so počasnost postopkov in s tem neučinkovitost kaznovalnega sistema (fenomen »sodnih zaostankov«<sup>2</sup>), notranja strukturalna in vsebinska neskladja, ki povzročajo nepravilno in nezaželeno delovanje kazenskih postopkov ter razlogi, ki zadevajo varstvo pravic osumljenca (čeprav so ti zadnji pravzaprav mešano politično-pravne narave).

Če se najprej posvetimo razlogom politično-družbene narave, potem je na mestu ugotovitev, da klasični kontinentalni sistem kazenskega procesnega prava (t.i. mešani postopek), ki ga uzakonja trenutno veljavni Zakon o kazenskem postopku (v nadaljevanju: ZKP) iz 1994. leta, ne ustreza naglim družbenim spremembam, ki so po letu 1991 (deloma pa že desetletje prej) prinesle nastanek samostojne države in prehod v nov gospodarsko-ideološki družbeni režim. Klasični mešani model kazenskega postopka je namreč nastal kot posledica obsežnih reform kazenskega pravosodja, do katerih je prišlo predvsem zaradi idej francoske meščanske revolucije konec 18. stoletja, ki je bila sama otrok razsvetljenskega gibanja in

<sup>2</sup> Zadnje čase je najbolj priljubljen razlog za reformo kazenskoprocesne zakonodaje (in kazenskega pravosodja) prav daljšanje trajanj kazenskih postopkov. Odločitev o krivdi ali nedolžnosti v razumnem roku je gotovo ena izmed temeljnih pravic osumljenca (obtoženca) v kazenskem postopku, saj lahko družba le s hitrim odzivanjem na (domnevna) kazniva dejanja upraviči uporabo represivnih sredstev zoper storilca. Tako razumljena učinkovitost kazenskih postopkov je zatorej eden izmed elementov legitimnosti represije in zatorej nujna vsebina načela pravne države. Po drugi strani pa je ravno povečevanje takšne učinkovitosti postopkov lahko izredno nevarno, saj nujno poruši občutljivo ravnotežje med različnimi funkcijami (in z njimi povezanimi načeli) demokratičnega kazenskega postopka. Zagovorniki bolj »učinkovitih« postopkov namreč pogosto vidijo najhitrejšo rešitev v takšnem ali drugačnem zmanjševanju pravic osumljenca, ne da bi pred tem pomislili na sistemsko-logične in ustavne posledice, ki jih imajo takšne »reforme«. Dober zgled je zadnja novela ZKP (ZKP-E), ki v tem pogledu ruši mešani model kazenskega postopka, ne da bi se zakonodajalec tega sploh zavedal. Glej Kovačič, s. 7.

liberalnih idej o svobodi posameznika (Grotius, Hobbes in Locke, nekoliko pozneje še Montesquieu in Rousseau ter seveda Beccaria s svojim delom O zločinih in kaznih).

Mešani model kazenskega postopka je skušal združiti inkvizitorno tradicijo aktivnega sodišča z demokratičnimi odlikami akuzatornih postopkov, kot so javna in kontradiktorna glavna obravnava, osumljenčeva pravica do zagovornika ter njegova pravica do molka. Kot tak je ohranil poglobljeno vlogo sodišča kot osrednjega subjekta v vseh fazah postopka. Takšna organizacija kazenskega postopka je posredno pomenila, da je ravno sodišče kot predstavnik oblasti tisti subjekt postopka, ki mu morajo vsi vpleteni zaupati, da bo pravilno odločal v korist vseh vpletenih. Preiskovalni sodnik je namreč (vsaj teoretično) zbiral dokaze tako v prid tožilstva kot tudi v prid osumljenca in pri tem izgradil spis zadeve, ki je nato tvoril »informativno hrbtenico« (Damaška) sojenja na glavni obravnavi. Ravno spis zadeve je bil torej rezultat državne skrbi za vse vpletene strani, ki je bila garant pravilne odločitve. Takšen način odločanja v kazenskem postopku je predpostavljal, da je ravno (in samo) država tista, ki se ji lahko zaupa reševanje kazenskih zadev v smislu nekakšnega blagohotno-paternalističnega odločanja v prid vseh državljanov. V času, ko je bila družba v dokaj veliki meri homogena in so njeni predstavniki pripadali istemu (ali vsaj podobnemu) kulturno-etničnemu krogu, je bila takšna organizacija kazenskega postopka zato popolnoma primerna.

Toda dvesto let družbenega razvoja v kontinentalni Evropi je še posebej po koncu druge svetovne vojne prineslo kulturno, etnično, rasno, jezikovno, ekonomsko in politično razslojeno družbo, v kateri imajo veliko vlogo tudi etnične in druge manjšine<sup>3</sup>. Predstavniki omenjenih manjšin ne zaupajo več v državo kot dobrohotnega razreševalca sporov oziroma kazenskih zadev, saj predstavnike oblasti ne zaznavajo kot varuhe skupnih (in s tem tudi manjšinskih) interesov, ampak predvsem kot zagovornike (varuhe) trenutno vladajoče politične in ekonomske elite. Zaradi takšnega zaznavanja sodišč in sodnikov jim pripadniki manjšinskih skupnosti niso več pripravljene priznavati najpomembnejše (aktivne) vloge v kazenskem postopku, ampak se raje odločajo za lastno zavarovanje svojih (partikularnih) interesov. Takšen odnos do aktivne vloge sodišč nujno vodi tudi k razmišljanjem o pomembnejši (aktivnejši) vlogi strank pri odločanju in do vse bolj jasnega in natančnega (v smislu *lege certa*) pravnega urejanja pomembnih družbenih razmerij (kamor sodijo tudi razmerja, ki jih ureja kazensko pravo), ki so bila prej bodisi neurejena bodisi prepuščena *ad hoc* (neformalnim) odločitvam ustreznih organov oblasti. Z zmanjševanjem zaupanja državljanov v predstavnike oblasti je v kazenskih postopkih nujno povezana večja vloga in pomembnost zagovornikov oziroma državnih tožilcev, ki postopoma prevzemajo vse bolj

<sup>3</sup> Glej Bradley (1996), s. 482.

aktivno vlogo in tako pasivizirajo sodišče, s tem pa zmanjšujejo njegovo vlogo pri končni odločitvi o zadevi.

Tudi Slovenija je predvsem po letu 1991 doživela mnoge izmed opisanih sprememb. Družba, ki je bila prej sorazmerno homogena, se je z vpeljavo mehanizmov tržnega kapitalizma in strankarske demokracije začela hitro in dokaj dosledno razslojevati. Temu procesu so se v zadnjem času pridružile različne oblike migracij (begunci, ekonomski emigranti), ki so še dodatno pripomogle k vse večjemu razcvetu interesov različnih manjšin. Zato kazenski postopek, katerega osnovne vrednote in predpostavke so pravzaprav prevzete iz ideološkega sistema, ki ga že več kot desetletje ni več, ne more biti primer na osnova za odločanje v kazenskopравниh razmerjih med državo in posamezniki. Posameznikom je treba dati večjo možnost odločanja o razmerjih, v katerih so bistveno udeleženi, s tem pa jim tudi priznati večjo avtonomijo pri tako pomembnih vprašanih, kot sta pravici do osebne prostosti in do premoženja. Država kot dobrohoten in vseveden razsodnik se bo tako morala umakniti bolj »servisnemu« modelu organizacije, ki le poskrbi za organizacijo foruma in postopka, kjer se vpletene strani same intenzivno zavzemajo za svoje jasno določene pravice in posledično prevzemajo tudi večje odgovornosti<sup>4</sup>.

V zvezi s tem je treba dodati, da je profesor Damaška v svojem delu *The Faces of Justice and State Authority*<sup>5</sup> razdelil države na tiste, ki aktivno posegajo v (civilno) družbo z namenom njenega preurejanja in izboljšave (te Damaška imenuje aktivistične države) ter tiste, ki v delovanje družbe ne posegajo z instrumenti družbenega inženiringa, ampak le zagotavljajo njeno nemoteno delovanje z zagotavljanjem notranjega (policija) ter zunanjega (vojska) reda ter miru (t.i. reaktivistične države). Prvi tip držav zaradi narave svojega odnosa do družbe uporablja kazenske postopke, v katerih imajo glavno (aktivno) vlogo predstavniki njene oblasti (beri: sodišča ali drugi organi odločanja) in v katerih je iskanje resnice vrhovno načelo postopka. Volja in interesi strank so v takšnem modelu postopka kvečjemu sekundarnega pomena, saj kot končni razsodnik v zadevi vedno določa bolj ali manj vsevedna državna organizacija. Med takšne kazenske postopke bi lahko šteli inkvizitorni in mešani model postopka.

Reaktivističnim državam zaradi njihovega *laissez faire* pristopa k urejanju družbenih razmerij bolj ustreza drugačna organizacija kazenskega postopka. V skladu z večjo svobodo delovanja, ki jo v takšni državi uživajo posamezniki, je tudi vodenje postopka v veliki meri prepuščeno prav njim. Zato tudi iskanje resnice v takšnem razumevanju kazenskega postopka ni najpomembnejši cilj njegovih protagonistov. Reaktivistična država tako prek kazenskega postopka ne vodi last-

ne kriminalitetne (ali kakšne druge) politike, saj si ne dela utvar, da ima edina pravi načrt za vodenje družbe. Za predstavnico te vrste držav bi lahko šteli ZDA. Te so svojemu razumevanju družbe in države priredile tudi kazenski postopek, ki ga lahko označimo za adversarni (akuzatorni) model. V skladu s takšno (seveda teoretično in zato tudi ekstremno) razdelitvijo držav bi lahko Republiko Slovenijo šteli v aktivistično skupino držav, tako kot tudi večino držav z evropskega kontinenta. Temu primeren je tudi slovenski model kazenskega postopka, ki temelji na mešanem modelu, nastalem na začetku 19. stoletja z zlitjem prvih inkvizitornega in akuzatornega kazenskega postopka<sup>6</sup>.

Toda takšna (na videz) uravnotežena zgradba mešanega modela se zruši v trenutku, ko kolesje kazenskega postopka tudi zares steče. V prehajanju postopka iz ene faze v drugo se namreč izkaže, da represivna funkcija postopka dejansko prevlada nad garantno, inkvizitorni elementi pa nad akuzatornimi. Razlogov za to je več, enega izmed najpomembnejših pa je gotovo iskati v obstoju instrukcijske maksime. Instrukcijska (ali inkvizitorna) maksima je bila prevzeta v mešani model postopka iz inkvizitornega modela, kjer je zagotavljala vsestransko aktiviranje sodišča v smislu in smeri iskanja popolne in prave (absolutne) resnice, ki je bila potrebna za izrek sodbe. V skladu s tem so ji bili podrejeni tudi vsi ostali procesni instituti in pravila, kar je navsezadnje imelo za posledico tudi možnost uporabe torture<sup>7</sup>. Ker instrukcijska maksima ustreza gledanju na državo kot na usmerjevalko in voditeljico družbe, so jo v svoje mešane kazenske postopke po zatonu inkvizitornih postopkov (vsaj v kontinentalni Evropi) prevzele države, ki bi jih lahko označili za bolj ali manj aktivistične. S tem prenosom so te države nujno prenesle tudi logiko obstoja instrukcijske maksime. Ta že po svojem bistvu ne prenese »konkurenčnih« procesnih institutov in pravil, ki bi sodišče ovirali pri njegovem vsestranskem seznanjanju z zadevo. Instrukcijska maksima tako v resnici že s svojim obstojem ruši (samo teoretično) uravnoteženo zgradbo mešanega kazenskega postopka in onemogoča pravo zlitje inkvizitornih in akuzatornih elementov.

<sup>6</sup> Gre za Napoleonov *Code d'instruction criminelle* (CIC) iz leta 1808.

<sup>7</sup> Načelo iskanja materialne resnice naj bi tako imelo osrednjo vlogo v mešanem modelu kazenskega postopka in naj bi kot takšno pomenilo predvsem način (formo) iskanja resnice: do resnice moramo v kazenskem postopku priti na način, pri katerem je spoznanje resnice zavarovano pred vsemi drugimi procesnimi instituti, ki bi lahko prišli v poštev zaradi drugih razlogov (npr. varovanja določenih pravic osumljenca), katerih uporaba pa bi ogrozila spoznavanje resnice. Materialne resnice v mešanem modelu je tako definirana negativno – kot resnica, pri spoznavanju katere nas niso omejevale nobene (»škodljive«) procesne forme. Glej Bayer (1997), s. 116. Že iz takšne opredelitve načela iskanja materialne resnice je dokaj jasno razvidno, da so pravice osumljenca v mešanem modelu kvečjemu drugotnega pomena, interes države po spoznanju metafizične resnice pa je postavljen na prvo mesto.

<sup>4</sup> Glej npr. Kanduč, s. 346.

<sup>5</sup> Glej Damaška (1986), predvsem poglavje III (s. 71-96).

Takšno dejansko neravnovesje akuzatornih in inkvizitornih elementov v mešanem kazenskem postopku ima pomembne posledice predvsem za vsa tista pravila in institute, ki so prevzeti iz akuzatornih postopkov. Ne glede na to, v katero fazo postopka jih postavimo in kako pomemben vpliv naj bi imeli na značaj celotnega postopka (govorimo predvsem o njegovi demokratičnosti), jim aktivizacija sodišča in posledično (dejansko) zmanjšana vloga strank odzema prvoten pomen in namen, s tem pa tudi smisel njihovega obstoja v mešanem modelu kazenskega postopka. Ravno stranki sta namreč tisti, ki kazenskemu postopku sploh dajeta njegovo kontradiktornost. S tem, da jima mešani model nominalno daje možnost predlaganja ter izvajanja dokazov in druga procesna pooblastila, lahko hitro spregledamo, da je strankin maneverski prostor v vsakem trenutku omejen in določen z instruktorsko maksimo, saj ta od sodišča zahteva raziskavo dejanskega stanja in posledično izdajo pravilne sodbe, posredno pa tudi določitev relevantnih pravnih in dejanskih vprašanj<sup>8</sup>.

Stranki se tako v mešanem kazenskem postopku nikoli ne moreta oddaljiti od vprašanj, ki jih je sodišče identificiralo kot bistvena. Ravno določitev spornih vprašanj pa je tisto, kar postopek definira kot spor (in ne kot uradovanje državnega organa) ter posledično omogoča adversarnost in pravo kontradiktornost. Narava mešanega postopka in njegov pravi namen torej povzročata nepremostljivo nezdržljivost z idealom aktivnih, samostojnih in emancipiranih posameznikov, ki ga gojijo akuzatorni postopki. Zato takšen postopek ne more več služiti svojemu namenu v družbi, ki postaja skupnost vse bolj osamosvojenih in raznovrstnih posameznikov, kateri ne zaupajo več predstavnikom države kot vrhovnim varuhom skupnega dobrega, ampak se odločajo za prevzemanje odgovornosti v svoje roke.

Za spremembo sedanjega sistema kazenskega procesnega prava pa govori tudi kar nekaj že omenjenih argumentov pravno-sistemske narave. Če naj na začetku uporabimo vsaj na videz najbolj obrabljene, moramo pri razpravi o najbolj primernem modelu kazenskega postopka upoštevati (vsaj) trende, ki se v zadnjih treh desetletjih pojavljajo v državah Evropske unije. Nekatere izmed teh državah so se namreč skoraj popolnoma oddaljile od kontinentalne tradicije (mešanega) kazenskega postopka in so v svoje pozitivno pravo sprejele modele, ki slonijo na akuzatornem modelu, kot ga poznajo predvsem v ZDA (tipičen primer je Italija, kjer je 1988. leta začel veljati nov zakon o kazenskem postopku, ki vsaj nominalno prevzema mnoge institute in pravila akuzatornih postopkov)<sup>9</sup>. Druge so sicer ohranile osnovni model mešane-

ga kazenskega postopka, vendar so vanj vnesle pomembne akuzatorne prvine, ki posegajo v samo bistvo tega modela postopka in tako postavljajo vprašanje, ali sploh lahko govorimo o kontinuiteti z že omenjenim kontinentalnim kazenskim postopkom, kot se je oblikoval v 19. stoletju. Gre predvsem za prevzemanje procesnih institutov in pravil, ki dajejo večjo vlogo strankam in njihovim pravnim zastopnikom (pravica strank, da prve zaslišijo priče in izvedence ter možnost navzkrižnega zaslišanja, večja vloga državnega tožilstva in policije v fazi preiskave, odprava preiskovalnega sodnika), v določenih državah pa prihaja tudi do prevzemanja logike izločitve nezakonito pridobljenih dokazov, bodisi samo izvornih bodisi tudi izvedenih (npr. Slovenija in Nizozemska, ne pa tudi Italija).

### III. Akuzatorni model kazenskega postopka – *deus ex machina*?

Republika Slovenija je 1991. leta v svoj pravni sistem prevzela tudi jugoslovanski Zakon o kazenskem postopku, ki ga je 1995. leta zamenjal prvi slovenski Zakon o kazenskem postopku. V času nastanka (leto 1967) je bil omenjeni jugoslovanski zakon eden izmed bolj naprednih v Evropi, vsaj kar se tiče varstva pravic osumljenca (predvsem v preiskavi). Toda ravno v tistem času (oziroma nekaj let pozneje) se je v kontinentalni Evropi začel uveljavljati trend sprememb in prevzemanj iz akuzatornega sistema, ki smo ga omenili zgoraj (na primer Nemčija je sredi 70-tih let prejšnjega stoletja odpravila preiskovalnega sodnika in uvedla vrsto sprememb dotedaj klasično mešanega modela postopka)<sup>10</sup>. SFR Jugoslavija temu trendu ni sledila, saj je z novelami prvotni ureditvi odvzela mnoge demokratične prvine. Slovenski postopkovnik iz 1994. leta je zato uvedel vrsto sprememb, ki so zadevale predvsem večjo vlogo strank in večjo stopnjo zaščite osumljenca/obtoženca, vendar je osnovno zgradbo iz 1967. leta pri tem (kot že rečeno) ohranil. Vendar pa te spremembe niso bile zadosti premišljene in v celoti izpeljane ter zato niso dosegle navedenih ciljev, zato se v dosedanjih razpravah kaže kot najverjetnejša možnost uvedba akuzatornega modela kazenskega postopka. Takšna rešitev bi v marsičem pripomogla tudi k nadaljnjem vključevanju Slovenije v evropske povezave in olajšala morebitne spremembe na področju evropskega kazenskega procesnega in materialnega prava (na primer potencialne uvedbe evropskega javnega tožilca, kakor ga predvideva Zelena knjiga z dne 11. decembra 2001, ki jo je izdala

<sup>8</sup> Več o povezanosti pravnih in dejanskih elementov pri sprejemanju odločitev v pravu glej Pavčnik, s. 103-124.

<sup>9</sup> Kazenski postopki so tako v zadnjih dveh desetletjih doživeli večje ali manjše spremembe v vseh državah nekdanjega socialističnega bloka, poleg tega pa so reforme izvedli tudi v skoraj vseh zahodno-

evropskih državah (Italija, Francija, Nemčija, Španija, itd.). Rezultati teh prizadevanj sicer povsod še niso razvidni, velikokrat pa niso dosegli zadanih ciljev (najbolj spektakularen poraz so z odločitvami ustavnega sodišča in nekaterimi novelami ZKP doživela prizadevanja za reformo v Italiji).

<sup>10</sup> Glej npr. predstavitev nemškega modela kazenskega postopka v Dubber.

Evropska komisija, evropski javni tožilec bi deloval bolj ali manj po vzgledu tožilcev iz akuzatornih postopkov<sup>11</sup>).

Še pomembnejši pa so pravno-sistemske razlogi za prevzem akuzatornega modela postopka; namreč njegova notranje-logično-sistemska enotnost in doslednost. Inštituti in pravila tega postopka so namreč logično izpeljani iz njegovih vrednostnih izhodišč (svoboda in avtonomija volje posameznika ter z njo povezana zmanjšana vloga države v urejanju družbenih odnosov), kar omogoča logičen potek kazenskih postopkov brez notranjih vsebinskih in strukturnih nasprotij. Ker takšen model postopka ne pozna instruktivne maksime in načela iskanja materialne resnice (vsaj v obsegu, kot ga uveljavlja mešani model), ga ti dve načeli tudi ne ovirata pri aktiviranju strank in pasivizaciji sodišča. Ker se strankam priznava odgovornost za skrb v lastni (kazenski) zadevi, se jim v skladu s tem podeljuje tudi dokaj široka možnost razpolaganja z njihovimi »zahtevki«. Posledice takšnega pogleda se kažejo v dopuščanju pogajanj strank tudi o tako pomembnih vrednotah, kot sta osebna svoboda in premoženje (že omenjeni *plea bargaining*) in skrb za svojo stran zadeve (t.i. *case*), ki jim omogoča učinkovito dokazovanje in izpodbijanje dokazov nasprotne stranke na obravnavi. Sodišče tako postane le forum za razrešitev »spora«<sup>12</sup> med strankama, ki svoje interese zastopata sami (saj jih načeloma znata najbolj opredeliti in oceniti).

Vprašanje, natančno koliko svobode dovoliti strankam v takšnem modelu postopka, pa je v skladu s povedanim bolj politične kot pravne narave. Slovenija namreč še vedno spada v družbo držav, ki so naravnane bolj aktivistično kot reaktivistično. V skladu s tem bi bilo od zakonodajalca najbrž neuteemeljeno zahtevati, da uvede »čisto« akuzatorno ureditev, v kateri ne bi bilo prostora za aktivno delovanje sodišča. Tej tezi v prid govorijo tudi izkušnje držav, ki uporabljajo akuzatorni kazenski postopek. V zadnjih desetletjih se namreč med kritiki tega postopka pojavljajo mnenja, da tako zasnovan postopek ne služi več svojemu izvornemu namenu, ki je predvsem zavarovati pravice osumljenca in izvesti postopek kot *fair trial* (v skladu s kontinentalno pravno teorijo bi lahko govorili o zagotavljanju enakosti orožij). Razlogov je več, gotovo pa bi jih bilo treba upoštevati, če se odločamo za akuzatorni model kazenskega postopka.

<sup>11</sup> Glej *Green Paper on criminal law protection of financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor*, COM (2001) 715 final.

<sup>12</sup> Avtor sicer meni, da spora v kazenskih zadevah ne gre v celoti enačiti s sporom v civilnih postopkih, kjer gre za odločanje o dobrinah nižjega vrednostnega naboja in kjer razpolaganje strank z zahtevki zato ni tako problematično. Vseeno pa je teoretična zasnova spora kot spopada dveh nasprotnih, a enako močnih strani, dobra podlaga za razpravo o teoretično-sistemskih izhodiščih akuzatornega postopka. Možna pa so seveda tudi nasprotna stališča, glej npr. Zupančič.

Ena izmed najpogostejših kritik na račun takšnega modela postopka je sorazmerna dolgotrajnost postopkov, ki po mnenju večine kritikov izvira iz zapletenih postopkov izbire porote (t.i. *voir dire*<sup>13</sup>). Ravno dolgotrajnost postopkov je po mnenju teh avtorjev eden izmed glavnih razlogov, da se večina primerov konča z dogovorom o kazni (*plea bargaining*)<sup>14</sup>, tako da do porotnega sojenja sploh ne pride. Vendar je pri tem treba pojasniti, da gre za tipično značilnost ameriškega kazenskega postopka, kjer pravica do porotnega sojenja obstaja v veliki večini vseh kazenskih primerov (kjer je zagrožena kazen vsaj šest mesecev) in kjer so postopki *voir dire* pravzaprav posledica serije odločitev Vrhovnega sodišča ZDA in niso nujno tipična značilnost akuzatornih postopkov, kar npr. dokazuje manko takšnih postopkov v angleškem kazenskem postopku (skupaj z zelo okrnjeno pravico do porotnega sojenja, ki obstoji samo v primeru obtožb za najhujša kazniva dejanja)<sup>15</sup>. Poleg tega je vprašljivo, ali bi bila porota, sestavljena iz sorazmerno velikega števila laikov, dobro sprejeta in učinkovita rešitev za kazenske postopke v slovenskem kulturno-družbenem (pa tudi pravnem) okolju, še posebej z ozirom na dejstvo, da se tudi nekateri teoretiki z anglo-ameriškega pravnega področja nagibajo k večji vlogi profesionalnih sodnikov in zmanjševanju in omenjanju vloge in pomembnosti porote<sup>16</sup>.

Najzanimivejša in za naš prostor najbolj pomembna kritika akuzatornih postopkov pa je gotovo očitke o preveliki vlogi strank in njihovih pravnih zastopnikov na samem sojenju in s tem povezana prevelika vnema pri prizadevanjih za zmago<sup>17</sup>. Za stranki je iskanje resnice pogosto le naključna ali nepomembna posledica njunega »sodnega spopada«. V določenih primerih lahko takšno naziranje pripelje celo do nasprotnega učinka, saj lahko iskanje resnice pripelje do nezaželenih rezultatov (predvsem v primeru obtoženca). Poleg tega je ena izmed nezaželenih posledic (že pretiranega) aktiviranja strank razdelitev prič in izvedencev na »prijateljske« in »sovražne«. V tako zamišljenem postopku namreč dokazni postopek vodita stranki, ki kličeta priče in izvedence, za katere vesta, da bodo pričali o dejstvih, ki gredo v prid njuni strani (*case*). Zato že pred začetkom postopka pripravljata vsak svoje priče in izvedence (kot obrambo pred navzkrižnim zaslišanjem druge stranke), ki tako dejansko niso več *amicus curiae* (kot v mešanem postopku, kjer priče kliče in izprašuje sodišče) ampak

<sup>13</sup> V določenih primerih lahko postopek izbire porote traja celo dlje kot preostanek kazenskega postopka (sama obravnava in izrek sodbe), kar je predvsem posledica odločitve Vrhovnega sodišča ZDA v primerih *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 1986 in *Powers v. Ohio*, 111 S. Ct. 1364, 1991. Pizzi v zvezi s tem celo meni, da »je za razumevanje razlogov, zaradi katerih je ameriški postopek v kazenskih zadevah najdražji in najbolj zapleten na svetu, najboljša izhodiščna točka ravno primer *Batson*«.

<sup>14</sup> Glej Van Kessel, s. 467.

<sup>15</sup> Glej Van Kessel, s. 461-462.

<sup>16</sup> Glej Langbein (1985), s. 865.

<sup>17</sup> Glej Van Kessel, s. 435.

pripadajo eni izmed obeh strani. Takšna ureditev postopka, kjer lahko stranke v določeni meri manipulirata z vsebino izjav, ki jih bodo podale priče in izvedenci, najbrž ne bi bila v skladu s predstavami o etiki kazenskega postopka in opravljanja pravniškega poklica nasploh. K tem ugotovitvam je spet treba dodati, da v večini držav, ki uporabljajo akuzatorne kazenske postopke ne prihaja do opisanih anomalij, ki so očitno specifična slabost kazenskega postopka v ZDA. V Angliji in Walesu tako *barrister*<sup>18</sup> skoraj nima neposrednega stika s obtožencem, pričami in izvedenci vse do začetka obravnave, saj vse formalnosti pred začetkom obravnave opravlja *solicitor*, ki tudi izbere in plačuje *barrister*-ja. Tako ima angleški *barrister* pravzaprav dve stranki, namreč *solicitor*-ja in obtoženca in v večini premierov je za njegovo bodočo kariero pomembnejše mnenje in zadovoljstvo prvega. Zato tudi ne prihaja do sodnih spektaklov, v katerih bi glavno vlogo imeli nasprotujoči si odvetniki, »resnica« pa bi bila popolnoma postavljena v ozadje. Poleg tega angleški *barrister* načeloma nima pravice, zavrniti zastopanje stranke, če mu je ta pripravljena izplačati primeren honorar. S tem se seveda še od stranke še dodatno oddaljijo, saj tako ne morejo jamčiti, da bo ta v postopku uspela (v nasprotju s odvetniki v ZDA, ki lahko načeloma zavrnejo vsako stranko). Enako velja tudi za priprave prič in izvedencev, kar je naloga *solicitor*-ja in ne *barrister*-ja. Tako tudi za rezultat pričanja ali mnenja priče ali izvedenca ni odgovoren *barrister*, ki na obravnavi zastopa svoj *case*. Poleg tega je še do nedavnega veljalo, da so *barrister*-ji zastopali tako obrambo kot tožilstvo (to je od 1985. leta deloma tudi naloga *Crown Prosecution Service*, vsak ko gre za lažje primere, ki so v pristojnosti t.i. *magistrate courts*), zato se v konkretnih postopkih nikoli niso poistovetili samo z eno ali drugo stranjo, zato tudi niso bili tako obremenjeni z izidom postopka. *Barrister*-ji so na tak način lažje ohranili določeno razdaljo do svojih strank in končnega izida postopkov, zato svojih nalog niso izpolnjevali tako agresivno kot njihovi ameriški kolegi. Najbrž je v zvezi s povedanim treba ugotoviti, da v določenih primerih skoraj popolno poistovetenje z interesi stranke sicer lahko pomaga k pravičnejšemu (in pravilnejšemu) izidu postopka, da pa gledano v celoti takšen pristop vsaj v slovenski pravni kulturi ni zaželen<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> *Barrister* je v angleški ureditvi pravni strokovnjak, ki lahko zastopa stranke pred sodiščem (na obravnava). *Solicitor* pa je pravnik, ki se ukvarja predvsem z zadevami, ki ne zahtevajo nastopanja pred sodiščem (npr. priprava dokumentov, dajanje pravnih nasvetov). *Solicitor* ima le omejeno pravico do zastopanja strank na obravnava.

<sup>19</sup> V zvezi z vprašanji, ki se postavljajo glede razmerja odvetnik-stranka v kazenskih postopkih, je zanimivo mnenje lorda Macmillana, sodnika in člana House of Lords: »Ko odvetnik zastopa primer, ne razglasa lastnih mnenj. To ni del njegovih nalog in do tega tudi nima nobene pravice. Njegova naloga pa je, da sodišču predstavi vse, kar gre v korist njegove stranke, torej vse, kar bi lahko stranka sama povedala v svojo korist, če bi imela potrebna znanja in spretnosti. Njegovo (odvetnikovo, op.a.) osebno mnenje o zadevi stranke je zato docela nepomembno.« (prev. B. K.) Glej Van Kessel, s. 447.

Tudi vloga sodišča je po mnenju kritikov (ameriškega) akuzatornega postopka preveč pasivna in zato ne služi več svojemu izvirnemu namenu, to je zagotavljanju nepristranskosti in objektivnosti sodišča. Korenine pasivnega sodišča v angleškem (in pozneje ameriškem) kazenskih postopkih sicer segajo že v dobo germanskega (anglo-saškega) plemenskega prava, kjer o zadevi ni odločal sodnik, ampak primitivna oblika porote (t.i. *thing*), ki so jo sestavljali ugledni (moški) člani določene skupnosti, dokončno pa je sodišče v teh postopkih izgubilo svojo vodilno vlogo na začetku (ali nekje na sredini) 19. stoletja, ko so zagovorniki dobili pravico nagovarjati poroto in zasliševati priče. V ZDA je ta proces pospešilo še dejstvo, da so bili po ustanovitvi ZDA skoraj vsi sodniki laiki, ki so jih volile lokalne skupnosti, kar naj bi po mnenju nekaterih avtorjev prispevalo k nižjemu družbenemu položaju in manj pomembni vlogi ameriških sodnikov (v primerjavi z angleškimi, ki imajo praviloma trajni mandat in jih imenujeta oba domova parlamenta ali pa njihovi kolegi z višjih sodišč)<sup>20</sup>, saj so vedno znova odvisni od mnenja lokalne skupnosti, kjer delujejo. Tako sodniki v ZDA ostajajo popolnoma pasivni kljub temu, da formalno imajo pravico predlagati in izvajati »svoje« dokaze<sup>21</sup>, pritožbena sodišča pa pogosto razveljavijo postopke, če menijo, da se je prvostopenjsko sodišče preveč aktivno vpletlo v dokazni postopek. Poleg tega sodišča v ZDA poroti ne podajajo povzetkov (*summary*) dokaznega postopka in ne izražajo svojega mnenja o verodostojnosti posameznih dokazov.

Negativne posledice tako restriktivnega gledanja na vlogo sodišča v kazenskem postopku se po mnenju kritikov odražajo predvsem v preveč izraziti (prevladujoči) vlogi pravnih zastopnikov strank, z vsemi dobrimi in slabimi posledicami, ki jih takšna organizacija postopka prinaša. Tudi tukaj pa moramo ugotoviti, da je popolnoma pasivna vloga sodišča značilna le za kazenske postopke v ZDA, kar je posledica že opisanih posebnosti (in veliko večje vloge in pomena porote v teh postopkih), zato je nikakor ne smemo pripisati naravi samega modela akuzatornega postopka. Tako imajo sodišča v Angliji in Walesu ne samo pravico, ampak celo dolžnost podati poroti kratek toda natančen povzetek dejanskih vprašanj, poteka dokaznega postopka in bistvenih argumentov obeh strani ter sklepov, ki jih lahko porotniki sprejmejo na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja. Še posebej v bolj zapletenih primerih se od angleških sodnikov pričakuje, da bodo poroti pomagali pri pomembnih vidikih dokaznega postopka<sup>22</sup>. Angleška ureditev kazenskega postopka naj bi bila po mnenju kritikov veliko primernejša kot pa predstavitev povzetkov s strani strank (t.i. zaključni govori), saj naj bi na tak način boljše ohranili uravnovešenost (*balance*) in pravičnost postopkov.

<sup>20</sup> Glej Van Kessel, str. 427.

<sup>21</sup> Glej Rule 614, Federal Rules of Evidence.

<sup>22</sup> Glej primer Regina v. Lawrence, 1981, House of Lords.

Tudi za namene reforme slovenskega kazenskega postopka je najbrž treba ugotoviti, da popolna pasivizacija sodišča v smislu nekakšnega »nogometnega sodnika« (*referee*) ne pride v poštev. Pri tem ne gre toliko za načelo iskanja materialne resnice in z njim povezano instruksijsko maksimo, katere negativne posledice ovirajo skladno in konsistentno delovanje (mešanega) kazenskega postopka, ampak predvsem drugačno vrednostno osnovno, na kateri temelji sedanji slovenski kazenski postopek. Kljub upoštevanju potrebe po prenosu iniciative in odgovornosti za izid postopka na stranki (v skladu z ugotovitvijo o vse večji razslojenosti modernih družb), bi bila odprava pravice sodišča, da samo postavlja vprašanja (ne pa tudi predlaga lastne dokaze!) in s tem pomaga pri razčiščenju zadeve ter pravice do povzemanja dokaznega postopka (npr. pri obrazložitvi sodbe), gotovo v nasprotju z nameni in vlogo kazenskega postopka, kot ga razumemo v sodobni slovenski družbi. Tudi vpeljava mehanizmov neposrednih volitev za opravljanje sodniške funkcije v slovenskem ustavnem redu ne pride v poštev, saj je trajni mandat v naši ureditvi eden izmed najbolj pomembnih instrumentov za zagotavljanje neodvisnosti in nepristranskosti sodstva.

#### IV. Spremenjena vloga kazenskega sodnika v novih družbenih razmerah

Z vprašanji reforme kazenskega postopka je zelo tesno povezana tudi problematika reforme pravosodja. Brez temeljitih sprememb v pogledu na položaj sodnika v kazenskem postopku namreč povečanje vloge strank nikakor ne bo izvedljivo. V tem pogledu je zelo nazoren primer italijanskega kazenskega postopka, ki je 1988. leta doživel korenito spremembo v smeri prevzemanja institutov in pravil, ki jih poznajo akuzatorni kazenski postopki. Reforma je bila izvedena z namenom rekonstrukcije italijanskega kazenskega postopka v akuzatornem smislu ter z namenom odpraviti velikanske sodne zaostanke, ki so obremenjevali italijansko kazensko pravosodje (novi zakon je namreč predvidel vrsto »skrajšanih« postopkov in drugih načinov razrešitve zadeve, ki naj bi v veliki večini primerov nadomestili redni kazenski postopek)<sup>23</sup>. Italijanski sodniki so se namreč kljub skoraj popolnemu obratu v akuzatorni postopek še vedno počutili osebno odgovorne za izid sodbe. Na tak način so v sorazmerno kratkem času ponovno pridobili svoj nekdanji (skoraj popoln) nadzor nad vodenjem dokaznega postopka, poleg tega pa so kmalu pridobili tudi pravico do vpogleda v spis zadeve, ki ga je državni tožilec izdelal v fazi predhodne preiskave<sup>24</sup>. Vrata, ki jih je 507. člen novega italijanskega ZKP pustil le narahlo priprta (ta člen pooblašča sodišče, da v primeru, kadar je to nujno, samo predlaga in izvaja dokaze), so odprli takorekoč na stežaj. Italijanski zakonodajalec je to pravilo v novem ZKP nam-

reč predvidel kot strogo izjemo od načela, da sta za vodenje dokaznega postopka odgovorni izključno stranki, sodišča pa so to pravico razumela izjemno široko. Rezultat je bila vpeljava instruksijske maksime skozi »zadnja vrata«, z vsemi posledicami, ki jih je to imelo za italijanski kazenski postopek<sup>25</sup>.

Italijanski primer dobro pokaže, kako lahko razumevanje vloge sodnika v kazenskem postopku v praksi povzroči popolnoma drugačne posledice od tistih, ki jih je z reformo predvidel zakonodajalec. Ta je imel v primeru italijanskega ZKP iz 1988. leta in že omenjenega 507. člena najbrž v mislih le zelo omejeno aktivno delovanje sodišča, ki naj bi delovalo zgolj kot nekakšna korekcija sistema v primerih, kjer bi se kontradiktorno zasnovan dokazni postopek pokazal kot pomanjkljiv (torej ravno zaradi preprečevanje ekscesov, ki so posledica popolnoma pasivnega sodišča v kazenskih postopkih v ZDA). Rezultati takšne ureditve pa so 15 let po uveljavitvi nove kazenskoprocesne zakonodaje v praksi popolnoma drugačni: italijanska sodišča imajo skoraj popolnoma enako (aktivno) vlogo kot v prejšnjem sistemu, ki je temeljil na mešanem modelu kazenskega postopka. Očitno je dolga »kontinentalna« tradicija sovražnosti do kazenskih postopkov, kjer imajo nadzor nad dokaznim postopkom stranke, tudi v italijanskem primeru povzročila vračanje k že ustaljenim načinom pojmovanja razmerja sodišče-stranki. Rezultat takšnega zanemarjanja potrebe po reformi odnosa laične in strokovne javnosti do vloge sodišča v kazenskem postopku pa je »najslabše obeh svetov«<sup>26</sup>.

#### V. Posledice prevzemanj akuzatornih postopkovnih institutov

Ne glede na omenjene kritike in slabosti kazenskih postopkov, ki temeljijo na akuzatornem modelu, pa je očitno, da ravno akuzatorni model ponuja najboljše rešitve za ureditev kazenskega postopka v smislu enakopravnega položaja strank in njihovega nadzora nad dokaznim postopkom. S tem je povezano vprašanje, ali so instituti in pravila akuzatornega modela primerni za prenašanje v popolnoma drugačno družbeno-pravno okolje od tistega, kjer so nastali. Najbolj problema-

<sup>23</sup> V zvezi s tem je zanimiva odločitev italijanskega ustavnega sodišča iz 1993. leta (št. 111/1993), ki je sodnikom dovolila vpeljavo svojih dokazov ne samo takrat, ko bi bilo potrebno zadevo, ki sta jo že predstavila stranki, le še dodatno razjasniti, ampak tudi takrat, ko sodnik sam presodi, da stranke niso predstavile »zadosti dokazov za razsodbo o kazenski odgovornosti« (torej za sodbo). Tako so italijanski kazenski sodniki dobili pooblastilo za *ex officio* zbiranje in izvajanje vseh relevantnih dokazov, ki jih stranke niso predstavile.

<sup>26</sup> Glej Grande, str. 251. Avtorica meni, da je reforma italijanskega kazenskega postopka popolnoma zgrešila svoje nameravane cilje in da »uvažanje« samo nekaterih institutov in pravil iz akuzatornih postopkov in njihova uvrstitev v ne-akuzatorno institucionalno okolje povzroči samo navidezno akuzatornost postopkov, ki v svojem bistvu ostajajo inkvizitorni (v smislu uradnega iskanja materialne resnice).

<sup>23</sup> Glej Grande, s. 227.

<sup>24</sup> Glej Grande, s. 227.

tično pri prehodu iz mešanega na akuzatorni model kazenskega postopka se vsaj kontinentalnemu pravniku zdi deaktivacija sodišča in s tem povezana nujna aktivacija strank, saj je s tem nadzor nad potekom postopka pravzaprav zaupan v roke strank, sodišče pa izgubi pravico do izvajanja lastnih dokazov *ex officio*. To oddaljevanje sodišča od dokaznega postopka posledično pripelje do poistovetenja posameznih dokazov (pravilneje: dokaznih virov) s stranko, ki tak dokaz predlaga in izvaja<sup>27</sup>. Pri takšnem razumevanju postopka »nevtralnih« dokazov namreč ni: priče in izvedenci so samo del »moštva« ene izmed nasprotujočih si strani. Kazenski postopki, ki izhajajo iz dežel s *common law* pravno tradicijo so zato dolgo časa sprejemali naziranje, da priča »pripada« stranki, ki jo je predlagala. Kazenski postopki, ki temeljijo na mešanem modelu, pa tradicionalno stojijo na stališču, da vsi dokazni viri »pripadajo« sodišču kot organu, ki je zadolžen za iskanje materialne resnice. Stranki sicer lahko predlagata izvedbo dokazov, toda njihovo izvedo vedno odobri sodišče in s tem tudi odvzame stranki »lastništvo« nad dokazom.

Do tako pomembnih razlik glede vloge strank in vodenja dokaznega postopka v obeh modelih prihaja predvsem zaradi različnih pogledov na način in intenzivnost preverjanja dokaznih virov. Dokazni postopki, kjer stranki obvladujeta vsak »svoje« dokazne vire (npr. priprave prič in izvedencev na zaslišanje), nujno zahtevajo navzočnost obeh strank, ko se dokazi izvajajo, saj lahko stranka le s takojšnjim odzivom (navzkrižnim zaslišanjem) postavi pod vprašaj določen dokaz procesnega nasprotnika. Dokazi, ki jih ni mogoče tako preveriti, se štejejo za pomanjkljive in v določenih primerih tudi za nedopustne. Navzkrižnega zasliševanja kontinentalni kazenski postopki ne poznajo, saj je v končni fazi za preverjanje njihove resničnosti in s tem dokazne vrednost zadolženo sodišče, ki mora v obrazložitvi sodbe tudi natančno navesti, kateri dokaz dokazuje katero dejstvo. Zato je tudi izvedba dokaznega postopka drugačna kot v akuzatornih postopkih: procesni subjekti niso nujno vedno na istem mestu ob istem času (dokazni vir je navsezadnje tudi spis zadeve iz preiskave, ki ga sodnik pregleda sam, brez navzočnosti strank), saj to ni niti potrebno<sup>28</sup>.

Mešani kazenski postopki tudi ne poznajo tako napadalnega odnosa do prič in izvedencev, kot ga najdemo v akuzatornih postopkih, kjer predstavniki obeh strank pogosto napadajo prav verodostojnost prič in izvedencev in ne vsebine njihove

hovih izjav. V sistemu, kjer vsi dokazni viri pripadajo sodišču, je tudi polarizacija postopka veliko manjša, stranke zato tudi ne čutijo potrebe po navzkrižnem zaslišanju<sup>29</sup>. Poleg tega v akuzatornih postopkih zaradi dosledne izpeljave načela kontradiktornosti že pred samo obravnavo poteka intenzivna preiskava obeh strank, v kateri vsaka zase zbirata dokaze na način, ki bi v mešanih kazenskih postopkih pomenil nedopusten vpliv na priče in izvedence, lahko pa tudi kršitev pravil odvetniške (oziroma tožilske) etike. Kar je v enem modelu nedopustno, se v drugem šteje za nujno: dokazni postopek, ki ga vodita stranki, ne more delovati, če ti že pred obravnavo nimata možnosti stopiti v stik s »svojimi« pričami in izvedenci in na tak način vsaj približno izvedeti, kaj bodo te osebe povedale pred sodiščem ter jih hkrati posvariti pred možnimi napadi nasprotne stranke v navzkrižnem zaslišanju. Samo na tak način lahko stranka načrtuje svojo strategijo obrambe ali napada. Če bi torej tudi v mešanih postopkih hoteli uveljaviti večji nadzor strank nad dokaznim postopkom, bi strankam morali dovoliti samostojen stik z dokaznimi viri tudi pred obravnavo.

Poleg tega bi se z aktivacijo strank in večjo kontradiktornostjo postopka najbrž povečala količina dokazov, ki bi jih stranki izvajali na obravnavi. V mešanih kazenskih postopkih namreč o dokaznih predlogih strank v končni fazi odloča sodišče, ki tako odloča o relevantnosti dokazov še preden so ti sploh izvedeni<sup>30</sup>. Na ta način se tudi količina dokazov, ki se izvedejo na obravnavi, v veliki meri zmanjša. Toda, če bi razsojanje o pomembnosti dokazov za konkretni kazenski postopek prepustili strankama, bi to pomenilo tudi večjo količino dokazov, saj nekateri izmed njih ne bi bili uporabljeni samo za dokazovanje dejstev, ampak tudi za preverjanje verodostojnosti »nasprotnikovih« prič in izvedencev (t.i. *impeachment*)<sup>31</sup>. Očitno je torej, da se v dokaznih postopkih, kjer igrajo glavno vlogo stranke, spremenijo (razširijo) tudi merila relevantnosti posameznega dokaza za konkretni primer, kar posledično zahteva izgraditev zapletenega in natančnega siste-

<sup>29</sup> V tem smislu glej določbo 1. odstavka 241. člena ZKP, ki določa, da priča najprej izpove vse, kar ve o zadevi, nato se ji šele postavljajo dodatna vprašanja, vendar le zaradi preskusa, dopolnitve in razjasnitve njenih navedb. Poleg tega ji stranke in sodišče ne smejo postavljati sugestivnih vprašanj, ki so pravzaprav bistvo navzkrižnega zaslišanja v akuzatornih dokaznih postopkih (glej npr. Rule 611 The Federal Rules of Evidence, ki izrecno dovoljuje sugestivna vprašanja pri navzkrižnem zaslišanju kot metodo za preverjanje vsebine izpovedb prič ali izvedencev). Tako urejen dokazni postopek očitno stoji na stališču, da mora za preverjanje pravilnosti vsebine izpovedb in verodostojnosti prič ter izvedencev skrbeti v prvi vrsti sodišče in ne stranki, ki pravzaprav niti nimata na voljo primernih sredstev za navzkrižno zaslihanje. Kontradiktornost torej tudi v slovenskem kazenskem postopku razumemo v ožjem pomenu.

<sup>30</sup> Glej npr. 2. odstavek 329. člena ZKP, ki določa, da »dokazovanje obsega vsa dejstva, za katera sodišča (in ne stranki!, op. a.) misli, da so pomembna za pravilno razsojo«.

<sup>31</sup> Glej Damaška (1997), s. 849.

<sup>27</sup> Glej Damaška (1997), s. 845.

<sup>28</sup> Zato je v obeh modelih drugačno tudi razumevanje vsebine načela kontradiktornosti: v mešanih kazenskih postopkih kontradiktornost razumejo le kot pravico odgovora na navedbe nasprotne stranke (takoj, ko jo ta poda, ali pa tudi pozneje), v akuzatornih postopkih pa se kontradiktornost kaže v zasnovi kazenskega postopka, ki je v celoti organiziran kot spor (spopad) med nasprotujočima si stranema, čemur so posledično namenjeni tudi vsi procesni instituti in pripadajoča pravila.



ma dokaznih pravil in prepovedi. Seveda pa na točki uveljavitve natančnega sistema pravil dokaznega prava spet trčimo ob problematiko delitve sodne funkcije na funkcijo odločanja o dejanskih vprašanjih in krivdi (ki jo v akuzatornih postopkih opravlja porota) in na funkcijo odločanja o pravnih vprašanjih (ki jo opravlja profesionalni sodnik ali senat sodnikov). Samo takšna zgradba sodišča namreč dosledno zagotavlja, da v primeru, ko pride do spora med strankama o dopustnosti določenega dokaza v skladu z merili dokaznega prava, organ, ki odloča o krivdi obtoženca, ne bo vsaj psihološko obremenjen z nedopustnimi dokazi. Če bo funkcijo sojenja v reformiranih mešanih postopkih še vedno opravljal enotno sodišče, potem se težavam, povezanim z omenjeno dilemo ne bo mogoče izogniti, s tem pa bo izigran tudi namen zapletenih pravil dokaznega prava.

Aktivacija strank in s tem povezana pasivizacija sodišča torej nista možni brez celovite in predvsem dosledne spremembe sedanjega koncepta kazenskega postopka. Brez mehanizmov, ki bi sodišču preprečili, da spet prevzame aktivno vlogo pri preiskovanju zadeve in s tem strankam odvzame nadzor nad dokaznim postopkom, bo tako »reformiran« kazenski postopek ponovno postal golo sodno uradovanje z vsemi negativnimi posledicami, ki jih prinese vmešavanje sodišča v procesne vloge ostalih udeležencev<sup>32</sup>. Uspešna rešitev tega vprašanja pa bo seveda odvisna od tega, koliko avtonomije je država pripravljena prepustiti strankam v okviru kazenskega postopka. Sedanji trend v tem pogledu je sicer v celoti gledano pozitiven, saj zgodovina razvoja mešanega modela kazenskega postopka v Evropi po drugi svetovni vojni kaže, da so bile skoraj vse spremembe namenjene zmanjševanju vloge sodišča pri vodenju postopka<sup>33</sup>, vprašanje pa je, v kolikšni meri so posamezne države (družbe) pripravljene sprejeti gledanje na kazenski postopek in pravosodje.

## VI. Avtonomija posameznika kot temeljno izhodišče novega kazenskega postopka

S spremembo modela kazenskega postopka je tesno povezano tudi zelo občutljivo vprašanje priznavanja dogovorov med strankama o krivdi in posledično tudi o višini in vrsti kazenske sankcije. Očitno je namreč, da moramo strankam v skladu z novim razumevanjem kazenskega postopka kot sredstva za uveljavitev mnogovrstnosti interesov različnih družbenih skupin (in ob večjem upoštevanju avtonomije posameznika) omogočiti takšen ali drugačen način sklepanja dogovorov o izidu konkretnega postopka.

Ravno vprašanje sklepanja dogovorov o krivdi in kazni (*plea bargaining*) je eno izmed najbolj spornih v razpravi o

reformi mešanega modela kazenskega postopka, saj se ravno na tej točki pokažejo najgloblje razlike v razumevanju vloge in namena kazenskega postopka med različnimi družbami (državami). Večina držav, ki izhaja iz kontinentalne pravne tradicije (vključno s Slovenijo), kaže vsaj veliko mero previdnosti pri priznavanju omenjenih dogovorov v kazenskih postopkih, zato jih skuša nadomestiti z različnimi oblikami odvratanja pregona in t.i. poenostavljenimi postopki<sup>34</sup>. Vendar pa imajo omenjene oblike nadomeščanja dogovorov med strankama s stališča novonastalih multi-interesnih družb enake pomanjkljivosti, ki zaznamujejo sedanje kazenske postopke v teh državah: njihove osnovne vrednostne predpostavke namreč še vedno izhajajo iz načel oficialnosti, legalitete ter instruktivske maksime. Ta državo in njene organe v kazenskih postopkih postavljajo na najpomembnejše mesto ter hkrati zanemarjajo interese posameznikov in njihovih skupin.

Kritiki akuzatornih kazenskih postopkov iščejo glavne razloge za nezaželenost *plea bargaining*-a predvsem v dejstvu, da ni poskrbljeno niti za osnovno sodno nadzorstvo nad potekom in izidom pogajanj med državnim tožilcem in osumljencem, kar pogosto vodi k zlorabam v škodo slednjega (pogosto ni sodnega nadzorstva niti glede preverjanja dejstev o obstoju utemeljenega suma<sup>35</sup>). Akuzatorni kazenski postopki tako izgubijo svojo garantno funkcijo, saj jo izvršujejo predvsem prek institutov, ki se uveljavijo šele v poznejših fazah postopka<sup>36</sup>. Gotovo je, da je vsak izid *plea bargaining*-a treba

<sup>34</sup> Glej npr. člene 161a, 162 in 163 ZKP (ki urejajo odločanje državnega tožilca v zvezi z ovadbo, če se odloči, da sprožitev kazenskega pregona ne bi bila oportuna), ter člene od 429 do 445 ZKP (ki urejajo posebnosti skrajšanega postopka za lažja kazniva dejanja). V obeh primerih nikakor ne bi mogli trditi, da slovenski ZKP dovoljuje *plea bargaining*, saj zakon omenjene procesne institute predvideva le v primeru najlažjih kaznivih dejanj, katerih nevarnost je praktično zanemarljiva (vsaj v primeru t.i. procesnopравниh selekcijskih mehanizmov), zato se tudi vprašanja, povezana s priznavanjem avtonomije posameznika, tu ne pojavljajo v tako veliki meri kot pri *plea bargaining*-u. Poleg tega je za slovenski kazenski postopek še vedno značilna prevladujoča vloga načela iskanja materialne resnice, ki seveda ne predvideva možnosti priznanja krivde (*guilty plea*) in posledičnega prehoda postopka v fazo izreka kazni. Gre za še en primer vsemogočnega vpliva instruktivske maksime in iskanja resnice na celotno zasnovo mešanega modela kazenskega postopka.

<sup>35</sup> Tudi v primeru, če osumljenec pozneje trdi, da je bil prisiljen v sklenitev dogovora, sodišča v ZDA pogosto uporabijo domnevo, da je že sama navzočnost zagovornika med pogajanjem zadosten porok za prostovoljnost končnega dogovora. Poleg tega se v kazenskih postopkih v ZDA priznanje krivde (*guilty plea*) tradicionalno ne obravnava enako kot priznanje (*confession*) – to bo namreč nedopustno, če je bilo dano v zameno za npr. obljubo nižje kazni (kar pa je ravno bistvo *plea bargaining*-a). Kritika poteka pogajanj med državnim tožilcem in osumljencem v ZDA je še toliko bolj upravičena, če upoštevamo, da *Federal Rules of Evidence* v svojem pravilu 11(f) zveznim sodiščem celo izrecno prepovedujejo sprejem *guilty plea* brez preverjanja njegove dejanske osnove, vendar se to pravilo v praksi pogosto stoma zvede le na golo formalnost in do pravega preverjanja sploh ne pride.

<sup>36</sup> Glej Dubber, str. 552.

<sup>32</sup> Glej Weigend, s. 498.

<sup>33</sup> Glej Damaška (2001), s. 485.

vsaj minimalno sodno preveriti in osumljencu zagotoviti osnovna procesne pravice (ki bi jih sicer dobil ob poteku rednega postopka) ter tako preprečiti tajno, nenadzorovano in prisilno sklepanje dogovorov, ki gredo v škodo osumljenca. Poleg sodnega nadzora bi veljalo ob uvedbi *plea bargaining*-a v kontinentalne postopke ohraniti dosednji položaj državnega tožilca, po katerem ta nima diskrecije glede vlaganja obtožbe (in njene vsebine, predvsem kar se tiče pravnih kvalifikacij). V velikem številu primerov so za neprimeren izid pogajanj med državnim tožilcem in osumljencem krive previsoke zagrožene kazni, ki tožilstvu omogočajo, da tudi v primerih, ko nima trdne podlage za nadaljevanje kazenskega postopka, izsili priznanje krivde v zameno za ponujeno znatno znižanje zakonsko predvidene kazni.

Vsekakor pa lahko ugotovimo, da v zvezi s problematiko *plea bargaining*-a ne gre za vprašanje, ali naj država v spremenjenih družbenih okoliščinah sploh upošteva dogovore o kazni in krivdi med državnim tožilstvom in osumljencem (in s tem tudi pravico udeležencev kazenskega postopka, da sami uporabljajo norme kazenskega prava)<sup>37</sup>, ampak bolj za vprašanje, kako zagotoviti čim večjo legitimnost in transparentnost takšnih dogovorov, s tem pa tudi večje ponotrnanje (sedaj v večini heteronomnih) kazenskopravnih norm s strani njihovih naslovnikov. S primernim sodnim nadzorom, priznavanjem pravic osumljenca tudi v med *plea bargaining*-om (predvsem z uporabo meril, ki jih je kazensko pravo razvilo za preverjanje prostovoljnosti priznanja) in zmerno kaznovalno politiko bi lahko največje pomanjkljivosti tega instituta v velik meri odpravili, kar bi imelo pozitivne posledice tako za skrajšanje povprečnega trajanja sodnih postopkov kot tudi za pasivizacijo sodišča in posledično aktivizacijo strank. V skladu s povedanim bi *plea bargaining* v reformiranem modelu kazenskega postopka lahko obsegal samo pogajanja o (višini) kazni, ne pa tudi o pravni kvalifikaciji dejanja, saj bi tudi v novem modelu postopka še vedno ohranili načelo legalitete pregona (z vsemi korekcijami načela oportunitete, ki pravzaprav povzročijo prehod v t.i. mešani sistem pregona). Takšna ureditev bi omogočala neposreden prehod v fazo izreka kazni (torej brez glavne obravnave)<sup>38</sup>, lahko pa tudi samo neposreden prehod v fazo glavne obravnave (brez predhodnih narokov, kjer se odloča npr. o utemeljenosti suma).

Seveda pa se v zvezi s problematiko priznavanje dogovora o kazni takoj postavlja vprašanje vloge sodišča v takšnem pri-

meru. Kot že rečeno, bi bila določena stopnja sodnega nadzora vsekakor nujna, najbrž bi morali oblikovati tudi poseben dokazni standard, ki bi bil postavljen sorazmerno nizko (npr. sodnik ne bi smel odobriti dogovora, če bi bil prepričan, da je osumljenec nedolžen). Nikakor pa se sodišče ne bi smelo spuščati npr. v presojo obstoja razumnega dvoma glede krivde osumljenca, saj bi bil tako celoten namen pogajanj o kazni izničen. Omejitve sodnega nadzora nad sklepanjem dogovorov o kazni bi morale biti jasne in točno določene ter brez »priprtih vrat«, ki so bila usodna za italijanski kazenski postopek<sup>39</sup>. V primeru, da sodišče ne bi potrdilo dogovora o kazni, bi stekel reden postopek z vsemi procesnimi kvantelami za osumljenca.

## VII. Družba svobodnih posameznikov in reforma modela kazenskega postopka

Trenutno veljavni kazenski postopki v kontinentalni Evropi izhajajo iz tradicije inkvizitornih kazenskih postopkov, ki so se na tem območju dokončno uveljavili v 17. stoletju, čeprav so se izoblikovali že nekaj stoletij pred tem<sup>40</sup>, predvsem z recepcijo rimskega in kanonskega prava v posvetna (pozitivna) prava severnoitalijanskih mestnih držav. Inkvizitorne kazenske postopke sta zaznamovala predvsem združevanje funkcij obrambe, obtožbe, preiskovanja in sojenja v osebi sodnika – inkvizenta, ki so ga pri njegovem delu zavezovala predvsem načela oficialnosti, legalitete in iskanja materialne resnice. Postopek je bil voden v interesu države, ki je na tak način prevzela primat nad t.i. krvnim sodstvom, ki so ga prej obvladovali predvsem posamezni fevdalni gospodje (znotraj svojih fevdalnih posesti)<sup>41</sup>. Inkvizitorni postopki so bili eden izmed najpomembnejših mehanizmov krepitve centralne vladarjeve moči na ozemljih, ki so bila pred tem izpostavljena fevdalni razdrobitvi (v smislu mnogih pogosto konkurenčnih in nasprotujočih si pristojnosti), saj so zaradi ureditve, po kateri je o izidu kazenske zadeve odločal predstavnik države (vladar), ki je bil praviloma profesionalni pravnik, izšolan na eni izmed novonastalih evropskih pravnih univerz in zato bolj naklonjen

<sup>39</sup> V tem smislu naj omenim odločitev italijanskega ustavnega sodišča št. 313 iz 1990. leta, ki je italijanskim sodiščem omogočila zavrnitev dogovora o kazni, če sodnik meni, da je dogovorjena kazen neprimerna. Takšna ureditev seveda v veliki meri vrača odločanje o izidu kazenskega postopka skozi zadnja vrata v roke države in njenih predstavnikov (sodišča).

<sup>40</sup> Glej Bayer (1995), s. 28-29 in 128.

<sup>41</sup> Čeprav je po drugi strani res, da je kralj (kjer so ga imeli) vedno lahko prevzel vodenje postopka v katerikoli kazenski zadevi. Ponavadi je kralj s svojim dvorom potoval po svojem kraljestvu (*realm*) in sproti delil pravico. Šele po 12. stoletju se je v določenih kraljevinah oblikovalo stalno profesionalno kraljevo uradništvo, ki je imelo nalogo soditi v kazenskih zadevah (npr. normansko kraljestvo na Siciliji in južni Italiji, Anglija, Francija in Normandija).

<sup>37</sup> Zaradi ostrih kritik na račun *plea bargaining*-a so v nekaterih zveznih državah ZDA (npr. Kalifornija in Aljaska) neposredna pogajanja med državnim tožilcem in osumljencem celo prepovedali, vendar v praksi ta prepoved ni zažvela, saj so stranke vedno znova našle načine, da so se izognile omenjeni prepovedi. Glej [www.ajc.state.ak.us/Reports/pleafram.htm](http://www.ajc.state.ak.us/Reports/pleafram.htm).

<sup>38</sup> Takšen sistem bi tako nujno zahteval ločeno odločanje o krivdi in naknadno odločanje o kazni (torej dva ločena naroka), kar bi bilo primerno tudi iz drugih razlogov, npr. bolj učinkovite obrambe glede odločanja o višini kazni.

uporabi vladarjevih zakonov kot pa starega običajnega prava, omogočali neposreden nadzor centralne oblasti nad (najbolj?) pomembnim orodjem družbene kontrole – kazenskim pravom z njegovim instrumentarijem fizičnega prisiljevanja.

Gledanje, po katerem je prevladujoči interes v kazenskih postopkih interes države (in posledično družbe) po kaznovanju kršilcev njenih najpomembnejših norm, za uveljavitev katerega morajo po službeni dolžnosti skrbeti državni uradniki (sodniki), se je iz inkvizitornega modela kazenskega postopka po zaslugi instruktorske maksime neposredno prenesel tudi v mešani model, ki je v kontinentalni Evropi začel prevladovati v drugi polovici 19. stoletja, predvsem po zaslugi reform kazenskega postopka v Nemčiji, Franciji in Avstro-Ogrski<sup>42</sup>. Ne glede na nekatere popravke, ki jih je inkvizitorni model kazenskega postopka zaradi spremenjenega družbenega ozračja po francoski revoluciji 1789 in pomladi narodov 1848 doživel pri svoji »spreobrnitvi« v mešani model, sta njegov namen in tudi njegova osnovna zgradba ostala enaka – zagotoviti državno nadzorstvo nad izidi kazenskih postopkov z neposrednim vpletanjem sodišča v vse procesne vloge v vseh fazah postopka. Trditev, da je vpeljava nekaterih akuzatornih elementov v globoko inkvizitorno zasnovano prinesla bistveno spremembo temeljne narave mešanega modela kazenskega postopka, je zato zgrešena, saj ne upošteva vrednotno-ideoloških in zgodovinskih okoliščin, iz katerih je ta model kazenskega postopka sploh izšel<sup>43</sup>.

Današnji mešani kazenski postopki so tako (nevede in nehote?) dediči globoko nedemokratske tradicije cerkvenega in posvetnega absolutizma, ki sta zakrivila enega izmed najbolj neslavnih poglavij zgodovine kazenskega procesnega prava, zato nikakor ne ustrezajo spremenjenim družbenim razmeram na začetku 21. stoletja, za katere so značilni razslojevanje družb v vseh pogledih, od kulturnih, prek etničnih do ekonomskih ter osamosvajanje posameznika izpod (prisilno) paternalistične skrbi države. Spremenjene družbene razmere namreč zahtevajo spremenjen odnos do vsebine in zato tudi oblike kazenskega postopka, saj se zaradi opisanih družbenih dogajanj zdi zdajšnje skoraj popolno monopoliziranje moči v kazenskih postopkih s strani predstavnikov države nedemokratsko in v neskladju z razglašeni družbenimi vrednotami, ki že vsaj od časa razsvetljenskega gibanja postavljajo na prvo mesto posameznika in njegovo avtonomno voljo, posledično pa tudi avtonomijo odločanja o pravicah in dolžnostih, ki ga zadevajo.

Ravno avtonomija posameznika (in različnih skupin civilne družbe) ter z njo povezana povečana odgovornost za lastno

usodo zahtevata obrat k bolj kontradiktorno-akuzatorni ureditvi kazenskega postopka v državah, ki trenutno uporabljajo mešani model. Zaradi specifičnih zgodovinsko-družbenih okoliščin<sup>44</sup>, v katerih je nastal akuzatorni model, se je namreč ta izkazal za relativno najbolj primerno obliko organiziranja kazenskega postopka, saj v največji meri upošteva avtonomijo posameznika v smislu možnosti vpliva na izid postopka in sorazmerno pasivno vlogo sodišča (kot predstavnika države). Najbrž največja prednost tega modela postopka je v dejstvu, da odkrito priznava nasprotje interesov med državo in posameznikom (osumljencem) v kazenskem postopku in temu primerno oblikuje tudi procesne institute. Mešani model kazenskega postopka namreč v veliki meri vsaj implicitno predvideva, da se morajo kazenski postopki voditi predvsem v interesu skupnosti (države) in da so interesi vpletenih strani pri tem dokaj postranskega pomena. Takšno gledanje pa gotovo ni v skladu z uradno razglašeno in že več kot dvesto let veljavno doktrino o svobodni volji posameznika in pripadajočih temeljnih pravicah ter svoboščinah, ki so jo prevzele vse moderne pravne demokratične države. Razglasiti avtonomijo posameznika (z osnovno predpostavko obstoja svobodne volje) in na tej avtonomiji izgraditi vse druge predpostavke pravnega sistema, po drugi strani pa ravno v kazenskih postopkih, kjer se najbolj posega v temeljne pravice posameznika, to avtonomijo skoraj v popolnosti omejevat, se zdi nelogično, morda celo dvolično.

Spoštovati posameznikove odločitve v zadevah, ki se tičejo najbolj intimnih področij njegove zasebnosti (npr. pravica do samomora, v določenih državah tudi pravica do evtanazije, pravica do splava, do izbire lastne spolne usmeritve, do privolitve v skrajno tvegane medicinske posege, v poškodbe pri športu in delu, pravica do sklepanja izrazito neenakopravnih pogodb z delodajalci, ipd.), pri tem pa zanikati njegovo sposobnost (so)odločati o izidu kazenskega postopka (kjer so posledice za njegovo prihodnost lahko manj pomembne kot pa v spredaj naštetih primerih) in se pri tem celo sklicevati na potrebo po zaščiti osumljenca (pred samim seboj?), je v sedaj veljavnem sistemu pravnih in družbenih vrednot ne samo nerazumno, ampak tudi popolnoma napačno in pravzaprav pro-

<sup>44</sup> Na tem mestu se v podrobnejšo analizo zgodovinskih okoliščin, v katerih je nastal in se razvijal akuzatorni model kazenskega postopka, ne bom spuščal, omenim naj le, da je bila vloga države (vladarja) v Angliji skozi zgodovino bistveno šibkejša kot v kontinentalni Evropi, zato je bil tudi kazenski postopek na nek način vedno dojemljivejši z vidika varovanja pravic posameznika nasproti državi (in en obratno, kot na Kontinentu), veliko vlogo pa je pri odločanju o izidu postopkov igrala tudi skupnost (institut porote!). Z izjemo vladavine Stuartov, ki so v Angliji skušali uvesti kontinentalni model absolutizma, in takrat obstoječega sodišča *Star Chamber*, ki je uporabljalo inkvizitorni model kazenskega postopka, je bil v Angliji položaj osumljenca tradicionalno veliko boljši kot v državah, kjer so uporabljali druge modele kazenskega postopka, saj so v Angliji že zelo zgodaj začeli ustvarjati (ustavno) doktrino naravnih pravic posameznika, ki je v marsičem predhodnica moderne teorije o človekovih pravicah.

<sup>42</sup> Glej Bayer (1995), str. 149 do 152.

<sup>43</sup> Avtorji iz pravnih sistemov, ki slonijo na tradiciji *common-law*, zato večkrat označujejo mešani model kazenskega postopka kar za inkvizitorni model, čeprav se v njihovi označitvi pravzaprav skriva več neznanja kot pa poznavanja modernih mešanih kazenskih postopkov.

tiustavno. Model (mešanega) kazenskega postopka, ki ne upošteva v zadostni meri posameznikove svobodne volje kot osnovne predpostavke obstoja modernega (racionalnega) prava, je v današnjih družbenih razmerah preživet in lahko na naraven razvoj družbe deluje le zaviralno. Polovične reforme in sprotne »krpanje« z uvajanjem uvoženih procesnih institutov (npr. kaznovalni nalog) ne bodo spremenili osnovnih vrednostnih predpostavk, na katerih je ta model kazenskega postopka izgrajen. Ravno v teh predpostavkah pa tiči bistvo težav, ki danes tarejo mešani model (kjer je ta sploh še v uporabi). Samo z zamenjavo osnovnih vrednostno-ideoloških predpostavk mešanega modela kazenskega postopka in s spremembo (samo)zaznavanja vloge pravosodnih organov je reforma kazenskega postopka sploh možna in izvedljiva. Če zakonodajalec tega ne bo pravočasno uvidel sam, ga bo v to prisilil razvoj družbenih dogajanj. Vendar pa je druga možnost razvoja kazenskega postopka veliko bolj tvegana kot prva, saj nujno vodi k napakam, ki so pogosto posledica hitrih in zato ne dovolj premišljenih odločitev, to pa ni v interesu ne posameznika ne države.

#### Literatura

1. Bayer, V. (1995). **Kazeno procesno pravo – odabrana poglavja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava.** Zagreb, MUP Hrvatske.
2. Bayer, V. (1997). **Kazeno procesno pravo – odabrana poglavja, Knjiga I. Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava.** Zagreb, MUP Hrvatske.
3. Bradley, C. M. (1996). The Convergence of the Continental and the Common Law Model of Criminal Procedure. *Criminal Law Forum*. vol 7: s. 471-484.
4. Bradley, C. M., ed. (1999). **Criminal Procedure: A Worldwide Study.** Durham, Carolina Academic Press.
5. Damaška, M. R. (1986). **Faces of Justice and State Authority.** New Haven, Yale University Press.
6. Damaška, M. R. (1997). O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi. *Hrvatski ljetopis za kazeno pravo i praksu*. 4/2: s. 381-394.
7. Damaška, M. R. (1997). The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *American Journal of Comparative Law*. vol. 45: s. 839-852.
8. Damaška, M. R. (2001). Models of Criminal Procedure. **Zbornik PF u Zagrebu**. 51/3-4: s. 477-516.
9. Dubber, M. D. (1997). American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure. *Stanford Law Review*. vol. 49: s. 547-605.
10. European Commission. (2001). **Green Paper on criminal law protection of financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor.** COM (2001) 715 final.
11. Grande, E. (2000). Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. *American Journal of Comparative Law*. vol. 48: s. 227-259.
12. Kanduč, Z. (2002). Vprašanje (so)odgovornosti pri intimnih viktimizacijah in »zločinih brez žrtve«. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*. 54/4: s. 337-351.
13. Kaufmann, A. (1994). **Uvod v filozofijo prava.** Ljubljana, Cankarjeva založba.
14. Kovačič, B. (2003). Zakaj reforme slovenskega kazenskega postopka ne bodo uspele. *Pravna praksa*. 22/25: s. 6-8.
15. Langbein, J. H. (1985). The German Advantage in Civil Procedure. *University of Chicago Law Review*. vol. 52: s. 823-866.
16. Leo, R. A.; Thomas III, G. C., eds. (1997). **The Miranda debate: Law, Justice and Policing.** Boston, Northeastern University Press.
17. Mason, A. (7. 8. 1999). **The Future of Adversarial Justice.** Govor podan na konferenci »17th Annual AJA Conference«. Adelaide.
18. Pavčnik, M. (1991). **Argumentacija v pravu.** Ljubljana, Cankarjeva založba.
19. Pizzi, W. T. (1987). *Batson v. Kentucky: Curing the Disease but Killing the Patient.* *Supreme Court Review*. vol 97.
20. Spletna stran [www.ajc.state.ak.us/Reports/pleafram.htm](http://www.ajc.state.ak.us/Reports/pleafram.htm), 17. 6. 2003.
21. Thaman, S. C. (1999). Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia. *Law and Contemporary Problems*. s. 223-259.
22. Van Kessel, G. (1992). Adversary Excesses in the American Criminal Trial. *Notre Dame Law Review*. vol. 67: s. 403-551.
23. Weigend, T. (1992). Die Reform des Strafverfahrens. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, let. 104: s. 486-512.
24. Zupančič, B. M. (1991). **Kazensko procesno pravo, Odločbe in razprave.** Ljubljana, Časopisni zavod Uradni list RS.

## **Possibilities for reform of a mixed model of criminal procedure – some proposals for theoretical starting points of a new model of Slovene Code of Criminal Procedure**

Blaž Kováčič, LL.B. Junior Researcher, Department of Criminal Law Sciences, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia

Slovene theory of criminal procedure has not yet developed a comprehensive and in-depth theoretical debate on questions, connected with theoretical models of criminal procedure (accusatorial, inquisitorial, mixed), what will soon turn out to be a considerable shortcoming. This field of criminal law science seems to be at the present moment very important, due to envisaged reforms of the code of criminal procedure. It is evident that Slovenia will also opt for the abolishment of the current mixed (continental) model and decide for a more or less accusatorial model of procedure. This one is, due to its orientation towards a conflict between an individual and the state, more equipped for deciding in criminal law relations in stratified post-modern («western») societies, characterised by a multitude of interests. A state must thus abandon its paternalistic views on relations in criminal procedure and also its active participation in criminal matters, what necessary means the abolishment of *instruktions maxime* as well as the abandonment of the principle of finding material truth. Both mentioned institutes provide that a judge as a state official is that subject of procedure, who can most properly decide what should be done to meet the legal interests of all parties involved. Accusatorial model takes in larger extent account of (different) interests of parties in criminal law conflict and gives them thus the most important role in taking decisions about the beginning, course and termination of criminal procedure. Of course, this model is not without shortcomings, which are mainly the result of the glorification of the conflict between parties as the only way to ensure democracy, fairness and adversariness of criminal procedures. With the abolition of these »adversary excesses«, the accusatorial model would be the most appropriate platform for the construction of the new Slovene Code of Criminal Procedure; however, lawmakers should be fully aware that any successful reform of criminal procedure must be necessarily accompanied by the reform of entire criminal justice system, which must become a firm guardian of a rule-of-law-state and not an extended hand of the state repression.

**Key words:** models of criminal procedure, reform of criminal procedure, individual's autonomy, rule-of-law-state, post-modern society

UDC 343.10 + 343.1(094.5)(497.4).001.7