



Zbornik znanstvenih razprav  
Letnik 75 (2015) / Volume 75 (2015)  
Oktober / October 2015

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International License.

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

Spletna stran Zbornika: / Journal website:  
<http://zbornik.pf.uni-lj.si>  
<http://journal.pf.uni-lj.si>

*Dr. Katja Šugman Stubbs\**

## **Strukturne spremembe slovenskega kazenskega procesnega prava v zadnjih dvajsetih letih**

### **1. Uvod**

Slovenski zakon o kazenskem postopku (ZKP) je bil sprejet leta 1994<sup>1</sup> in je bil od takrat trinajstkrat noveliran. Zasnova prvega slovenskega postopkovnika v primerjavi z zadnjim jugoslovanskim iz leta 1977 ni revolucionarno drugačna; ZKP iz leta 1994 je ohranil vse bistvene rešitve stare ureditve.<sup>2</sup> Že samo število novel tega zakona pa nam pove, da je v zadnjih dvajsetih letih naš postopek doživel številne spremembe. Nekatere od novel so bile manj pomembne, druge pa prav prelomne. Tako je bila gotovo ključnega pomena novela ZKP-K, ki je v naš postopek uvedla postopek sporazumevanja o krivdi in ga tako še bolj odločno potisnila v adversarno smer. Lahko trdimo, da imamo še vedno mešani model kazenskega postopka, vendar ima ta močno poudarjene adversarne vsebine.

Namen tega prispevka je podati celovit pregled strukturnih sprememb slovenskega kazenskega postopka od njegove uveljavitve do danes. Pri tem bom analizirala razvojne linije, ki so jih doživele posamezne faze kazenskega postopka, in tudi trend sprememb, ki razkriva razvoj vlog in funkcij posameznih ključnih organov v tem postopku.

---

\* Redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; katja.sugman@pf.uni-lj.si.

<sup>1</sup> Ur. l. RS, št. 63/94.

<sup>2</sup> Fišer navaja, da je impulz po večji kontradiktornosti prvega slovenskega postopkovnika prišel v fazi, ko je bilo besedilo že v zakonodajnem postopku, vendar pa je bila zaradi želje, da bi bila oba sistemska kazensko pravna zakona sprejeta hkrati, ta iniciativa zavrnjena. Fišer, Predkazenski postopek (2006), str. 57.

## 2. Kratak pregled zgodovinskega razvoja

Kot rečeno, prvi slovenski ZKP ni prinesel večjih sprememb ne pri zasnovi ne pri ključnih idejnih rešitvah posameznih procesnih institutov v primerjavi z zadnjim jugoslovanskim zakonom.<sup>3</sup> Še vedno je bil ohranjen tradicionalni kontinentalni evropski<sup>4</sup> mešani model postopka.<sup>5</sup> Zanj so bili značilni: (1) sodni-kova usmerjenost k aktivnemu odkrivanju resnice, ki se izraža v načelu iskanja materialne resnice s pooblastilom sodniku, da lahko tako predlaga, kot izvaja dokaze (instrukcijska maksima), (2) dvofazna zasnova predhodnega postopka in (3) ancilarno razumevanje kazenskega procesnega prava.<sup>6</sup> Mnoge od teh značilnosti so ohranjene še danes, in če želimo razumeti sedanji model, se moramo ozreti nazaj, v čase socialistične Jugoslavije. Pri tem lahko ugotovimo, da je bila konceptualna zasnova tako zakona iz leta 1976 kot tudi naše sedanje ureditve postavljena leta 1967, ko je bila sprejeta za tedanje čase prelomna novela tedanjega ZKP.<sup>7</sup> Zato bomo časovni stroj zavrteli v to točko.

### 2.1. ZKP 1967 – teza o ločenosti

Večina teoretikov, preučevalcev kazenskega procesa, se strinja s tem, da je novela iz leta 1967 pomenila zgodovinski prelom z inkvizitorno tradicijo in je bila tako rekoč revolucionarnega pomena za razvoj kazenskega procesa pri nas.<sup>8</sup> Kerenito je bila spremenjena zasnova predhodnega postopka<sup>9</sup> in občutno izboljššan položaj obdolženca. Model postopka je bil postavljen na strogem razlikovanju

<sup>3</sup> Ta je bil sprejet konec leta 1976 (Ur. l. SFRJ, št. 44/76), po ustavnih spremembah iz leta 1974.

<sup>4</sup> O dveh velikih pravnih tradicijah glej Glendon, Gordon, Osakwe, *COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS* (1994).

<sup>5</sup> Na podlagi razmišljanj Talcotta Parsonsa je Herbert Packer razvil idejo o dveh modelih kazenskega postopka: model »crime control« in model »due process«. Prvi je značilen za tipe postopkov, ki jih danes označujemo kot inkvizitorne, drugi pa za adversarne. Packer, *Two Models of the Criminal Process* (1964), str. 1–68. Drugo zelo znano delitev kazensko-procesnih sistemov je izdelal Damaška, ki razlikuje med različnimi stopnjami državnega aktivizma pri organizaciji kazenskega postopka. Pri tem naj bi bili tradicionalni sistemi kontinentalne Evrope mnogo bolj aktivistični in torej organizirani hierarhično, medtem ko naj bi bili sistemi *common law* bolj koordinativni. Glej Damaška, *THE FACES OF JUSTICE* (1986). Glej tudi Volkman-Schluck, *Continental European Criminal Procedures* (1981), str. 1–32.

<sup>6</sup> Zupančič, *Odnos med procesnim in materialnim (kazenskim) pravom* (1986), str. 179–211.

<sup>7</sup> Novela iz leta 1967 (Ur. l. SFRJ, št. 23/67) je dopolnila ZKP iz leta 1953 (Ur. l. FNRJ, št. 40/53).

<sup>8</sup> Glej na primer Bayer, *Osnovne karakteristike* (1967), str. 346–384.

<sup>9</sup> O analizi faze predhodnega postopka glej Krapac, *Suvremeni prethodni krivični postopak* (1989), str. 287–332.

med dvema fazama predhodnega postopka: predkazenskim postopkom in fazo preiskave. V teoriji je dobro znano dejstvo, da je na mešanem (inkvizitorno-adversarnem) modelu zgrajeni predhodni postopek dvofazen.<sup>10</sup> Tako jugoslovanska ureditev v tem smislu sama po sebi ni bila nič posebnega. To, kar pa je bilo specifično za našo ureditev, pa je bilo snovanje predhodnega postopka na teoretskem izhodišču, ki mu pravimo teza o ločenosti policijskega in sodnega (kazenskega) postopka. Strukturo postopka, utemeljeno na ločenosti, moramo dobro poznati, če želimo razumeti sistemske spremembe današnjega kazenskega postopka, zato si jo podrobneje oglejmo.

V skladu z liberalnimi spremembami, ki so se kazale tudi v spremenjenem položaju tedanjih organov za notranje zadeve (v nadaljevanju: ONZ)<sup>11</sup> in posledično krepitvijo vloge sodišča, je bila organizacija predhodnega postopka spremenjena tako, da je bilo delovanje ONZ zamejeno (lahko bi tudi rekli: izrinjeno) v prvo fazo predhodnega postopka, ki jo danes imenujemo predkazenski postopek.<sup>12</sup> Delovanje ONZ je bilo na ta način ločeno od drugega, tj. pravno-formalnega dela postopka, ki se je začel s (sodno) preiskavo, v kateri je bil *dominus litis* sodišče. Tako se je uresničila prva od temeljnih premis teze o ločenosti policijskega in sodnega postopka: (1) razlika med obema deloma postopka naj bi bila (tudi) v tem, da v predkazenskem postopku delujejo kot *dominus litis* ONZ, v sodnem (v fazi preiskave) pa sodišče (preiskovalni sodnik).<sup>13</sup>

Zato se je tudi oblikovalo razumevanje, da je kazenski postopek samo tisti del postopka, ki ga vodi sodnik.<sup>14</sup> Kazenski postopek je bil torej razumljen kot

<sup>10</sup> Podobno je na Nizozemskem, kjer je predhodni postopek prav tako razdeljen na dva dela: predhodno preiskovanje, ki ga izvaja policija pod vodstvom javnega tožilca, sledi pa mu, če je to potrebno, predhodna sodna preiskava pod vodstvom preiskovalnega sodnika. Tak, *The Dutch Prosecutor* (2012), str. 142.

<sup>11</sup> Za mlajše bralce: danes bi temu organu seveda rekli policija.

<sup>12</sup> Takratni zakon faze še ni imenoval predkazenski postopek. To podpoglavje je imenoval kazenska ovadba, naslednjega pa preiskava. Za boljše razločevanje teh dveh delov bom ta del kljub temu imenovala z današnjim imenom: predkazenski postopek.

<sup>13</sup> »Kazenski postopek je lahko postavljen kot čisti sodni postopek. V tem primeru obstaja neodvisno in povsem izven kazenskega postopka dejavnost organov za notranje zadev pri odkrivanju kaznivih dejanj in iskanju storilca. To je posebna upravna aktivnost, ki jo urejajo predpisi o službi notranjih zadev (čl. 151), ki je zelo pomembna pri zmanjševanju kriminalitete, ker daje javnemu tožilcu material, na podlagi katerega lahko zahteva sprožitev kazenskega postopka proti določeni osebi - vendar po svoji vsebini ne pripada kazenskemu postopku.« Vasiljevič, *SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA* (1981), str. 458 (prevod K. Š. S., če ni drugače označeno).

<sup>14</sup> V preteklosti so tekle živahne razprave o tem, kdaj se kazenski postopek začne. Avtorji so se med seboj razlikovali predvsem v stališčih, kdaj znotraj *formalnopravnega* postopka naj bi ta začetek bil; skupno pa jim je, da predkazenskemu postopku skorajda soglasno odrekajo status faze kazenskega postopka. Ravno zaradi tako različnih razumevanj pojma kazenski postopek je Damaška celo trdil, da je ta pojem »lažni homonim«. Damaška, *Napomene o početku krivič-*

strogo sodni postopek (torej sodna preiskava in poznejše postopanje sodišč), vse pred tem pa naj bilo le predsodno postopanje policijskih organov (zato imenovano *predkazenski postopek*).<sup>15</sup> Funkcija ONZ se je s tem skrčila na delovanje v predkazenskem postopku, s ciljem odkriti kazniva dejanja in storilce.<sup>16</sup>

Teza o ločenosti je imela najpomembnejše posledice na dokaznopravnem področju. Policija naj bi (in tudi v večini primerov je) delovala neformalno, sodišče pa formalno,<sup>17</sup> zato pa naj bi, na podlagi teze o ločenosti, (2) dosledno ločili dokazno vrednost materiala, ki so ga pri svojem delu zbrali ONZ, od tistega, ki ga je pridobilo sodišče. Delovanje ONZ naj ravno zaradi neformalnosti njihovega postopanja ne bi imelo dokazne vrednosti na sojenju, temveč je bilo lahko uporabljeno kot podlaga za nadaljnje preiskovanje. Po drugi strani je sodno pridobljeni dokazni material vedno imel polno dokazno vrednost. Tako je zakon poskušal dosledno udejanjiti koncepcijo o ločitvi postopka pred ONZ in postopka pred sodnimi organi; ker so ONZ v predkazenskem postopku delovali brez posebej predpisanih pravil za posamezna preiskovalna dejanja, njihova dejanja v sodnem postopku niso imela pravne veljave.<sup>18</sup>

Za takratno pravno ureditev je bil ravno ta razkol med predkazenskim in sodnim postopkom znamenje velike demokratizacije postopka in izboljšanja

---

nog postopka (1969), str. 22. Glej tudi druge razprave na to temo v: Zobec, KOMENTAR ZAKONA (1985), s. v. čl. 20, Bayer, JUGOSLAVENSKO KRIVIČNO PROCESNO PRAVO (1982), str. 111, Vasiljević, SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA (1981), str. 458, Krapac, Suvremeni prethodni krivični postopak (1989), str. 309–310, Zupančič, Legitimatō ad causam (1987), str. 191.

<sup>15</sup> Pretvarjanje, da predkazenski postopek sploh ni del kazenskega postopka, je morda najbolj vidno v sistemskem, najzajetnejšem pregledu kazenskega procesa na območju bivše SFRJ – Vasiljevićevem Sistemu krivičnog procesnog prava. Od skupnih 762 strani jih je predkazenskemu postopku namenjenih le 12 (!). Vasiljević, SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA (1981), str. 458–468, 478–479.

<sup>16</sup> Prvi odstavek 140. člena ZKP/67 je tako rekoč dobesedna predhodnica današnjega prvega odstavka 148. člena. Fišer opozarja na prvo točko drugega odstavka 44. člena ZKP/67, po kateri je bilo državno tožilstvo pristojno, »...da ukrene, kar je potrebno v zvezi z odkrivanjem kaznivih dejanj in izsleditvijo storilcev...«. To določbo bi lahko razumeli tudi tako, da je državno tožilstvo pooblašeno za odkrivanje storilcev kaznivih dejanj, vendar pa se je že tedaj teoriji takšna razlaga zdela sporna. Glej Fišer, Predkazenski postopek (2006), str. 66.

<sup>17</sup> Po posebej določenih pravilih postopanja, ki so praviloma v obliki zapisnika.

<sup>18</sup> Izjema so bila posamezna preiskovalna dejanja, ki so jih lahko ONZ po 143. členu samoiniciativno opravljali po pravilih kazenskega postopka v določenih nujnih primerih – hišna in osebna preiskava, ogled, odreditev izvedenstva in odvzem predmetov. Ker so bila ta dejanja opravljena formalno, so tudi imela dokazno vrednost pred sodiščem. Kobe je zato ugotavljal, da je naša ureditev (iz leta 1977) »teoretično vzeto najbolj dosledno izpeljana koncepcija o kazenskem postopku kot vseskozi sodnem kazenskem postopku«, hkrati pa, da to načelo v pravni ureditvi ni sinhronizirano, ker »imajo organi za notranje zadeve tudi pooblastila za samostojno izvajanje določenih preiskovalnih dejanj oziroma celo prisilnih posegov v pravice občanov«. Glej Kobe, Preiskovalni sodnik (1985), str. 28.

obdolženčevega položaja.<sup>19, 20</sup> V tedanjem kontekstu je namreč ta rez pomenil izločitev ONZ iz sodnega postopka in s tem zmanjšanje njihovega vpliva na končni izid postopka ter poudarjanje pomena sodnega dela postopka.<sup>21</sup> Od trenutka, ko je kazenski postopek postal *sodni* postopek, policija v njem ni več imela pristojnosti ali pa so bile te strogo podrejene nadzoru sodišča. Ideja je bila dosledna, vendar pa to še ni bilo dovolj za zagotovitev sodnosti postopka. Preprečiti je bilo treba še, da bi rezultati neformalnega postopanja res prišli kot dokaz pred sodišče; še posebej veliko je samoiniciativnih formalnih dejanj, ki jih opravlja policija. Zato so snovalci zakona naredili še tretji miselni premik. Če so namreč res hoteli delovanje ONZ popolnoma ločiti od delovanja sodišča, so morali zarezati še eno ločnico med ti dve vrsti dokaznega materiala. Tedanji prvi odstavek 83. člena ZKP/67 je zato določal, da mora preiskovalni sodnik *izločiti* iz spisa nedovoljene zapisnike o izpovedbi obdolženca, priče ali izvedenca, takoj ko ugotovi, da gre za take izpovedbe. Tako je tezo o ločenosti dokončno udejavnjala v evropskem prostoru edinstvena rešitev, da (3) se je moral dokazni material, ki ga je dobila policija od obdolženca in drugih udeležencev predkazenskega postopka na neformalen način, izločiti iz sodnega kazenskega spisa. Rešitev je bila gotovo idejno zanimiva in oblikovana z namenom, da dokazni material, ki ga je zbrala policija, ne bi imel vpliva na dokončno odločitev v zadevi.

Četrta posledica teze o ločenosti pa je imela negativen učinek na položaj osumljenca: (4) ker je koncept postopka izhajal iz teze, da se pravi kazenski postopek začne šele s sodno preiskavo, je zakon tudi določal, da osumljencu pravice pripadajo šele ob uvedbi tega dela postopka. Z drugimi besedami: ravno zato, ker so ONZ delovali neformalno v predsodnem postopku, zakon ni predvideval dolžnosti, da ONZ osumljenca seznanijo s pravicami. Drugi odstavek 140. člena ZKP/67 je na primer izrecno določal, da se osebe ne smejo zasliševati kot obdolženci, kar je pomenilo, da tudi niso bile seznanjene s svojimi pravicami. Pretvarjali so se torej, da oseba v predkazenskem postopku še ni v (sodnem) kazenskem postopku, še nima statusa obdolženca in je zato tudi ne obravnavamo kot obdolženca. To je, kot rečeno, pomenilo, da take osebe še niso seznanili z njenimi pravicami. Drugo ponazoritev te trditve lahko najdemo v prvem odstavku 66. člena ZKP/67, ki je določal, da sme obdolženec imeti zagovornika

<sup>19</sup> Kobe je že leta 1968 opozarjal na problem delitve kazenskega postopka na predhodni in sodni postopek in trdil, da takšna delitev lahko pomeni prikrivanje vprašanja o pravi naravi predkazenskega postopka. Kobe, KAZENSKO PROCESNO PRAVO (1983).

<sup>20</sup> Glej Bayer, Osnovne karakteristike (1967), str. 346–384.

<sup>21</sup> »[...] ONZ izključeni iz neposrednega sodelovanja pri izvajanju kazenskega postopka. S tem so odpravljeni vsi ugovori, ki se jih naslavlja na vodenje kazenskega postopka s strani policije, in je s tem naš kazenski postopek dobil značaj čisto sodnega postopka.« Prav tam.

ves čas, ko teče postopek.<sup>22</sup> Ker je bil kazenski postopek razumljen kot zgolj sodni postopek, je veljalo, da je imel posameznik pravico do zagovornika šele od takrat, ko je zoper njega začela teči preiskava.

Iz vseh teh razlogov, predvsem dokaznih, se je upravičeno postavljalo vprašanje, zakaj potemtakem sploh imamo predkazenski postopek, če naj ta na sodni postopek ne bi imel nikakršnega vpliva.<sup>23</sup> Odgovor je v tem, da je bila kljub vsemu ta ločitev v svojih posledicah predvsem navidezna.<sup>24</sup> Tudi v času, ko je še veljala teza o ločenosti, so se pojavljale kritike tega gledanja, ki so poudarjale, da je ta ločenost samo fiktivna in da se postopek *dejansko* začne že *pred* prvim dejanjem sodišča.<sup>25</sup> Zupančič recimo *de facto* začetek postopka postavlja v trenutek osredotočenosti preiskovanja,<sup>26</sup> do katerega pride praviloma v predkazenskem postopku. Vseskozi zagovarja trditev, da se »kazenski postopek *de facto* začne tisti trenutek, ko med posameznikom in državo zaradi suma storitve kaznivega dejanja nastane osredotočenost in pravno izkristalizirano *nasprotje interesov*«. <sup>27</sup> Kot odgovor na vprašanje, kdaj v resnici nastane nasprotje interesov med osumljenim in državo, se torej odloči za točko osredotočenosti poizvedb na enega

<sup>22</sup> To dikcijo je še danes najti v ZKP (recimo 6. člen ZKP). Gre za nasledek teze o ločenosti in hkrati znak, da naš postopek nikoli ni bil konceptualno prenovljen. Tako jo lahko najdemo recimo v sedanjem prvem odstavku 67. člena, ki določa natančno isto kot zakon iz leta 1967 v prvem odstavku 66. člena. Če bi to določbo brali dobesedno, bi to pomenilo, da oseba, zoper katero teče predkazenski postopek, nima pravice do zagovornika. Do tega sklepa bi lahko prišli iz vsaj dveh razlogov. Prvič, ker beseda obdolženec ne zajema osumljenca (144. člen ZKP), in drugič, ker besedna zveza »kazenski postopek« ne zajema predkazenskega postopka. Tako je zakon sam s sabo v nasprotju. Res pa je, da ima osumljenec pravico do zagovornika v predkazenskem postopku šele od točke osredotočenosti naprej in ne v celotnem predkazenskem postopku.

<sup>23</sup> Več o tem glej Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 131–148.

<sup>24</sup> Pri razpravljanju o začetku kazenskega postopka je treba upoštevati tudi subjektivni element: kdaj osumljenec *doživlja*, da je v kazenskem postopku. Glej Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 126–127.

<sup>25</sup> Tudi Damaška opozarja, da je na začetek kazenskega postopka mogoče gledati na dva načina; eno je kriminalistično in drugo formalno oziroma pravno gledanje. V nadaljevanju ugotavlja, da zakonodajalci pri določanju točke začetka pogosto pokažejo precej »kapricioznosti in nezanesljivosti«. Pri tem ne pojasni izrecno, v čem se to izraža – sklepamo pa lahko, da misli na prikrivanje prave točke začetka kazenskega procesa v pravnem smislu. Damaška, Napomene o početku krivičnega postopka (1969), str. 22–24. Tudi Zobec opozarja, da je tako razumevanje začetka postopka lahko problematično, kar argumentira predvsem z omejitvami pravic obdolženca. Pravi, da je gornja definicija začetne točke postopka »razmeroma pozna«, saj je lahko predkazenski postopek »na moč podoben preiskavi«, ki že privede do določenega razmerja med procesnimi subjekti. Zobec, Komentar komentar je, da so vsa ta dejanja za obdolženca neprijetna in ga lahko vznemirijo. Izhaja torej iz subjektivne percepcije obdolženca kot kriterija za določitev točke začetka kazenskega postopka. Zobec, KOMENTAR ZAKONA (1985), s. v. čl. 20.

<sup>26</sup> Glej primer VS ZDA, *Spano v. New York* 360 U. S. 315 (1959).

<sup>27</sup> Zupančič, *Legitimatio ad causam* (1987), str. 191.

osumljenca.<sup>28</sup> Po njegovem mnenju sta takrat znana nasprotnika v sporu in se začne zbirati relevantni dokazni material. V to točko bi morali tudi umestiti začetek procesnopravne kontradiktornosti skupaj s poukom o pravicah.<sup>29</sup> Zupančič torej točko začetka kazenskega postopka umešča v trenutek, ko postane preiskava osredotočena, kar se prav gotovo zgodi v predkazenskem postopku in torej precej pred začetkom formalnega sodnega postopanja. Kot nazorno pravi: »Reči, da predsodni postopek še ni kazenski postopek samo zato, ker s strani sodišča ali tožilca podpisan papir še nima vložišnega pečata, se pravi zatiskati si oči pred dejstvom, da se prav v predsodnem postopku pred policijo vseh držav dogajajo za obdolženca odločilne stvari.«<sup>30</sup>

Za njegovo trditev lahko najdemo tudi druge dokaze. Res je, da so bile vse osumljenčeve izjave ravno zaradi teze o ločenosti pozneje iz spisa izločene, vendar pa se je preiskovalni sodnik, ki je to izločitev tudi izvedel, s temi izjavami vsebinsko seznanil. Na ta način je prišlo do t. i. psihološke okužbe.<sup>31</sup> Če se je namreč želel preiskovalni sodnik odločiti, ali mora določen zapisnik izločiti ali ne, se je moral seznaniti z njegovo vsebino.<sup>32</sup> Ko pa se enkrat seznanimo z vsebino, jo je nemogoče izbrisati iz spomina. Videnih in slišanih informacij ni mogoče izničiti.<sup>33</sup> Predkazenski postopek tako le ni bil čisto brez smisla in dokaznega pomena in torej je vplival na poznejši sodni postopek.<sup>34</sup>

Če povzamem: ONZ, *dominus litis* predkazenskega postopka, so torej v tej fazi imeli pravico delovati neformalno; neformalno so zbirali obvestila od oseb, neformalno so preiskovali in so na splošno morali ukreniti vse potrebno, da so prijeli storilca in odkrili dokazni material.<sup>35</sup> Šele po tej fazi pa naj bi se bil začel pravi sodni postopek, faza preiskave, ki jo je vodil preiskovalni sodnik. Od tedaj naprej je treba tudi frazo »kazenski postopek«, ki jo najdemo v številnih členih ZKP še danes, brati v tem kontekstu: zajema vse faze postopka od prvega dejanja

<sup>28</sup> Prav tam, str. 197–201.

<sup>29</sup> Prav tam, str. 201.

<sup>30</sup> Prav tam, str. 192.

<sup>31</sup> Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 264–267.

<sup>32</sup> Zato tudi Vasiljevič: »Ta material se lahko široko uporablja in pregleduje v teku preiskave. Zakon ne izključuje tega materiala iz postopka na splošno, temveč izključuje samo njegovo uporabo na glavni obravnavi, ko se sprejema odločitev.« Vasiljevič, KOMENTAR ZAKONA (1977), s. v. 83. člen.

<sup>33</sup> Glej na primer Pickel, Introducing jurors (1995), str. 407–424. Glej tudi bolj optimistično razumevanje vprašanja v Sklansky, Evidentiary Instructions (2013), str. 407–456.

<sup>34</sup> Kot pravi Zupančič: »Ko je izdana odločba o uvedbi preiskave, je večina pravnorelevantnih dejstev že prišla na dan.« Zupančič, Legitimatia ad causam (1987), str. 192.

<sup>35</sup> Prvi odstavek 140. člena ZKP/67.



sodišča naprej; to pa je navadno sklep o uvedbi preiskave.<sup>36</sup> Samó sodišče je lahko, glede na takratno razumevanje, izvajalo formalna dokazna dejanja in samo ta naj bi bila imela dokazno vrednost v postopku. Preprečiti je bilo treba edino, da to neformalno postopanje pride na sodišče. Zato je bil v fazi preiskave ta material izločen; kljub temu pa se je védenje o tem prek preiskovalnega sodnika preneslo v sodni kazenski postopek.

Kljub negativni posledici teze o ločenosti, da je bil namreč osumljenec seznanjen s svojimi pravicami šele ob uvedbi formalnega sodnega postopka, ne moremo zanikati pozitivnega prispevka, ki ga je taka odločitev imela na poti postopne demokratizacije postopka in na poti postavljanja vse večje enakosti med posameznikom in državo.<sup>37</sup> Prav na podlagi razumevanja teze o ločenosti predkazenskega in sodnega kazenskega postopka lahko razumemo nadaljnji razvoj slovenskega kazenskega postopka. S postopno demokratizacijo se je namreč dogajalo dvoje: prvič, očitno je postajalo priznavanje dejstva, da se kazenski postopek začne že v predkazenskem delu,<sup>38</sup> in drugič, vse manj je bilo formalnih samoiniciativnih dokaznih dejanj policije (brez odobritve sodišča). S tem pa so se seveda začeli silovito spreminjati tudi odnosi med organi, ki delujejo v kazenskem postopku. Na kratko pogledjmo ključne razvojne točke slovenskega kazenskega postopka.

## 2.2. ZKP 1994

Kot rečeno, prvi slovenski ZKP v zasnovo in idejne rešitve zadnjega jugoslovenskega ZKP ni prinesel večjih sistemskih sprememb. Še vedno je izhajal iz sicer neizrečene, vendar jasno izražene domneve, da se kazenski postopek začne kot

---

<sup>36</sup> Vprašanje, kaj pomeni fraza »kazenski postopek«, se sliši nekoliko bizarno, saj se zdi, da je najmanj, kar bi moralo biti jasno, če govorimo o kazenskem postopku, pojem kazenskega postopka samega. Pa vendar v praksi očitno ni tako, saj nekateri v svojem nerazumevanju pojma kazenski postopek celo kratijo pravice mladoletnih žrtev kaznivih dejanj. Glej Šugman Stubbs, *Pravica mladoletnega oškodovanca* (2014), str. 15–16.

<sup>37</sup> S tem je bila presežena pretežno invizitorna, policijska zasnova postopka, po kateri so policisti pridobivali večino materiala za sojenje.

<sup>38</sup> Tudi v času, ko je še veljala teza o ločenosti, je bilo mnogo kritikov, ki so poudarjali, da je ločenost samo fiktivna in da se postopek *de facto* začne že pred prvim dejanjem sodišča. »Reči, da pred sodni postopek še ni kazenski postopek samo zato, ker s strani sodišča ali tožilca podpisan papir še nima vložiščnega pečata, se pravi zatiskati si oči pred dejstvom, da se prav v pred sodnem postopku pred policijo vseh držav dogajajo za obdolženca odločilne stvari.« Zupančič, *Legitimatío ad causam* (1987), str. 192.

sodni kazenski postopek – torej s prvim dejanjem sodišča.<sup>39</sup> Tri omembe vredne spremembe so bile: (1) obvezen pouk osumljencu ob odvzemu prostosti,<sup>40</sup> (2) sistemska ureditev prikritih preiskovalnih ukrepov<sup>41</sup> in (3) uvedba mehanizmov odvracanja.<sup>42</sup>

V sistemskem pomenu je bila največja (in zelo dobrodošla) novost zakonsko določilo prvega odstavka četrtega člena, s katerim je bila določena obveznost policije, da osebi, ki ji je bila vzeta prostost, poda pouk o njenih pravicah.<sup>43</sup> Ta novost je bila pomembna ne samo zaradi izboljšanja osumljenčevega položaja, temveč je zaznamovala tudi premik v razumevanju začetne točke kazenskega postopka. Kot rečeno, je stara jugoslovanska zakonodaja pouk o pravicah osebi, zoper katero teče kazenski postopek, umestila šele v točko začetka preiskave. Sistemsko gledano je to po tem, ko je že pretekel celotni kazenski postopek; torej pozno v postopku. Zakon iz leta 1994 pa je točko pripada pouka umestil v dve različni situaciji: (1) ohranil je pouk ob zaslišanju obdolženca v preiskavi in (2) dodal obvezen pouk ob odvzemu prostosti. Ker prostost osumljencu policija praviloma odvzame še pred uvedbo sodne preiskave, je to pomenilo, (1) da je dobil osumljenec pravico do pouka že pred začetkom sodnega kazenskega postopka, in s tem (2) *tacite* priznanje, da se kazenski postopek začne že pred uvedbo sodne preiskave. Po tedanji ureditvi so namreč obdolžencu pripadle pravice že od trenutka, ko so mu vzeli prostost, in ne šele od takrat, ko je po starem pojmovanju »začel teči kazenski postopek«; torej od sodne preiskave naprej. Tako se je počasi, a zanesljivo začela rušiti teza ločenosti in z njo razumevanje kazenskega postopka kot zgolj sodnega postopka.

### 3. Kratek pregled novel Zakona o kazenskem postopku od leta 1994

Kot je bilo rečeno, je bil ZKP do trenutka, ko to pišem, trinajstkrat noveliran, vendar vse novele v sistemskem smislu niso bile pomembne. Brez dvoma lahko

<sup>39</sup> V rednem kazenskem postopku je to recimo sklep o uvedbi preiskave. Več o razpravah glede točke začetka kazenskega postopka glej v Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 122–128.

<sup>40</sup> 4. člen ZKP.

<sup>41</sup> Takrat so bili imenovani prikrite operativne metode in sredstva (POMS) – 150.–155. člena ZKP/94.

<sup>42</sup> Zakon je prvič uvedel institut pogojno odloženega pregona (162. člen ZKP/94) in omejeno oportuniteto pri kaznivih dejanjih z zagroženo kaznijo do 1 leta zapor in pri tistih, pri katerih je mogoče v skladu z materialnopravno zakonodajo kazen odpustiti (163. člen ZKP/94).

<sup>43</sup> Drugi odstavek istega člena je to izhodišče še dodatno potrjeval z izrecno določbo, da ima osumljenec pravico do zagovornika od odvzema prostosti naprej.

ugotovimo, da so bile najpomembnejše med njimi novele ZKP-A,<sup>44</sup> ZKP-E<sup>45</sup> in ZKP-K.<sup>46</sup> S stališča konkretnih rešitev so seveda pomembne tudi nekatere druge,<sup>47</sup> vendar pa nas v tem prispevku zanimajo zgolj sistemske spremembe, zato bomo analizirali samo tiste rešitve, ki so pomembno vplivale na naravo in idejne rešitve našega postopka.

### 3.1. Novela ZKP-A

Novela ZKP-A je uvedla novo ureditev prikritih preiskovalnih ukrepov, nov postopek odvracanja (poravnavanje) in novo ureditev osebnih omejevalnih ukrepov.<sup>48</sup> Ta novela je še posebej pomembna, ker je po intervenciji ustavnega sodišča končno prinesla ustavno skladno ureditev celotnega sistema prikritih preiskovalnih ukrepov in osebnih omejevalnih ukrepov.<sup>49</sup> Ustavno sodišče je namreč tako ureditev prikritih preiskovalnih ukrepov in osebnih omejevalnih ukrepov kot pripora (in podredno tudi drugih podobnih omejevalnih ukrepov) iz leta 1994 spoznalo za neskladno z ustavo. Tako so v svoji prelomni odločbi U-I-18/93<sup>50</sup> razveljavili velik del dotedanje zakonske ureditve priporne materije, ker je bila v nasprotju z načelom sorazmernosti, načelom zakonitosti (*lex certa*) in zahtevo po konkretizaciji sodne odločbe.<sup>51</sup> Z drugima dvema pomembnima odločbama (U-I-25/95 in U-I-158/95<sup>52</sup> ter pozneje U-I-272/98<sup>53</sup>) pa so razveljavili ureditev prikritih preiskovalnih ukrepov in osebnih omejevalnih ukrepov (tedaj imenovanih t. i. POMS), tako tistih, ki so bili urejeni v Zakonu o kazenskem postopku, kot tistih iz 11. in 19.a člena tedanjega Zakona o notranjih zadevah.<sup>54</sup> Spet so ugotovili kršitvi zahteve po konkretizirani zakonski ureditvi (*lex certa*) in načela sorazmernosti.

<sup>44</sup> Ur. l. RS, št. 72/98 z dne 23. 10. 1998.

<sup>45</sup> Ur. l. RS, št. 56/03 z dne 13. 6. 2003

<sup>46</sup> Ur. l. RS, št. 91/11 z dne 14. 11. 2011, veljati je začela 15. 5. 2012.

<sup>47</sup> Novela ZKP-F je recimo prinesla ureditev nekaterih novih prikritih preiskovalnih ukrepov, novela ZKP-J pa preiskavo vsebine elektronskih naprav in novo, z ustavo skladno ureditev ukrepa odvzema vozniškega dovoljenja. Vse te spremembe so bile nujne, saj gre v vseh primerih za intenzivne posege v človekove pravice.

<sup>48</sup> Skoraj popolnoma na novo je bilo urejeno poglavje, ki vsebuje ukrepe za zagotovitev obdolženčeve navzočnosti in odpravo ponovitvene nevarnosti.

<sup>49</sup> Fišer, Omejevalni ukrepi, str. 221–249.

<sup>50</sup> US U-I-18/93, z dne 11. 4. 1996.

<sup>51</sup> Več o tem glej Šugman, Kazenskoprocena doktrina (2003), str. 469–502.

<sup>52</sup> US U-I-25/95, z dne 17. 11. 1997, in U-I-158/95, z dne 2. 4. 1998.

<sup>53</sup> U-I-272/98, z dne 8. 5. 2003.

<sup>54</sup> Ur. l. SRS, št. 28/80, 38/88, 27/89, in Ur. l. RS, št. 19/91, 4/92, 58/93 in 87/97.

### 3.2. *Novela ZKP-E*

Druga sistemsko pomembna novela ZKP-E<sup>55</sup> je uveljavila popolnoma nov režim pridobivanja izjav od osumljenca, kaznovalni nalog in rešitve, po katerih državni tožilec še bolj postaja *dominus litis* predkazenskega postopka. Do te novele je pri nas glede pridobivanja izjav od osumljenca veljal naslednji režim: (1) policija je smela v predkazenskem postopku pridobivati izjave od osumljenca samo neformalno (t. i. informativni razgovor), kar je pomenilo, (2) da osumljenec ni bil seznanjen ne s svojim statusom (da je osumljenec) in ne s svojimi pravicami (tretji odstavek 148. člena ZKP/94); (3) izjave osumljenca iz predkazenskega postopka niso imele dokazne vrednosti in (4) jih je moral preiskovalni sodnik izločiti iz spisa, enako pa je veljalo za dokaze, ki so bili izvedeni na podlagi takega dokaza. V resnici so pogosto ostajale v spisih še do konca postopka,<sup>56</sup> vemo pa, da se je sodeči sodnik z njimi seznanjal tudi na drugačne načine.<sup>57</sup>

Odločilen vpliv na spremembo režima pridobivanja izjav od domnevnega storilca je imelo Ustavno sodišče, saj je v odmevni odločbi U-I-92/06-27<sup>58</sup> ugotovilo, da je ZKP v neskladju z ustavo, ker ne določa učinkovitega načina, da se sodnik, ki odloča v glavni stvari, ne bi seznanil z obvestili, pridobljenimi v predkazenskem postopku (tretji odstavek 148. člena ZKP in tretji odstavek 83. člena ZKP).<sup>59</sup> Šlo je seveda za obvestila, ki jih je v neformalnem postopku med informativnim razgovorom osumljenec podal policiji, ne da bi bil obveščen o svojem statusu in pravicah. Ustavno sodišče je tako pritrdilo tistim, ki s(m)o že desetletja opozarjali ne samo na to, da prihaja do t. i. psihološke okužbe, temveč tudi na to, da je smisel izločitve dokazov v tem, da se sodeče sodišče z njimi ne seznanjajo.<sup>60, 61</sup> Poudarim naj, da je bil namen US v zvezi s to odločbo izrazito garantističen, saj iz celotnega duha odločbe vejeta želja po izboljšanju položaja osumljenca in kritika tedanje ureditve, ki tega ni omogočala.

<sup>55</sup> Veljati je začela 13. julija 2004.

<sup>56</sup> Kotnik, *Pogledi in razmišljanja* (2005), str. 273.

<sup>57</sup> Recimo takrat, ko je kot član zunajobrnovanega senata odločal o priporu, še preden je postal sodeči sodnik v zadevi.

<sup>58</sup> US U-I-92/06, z dne 31. 3. 2002.

<sup>59</sup> Pritožnik je v tem primeru zatrjeval neskladnost zakonske ureditve s 23. členom URS, ki ureja pravico do nepristranskega sodišča in neskladnost s četrto alinejo 29. člena URS – privilegijem zoper samoobtožbo.

<sup>60</sup> Več o kritiki naše ureditve izločitve dokazov glej Šugman, *DOKAZNE PREPOVEDI* (2000), str. 264–276.

<sup>61</sup> Za podroben komentar te odločbe glej Šugman, *Kazenskoprocesna doktrina* (2003), str. 492–498.

Na podlagi odločbe US se je naš zakonodajalec po dobrih 35 letih odločil, da preide na povsem drug način pridobivanja izjav od osumljenca;<sup>62</sup> policija je namreč ponovno dobila pooblastilo, da dokazno polnovredno zaslišuje osumljenca kaznivega dejanja. Takoj ko »policija pri zbiranju obvestil ugotovi, da za določeno osebo obstajajo razlogi za sum, da je storila ali sodelovala pri storitvi kaznivega dejanja«, jo mora seznaniti z njenimi pravicami.<sup>63</sup> Od pouka naprej je nadaljevanje postopanja odvisno od osumljenčeve izbire, ali bo zahteval zagovornikovo pomoč in njegovo navzočnost pri zaslišanju ali ne. Če osumljenec zahteva navzočnost zagovornika, potem lahko policija izvede formalno dejanje zaslišanja (po 227. členu ZKP), če pa ne, potem zakon določa, da policija o osumljenčevi izjavi sestavi zgolj posebne vrste uradni zaznamek (šesti odstavek 148. člena ZKP), ki nima narave dokaza, ampak je nekakšen »poldokaz«.<sup>64</sup> Taka rešitev je sporna in je bila deležna kritik. Če dokazna pravila dopuščajo obstoj dokaznega materiala, s katerim se sodnik sicer lahko seznanj, ne more pa nanj opreti sodne odločbe, gre za nesprejemljivo rešitev, ki krši načelo kontradiktornosti in pravico do učinkovite obrambe, posredno pa tudi načelo neposrednosti. Najbolj ironično pa je, da je takšna zakonodajna rešitev tudi v nasprotju z odločbo US, ki je bila povod za zakonodajno spremembo, saj v svojih posledicah ni garantistična.<sup>65</sup>

### 3.3. *Novela ZKP-K*

Novela ZKP-K je gotovo najbolj radikalno posegla v zasnovo našega postopka in jo upravičeno lahko imenujemo prelomno. Uvedla je novi rešitvi, ki sta naš postopek pomaknili globoko v adversarno smer: možnost sporazumevanja o krivdi in predobravnavni narok. S tem pa je spremenila temeljno, po svoji naravi

<sup>62</sup> Novela ZKP-E, Ur. l. RS, št. 56/03.

<sup>63</sup> V skladu s četrtnim odstavkom 148. člena mora osumljencu povedati, katerega dejanja je osumljen in kaj je podlaga za sum, opozoriti ga mora na pravico do molka in – ključno – na pravico do zagovornika, ki je lahko navzoč pri njegovem zaslišanju. Opozoriti ga mora tudi na to, da se bo lahko vse, kar bo izpovedal, na sojenju uporabilo zoper njega. S tako dikcijo se je naš zakonodajalec najbolj približal izvornemu besedilu ameriških pravil *Miranda*, ki izvirajo iz primera ameriškega Vrhovnega sodišča *Miranda v. Arizona* 384 U. S. 436 (1966). Besedila, ki ga lahko zasledimo v zadnjem odstavku, da bo namreč vse, kar bo osumljenec izjavil, na sodišču lahko uporabljeno zoper njega, do zdaj namreč še nismo poznali v zakonodajni različici.

<sup>64</sup> Glej Erbežnik, *Nekaj pogledov* (2003), str. I-VII, in celostno kritiko celotnega režima pridobivanja izjav v Šugman, *Režim pridobivanja izjav* (2006), str. 287–306.

<sup>65</sup> Glej Fišerjevo analizo tega vprašanja, kjer izrecno pravi: »Tega, kar so pripravili avtorji novele, nikakor ni mogoče nasloniti na odločitev Ustavnega sodišča, ne na citirano [U-I-92/96, op. avtorice], ne na katero drugo.« Fišer, *Nekateri ustavnopravni problemi* (2003), str. 87–101.

»mešano« ali celo inkvizitorno rešitev našega postopka, da je moralo sodišče pred to novelo kljub obdolženčevemu priznanju zbirati še druge dokaze in voditi kazenski postopek v celoti.<sup>66</sup>

Prva velika novost, prenesena iz adversarnih sistemov, je rešitev, da lahko obdolženec sam razpolaga z nekaterimi svojimi procesnimi jamstvi;<sup>67</sup> predvsem pa se lahko v primeru priznanja tem jamstvom odpove. Spor se, značilno adversarno, razreši s pogajanjem med tožilcem in obdolžencem oz. njegovim zagovornikom. Izhodišče slovenskega zakonodajalca pri naši različici pogajanj o krivdi je bilo, da se o pogojih, pod katerimi bi bil obdolženec pripravljen priznati krivdo, res pogajata stranki,<sup>68</sup> vendar pa sodišče ohrani močno vlogo sodne kontrole nad dogovorjenim sporazumom.<sup>69</sup> Za naše razpravljanje je še posebej zanimiva dolžnost sodišča, da preveri, ali je priznanje podprto z drugimi dokazi v spisu, saj je iz te določbe jasno, da sodišče še vedno veže dolžnost, da v zadevi dožene materialno resnico (prvi odstavek 17. člena ZKP). V tem sklepu nas utrjuje tudi določba drugega odstavka 450.b člena ZKP, da predmet sporazuma ne sme biti pravna opredelitev kaznivega dejanja – oziroma z drugimi besedami – pravna kvalifikacija. Trdimo lahko, da naš zakonodajalec kljub uvedbi morda najbolj značilnega instituta adversarnega postopka – pogajanj o krivdi – ni želel odstopiti od modela mešanega kazenskega postopka, zasnovanega na trdem temelju iskanja materialne resnice.<sup>70</sup>

#### 4. Analiza spremembe vlog različnih organov postopka

Gotovo se je v zadnjih dvajsetih letih med obstoječimi fazami postopka najbolj spremenila zasnova predhodnega postopka.<sup>71</sup> Ta v vseh sistemih temelji na prefinjenem ravnovesju moči treh organov: policije, tožilstva in sodišča (kadar

<sup>66</sup> Tedanji 232. člen ZKP.

<sup>67</sup> Glej Gorkič, PROCESNA DEJANJA OBDOŽENCA (2009), str. 95–171.

<sup>68</sup> Pri tem je pri pogajanjih obvezna navzočnost zagovornika (450.a člen ZKP).

<sup>69</sup> Tako mora sodišče preveriti (prvi odstavek 285.c člena ZKP), ali je obtoženec 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.

<sup>70</sup> Žal v praksi prihaja do hudih odstopov od zakonske ureditve. Več o tem v Šugman Stubbs, Anomalije (2015), str. I–VII.

<sup>71</sup> Lahko bi trdili, da v sistemski zasnovi glavne obravnave in pravnih sredstev ni spremenilo prav veliko. Seveda je prihajalo do manjših sprememb (npr. odprava izrednega pravnega sredstva izredna omilitev kazni, uvedbo instituta napovedi pritožbe, možnosti snemanja glavnih obravnav ipd.), vendar pa bi težko trdili, da so bile te spremembe sistemske narave. Glede problemov glavne obravnave glej Mozetič, GLAVNA OBRAVNAVA (2010).

to deluje v predhodnem postopku). Zato si najprej oglejmo spremembe vlog teh treh ključnih organov predhodnega postopka.

#### 4.1. Sprememba vloge preiskovalnega sodnika

Še do leta 1994 je bil preiskovalni sodnik predvsem preiskovalni organ, torej idejni dedič instituta inkvizitorja iz inkvizitornega postopka.<sup>72</sup> To je pomenilo, da je združeval vse štiri procesne vloge: bil je tako preiskovalec kot tožilec, obramba in sodnik. Preiskovalec je bil (in je) predvsem, kadar je samoiniciativno izvajal preiskovalna dejanja; to je bila tudi njegova temeljna naloga.<sup>73</sup> Vlogo pregona je igral takrat, kadar je po uradni dolžnosti predlagal in izvedel dokaz, ki je bil v korist teze obtožbe, obrambno funkcijo pa je izvajal, ko je enako ravnal v korist obrambe. Do vsega tega je imel (in ima), glede na pooblastilo instruktorske maksime iz prvega odstavka 17. člena ZKP, tudi vso pravico.<sup>74</sup> Prav v združitvi teh treh vlog se tudi kaže njegova inkvizitorna narava. Seveda pa je imel deloma tudi sodno funkcijo, saj je kot sodni organ deloval v primerih, ko je reagiral na vlogo tožilca.<sup>75</sup>

Skratka, po idejni zasnovi prvega slovenskega ZKP je bil preiskovalni sodnik v prvi vrsti aktiven preiskovalec, odgovoren za izid preiskave.<sup>76</sup> Poleg vsega je imela tudi sama preiskava malo kontradiktornih elementov in neizrečena predpostavka je bila, da preiskovalni sodnik tožilcu pomaga preiskovati. To se je izražalo tudi v zelo nizkem deležu zadev, v katerih je preiskovalni sodnik zavrnil zahtevo za preiskavo. Še več: pogosto je samoiniciativno odredil pripor ali odredil hišno preiskavo. Deloval je torej kot sodno podaljšana roka funkcije preiskovanja.

<sup>72</sup> Bayer, KAZNENO PROCESNO PRAVO (1995).

<sup>73</sup> Tako se še dandanes prvi odstavek 215. člena ZKP bere, kot da lahko hišno preiskavo odredi preiskovalni sodnik po uradni dolžnosti. Dikcija zakona ni naključna: včasih je seveda preiskovalni sodnik v resnici odredil preiskavo po uradni dolžnosti v funkciji pravega preiskovalca. Nerazumljivo je, da zakonodajalec ni nikoli čutil potrebe, da prenove celotno ureditev hišne in osebne preiskave, je pa na srečo tukaj pozitivno vlogo (čeprav pozno!) vsaj glede enega elementa odigrala sodna praksa. Glej načelno pravno mnenje VS RS VS 040824, z dne 6. 4. 2012, s katerim je VS RS določilo, da se morata tako hišna kot osebna preiskava opraviti na podlagi zahteve upravičenega tožilca. Glede kritike ureditve hišne preiskave glej Šugman, Posegi v osebno celovitost (2006), str. 208–209.

<sup>74</sup> Nadalje je ta pravica še specificirana v prvem odstavku 184. člena: »Preiskovalni sodnik konča preiskavo, ko spozna, da je stanje stvari v preiskavi zadosti razjasnjeno.«

<sup>75</sup> Primer je že sama uvedba preiskave, ko je (in to počne še danes) odločal o tem, ali je zahteva za preiskavo utemeljena (169. člena ZKP).

<sup>76</sup> Glej npr. Kobe, Preiskovalni sodnik (1985), str. 17–37.

Lahko trdimo, da se je njegova vloga v zadnjih dveh desetletjih vse bolj spreminjala v garantno smer.<sup>77</sup> Na načelni ravni bi lahko trdili, da je ta proces dober, saj do tedaj nismo imeli sodne instance, ki bi v predkazenskem postopku ali v fazi preiskave opravljala čisto sodno, torej garantno funkcijo.<sup>78</sup> Spreminjal se je predvsem *način* odrejanja ukrepov, ki posegajo v ustavne pravice. Tako se danes na primer pripor oziroma prikriti preiskovalni ukrepi<sup>79</sup> odrejajo samo na predlog državnega tožilca, preiskovalni sodnik pa presoja o pogojih, ki morajo biti podani za odreditev teh posegov v zasebnost. Pri tem sta tako tožilec kot preiskovalni sodnik natančno vezana na pogoje, ki jih za odrejanje določa zakon. V primeru pripora je narok tudi (predhodno) kontradiktoren in tako ima tudi obdolženec pravico predstaviti svoje argumente. Tak način odločanja potiska preiskovalnega sodnika v sodno vlogo, saj mora odločiti o sporu med dvema strankama.<sup>80</sup> Tako lahko, upoštevajoč *način* odrejanja omejevalnih ukrepov in preiskovalnih dejanj<sup>81</sup> in *vlogo* preiskovalnega sodnika v tem procesu, ugotovimo, da v tem segmentu ni več preiskovalec. Njegovo delovanje ni več »uradovanje državnega organa«, ampak igra pravo sodno vlogo.<sup>82</sup> Zato dobivata tudi preiskava in celo predkazenski postopek, kadar se v njem odrejajo navedeni ukrepi, kontradiktorno naravo.

Res pa je, da je s spremembo vloge preiskovalnega sodnika prišlo tudi do negativnih učinkov: preiskovalni sodniki imajo danes namreč vse bolj nejasno identiteto. V izhodiščni točki so bili predvsem preiskovalci, z leti pa se je krepila njihova sodna vloga, ki bi, glede na zakonsko ureditev, danes morala prevladovati. Garantna (sodna) in preiskovalna funkcija pa sta si v popolnem nasprotju.<sup>83</sup> Če še enkrat ponovim že znano dejstvo: kdor preiskuje, ne more hkrati opravljati objektivne in nepristranske sodne presoje, potrebne na primer za odločanje o uvedbi posegov v osebno integriteto.<sup>84</sup> Naravno je, da želi preiskovalec (z)vedeti, in nerazumno je od njega pričakovati, da se bo pri tem samoomejeval.

<sup>77</sup> Šugman Stubbs, *The Concept of the Phase of Investigation* (2014), str. 87–96.

<sup>78</sup> To vlogo ima v adversarnih postopkih sodnik, ki deluje v predhodnem postopku. V ameriškem pravu je to t. i. *magistrate*. Gre za predstavnika čiste sodne funkcije, ki ne opravlja funkcije preiskovanja. Bolj podrobno v zvezi s tem glej Gorkič, *Vloga sodnika varuha* (2003), str. 467–513.

<sup>79</sup> V zadnjih letih pa enako velja tudi za hišno in osebno preiskavo.

<sup>80</sup> Ta trenutek pustimo ob strani mentaliteto organa: ta je seveda še vedno lahko pretežno preiskovalna oz. tožilska ali pa ne.

<sup>81</sup> Le da je tam pretežno uveljavljena t. i. naknadna kontradiktornost.

<sup>82</sup> Fišer, *Posebne operativne metode in sredstva* (1997), str. 24–28.

<sup>83</sup> Ne nazadnje o tem priča tudi njun izvor; garantna funkcija magistrata je značilna za adversarne postopke, medtem ko je preiskovalna funkcija podedovana od inkvirenta v inkvizitornem postopku.

<sup>84</sup> Vogler recimo govori o dveh kontradiktornih vlogah preiskovalnega sodnika. Vogler, *Reform Trends in Criminal Justice* (2005), str. 633.



Tako prihaja v funkciji preiskovalnega sodnika do globokega in nepremostljivega notranjega razkola.

Zaradi vseh navedenih sprememb se je v prej razmeroma čisti teoretski shemi iz leta 1967 zgodil še en premik: sodno delovanje preiskovalnega sodnika se prenaša vse bolj globoko nazaj v predkazenski postopek.<sup>85</sup> Ta premik pomeni odstop od sheme, ki jo je po ZKP iz leta 1967 povzel ZKP/94, in sicer, da v predkazenskem postopku deluje predvsem policija (takrat ONZ) in da se kazenski postopek začne šele kot sodni kazenski postopek, torej s prvim dejanjem sodišča.<sup>86</sup> Preiskovalni sodnik vse bolj nastopa kot garant že zgodaj v predkazenskem postopku. To je razumljivo, saj se je, kot rečeno, spremenil model odločanja o preiskovalnih dejanjih: namesto *ex officio* preiskovanja policije (včasih tudi preiskovalnega sodnika), zdaj v ta model vstopa preiskovalni sodnik v vlogi varuha pravic.

Spremenjena vloga preiskovalnega sodnika vodi tudi v spremembo vlog drugih organov (predvsem) v predkazenskem postopku. Takšna sprememba pa pri-  
nese tudi drugačno ravnotežje teh odnosov med organi v predhodnem postopku in fazi preiskave<sup>87</sup> in s tem seveda sistemske spremembe.

#### 4.2. Sprememba vloge državnega tožilca

Od vseh vlog v kazenskem postopku se je v zadnjih dvajsetih letih v našem postopku brez dvoma najbolj spremenila vloga državnega tožilca.<sup>88</sup> Iz pretežno pasivnega državnega organa<sup>89</sup> se tako rekoč z vsako novelo bolj spreminja v aktivnega usmerjevalca postopka, ki hkrati bolj prevzema strankarsko naravo.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> Značilen primer takega delovanja je na primer odrejanje prikritih preiskovalnih ukrepov.

<sup>86</sup> Tako na primer Zobec trdi, da se kazenski postopek, če ga pojmuje kot sodni postopek, začne z odločbo sodišča; v rednem postopku torej z izdajo sklepa o preiskavi. Zobec, KOMENTAR ZAKONA (1985), čl. 20.

<sup>87</sup> Gorkič, Nova ravnotežja med organi kazenskega pregona (2012), str. 1343–1350.

<sup>88</sup> O sistemski umeščenosti tega organa v strukturo oblasti in (morebitni) povezavi med organizacijo tožilstva in modelom kazenskega postopka glej Fišer, Ustavnopравни položaj državnega tožilstva (2002), str. 1293–1307.

<sup>89</sup> Fišer navaja, da je zgradba postopka iz leta 1967 pasivizirala tožilstvo predvsem v fazi predkazenskega postopka in ga zaprla v »slonokoščeni stolp udobnega kabinetnega uradovanja«. Fišer, Predkazenski postopek (2006), str. 66.

<sup>90</sup> V zvezi z vlogo državnega tožilca in njegove sistemske umeščenosti se je večkrat v zgodovini Republike Slovenije bil tako politični kot strokovni boj. Glej na primer dopisovanje: Penko, Kazensko pravo v Republiki Sloveniji (1997), str. 10–11, Bobič, Kazensko pravo v RS (1997), str. 42–43, Fišer, Teze za novi slovenski kazenski postopnik (1997), str. 10–11, in Fišer, Zakaj državno tožilstvo (2012), str. 3.

Po stari jugoslovanski ureditvi je imel tožilec pri odločanju o pregonu razmeroma malo možnosti, skorajda pa ni imel možnosti vplivati na odkrivanje kriminalitete ali na nadziranje in vodenje predkazenskega postopka. Njegova naloga je bila predvsem v tem, da je strokovno odgovorno zastopal funkcijo pregona pred sodiščem. Ko se je enkrat odločil, da zadevo prepusti v odločanje sodišču (izjema je bila odločitev o odstopu od pregona, ki nas na tem mestu ne zanima), je bilo njegovo delo odločanja o zadevi izčrpano. Bližali smo se skorajda čisti legalitetni ureditvi,<sup>91</sup> po kateri je bila njegova vloga predvsem v tem, da je ocenil, ali ovadba izpolnjuje v zakonu določene pogoje. Če jih je, je moral obtožnico, sestavljeno na podlagi take ovadbe, braniti do konca. Ko se je odločil, da preganja, pa je vse nadaljnje bolj raznoliko odločanje predal v roke sodišča. V primerjavi s sedanjim stanjem je bil pri tem postavljen v razmeroma pasiven položaj, saj ni imel možnosti vplivanja na vodenje politike kazenskega pregona.<sup>92</sup>

S spremembami procesne zakonodaje, ki so uvedle selekcijske mehanizme<sup>93</sup> (možnost pogojne odložitve pregona po 162. členu ZKP/94 in poravnave po 161.a členu ZKP/98, deloma pa tudi v primeru opuščanja pregona po 163. členu ZKP/94), se je vloga tožilca močno spremenila.<sup>94</sup> Ob načelno še vedno veljavnem načelu legalitete je tožilec dobil možnosti, s katerimi je lahko preusmeril tek postopka. Tako ni več odločal samo o obstoju določenih predpostavk, temveč je bila takšna odločitev šele izhodišče za bolj pomembno, *vsebinsko* odločitev, ali bo preganjal in sprožil postopek pred sodiščem ali pa bo poskušal zadevo razrešiti, preden se vanjo vmeša sodna veja oblasti. Njegova odločitev pa je bila, vsaj v primeru, da se je postopek odvracanja uspešno končal, tudi dokončna. Lahko bi rekli, da je tožilec v tem segmentu dobil v roke pravico, da meritorno odloča o zadevi; deloma je torej začel prevzemati sodno funkcijo.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> Strožje legalitetno načelo bi pojmovno obstajalo samo še v sistemih, kjer tožilec med tekom kazenskega postopka ne more več odstopiti od pregona. Razen prve iniciative za sprožitev pregona je takšno odločanje v celoti prepuščeno sodišču.

<sup>92</sup> Edina alternativa, ki jo je tožilec imel v vsebinskem smislu, je bila odločitev, ali gre morebiti za dejanje neznatne družbene nevarnosti po tedanjem drugem odstavku 8. člena KZ.

<sup>93</sup> Fišer, Ustavnopravni položaj državnega tožilstva (2002), str. 1293–1307.

<sup>94</sup> Prvi zametki, v katerih lahko zaznamo spremembo položaja državnega tožilstva, se kažejo že v tožilski zakonodaji iz leta 1994 (Fišer, Predkazenski postopek (2006), str. 67), znanilec sprememb njihove vloge v kazenskem postopku pa je leta 2001 uvedena zahteva, da je policija dolžna na zahtevo državnega tožilca po zbiranju dodatnih obvestil v predkazenskem postopku reagirati v določenem roku (148. in 149. člen ZKP). Zaznamo lahko idejo, da bi bil državni tožilec *dominus litis* predkazenskega postopka.

<sup>95</sup> Kadar namreč odloča o tem, da bo uporabil pogojno odložitev pregona ali poravnavo (deloma pa tudi v primeru 163. člena), pravzaprav presodi, da je oseba, ki jo ima pred seboj res storilec kaznivega dejanja. Hkrati tudi presodi, da je kazensko odgovorna in da obstajajo dokazi – vsaj na ravni verjetnosti utemeljenega suma –, ki potrjujejo krivdo.

S tem ko ima državni tožilec pravico odločati o vsebini pregona, ima namreč v rokah tudi ključ do vrat kazenskega pregona; postaja to, čemur Američani pravijo »gate keeper of justice«. S tem ko je odrešen zavezujočega bremena legalitetnega načela, je postal krojilec pripada kazenskih zadev sodiščem in hkrati tudi ustvarjalec kriminalitetne politike v bagatelnih zadevah. Pri odločanju tožilstva torej ne gre več samo za vprašanje, ali uporabiti eno od oblik odvratanja pregona in katero, ampak zajame tudi s tem povezano vprašanje, koliko zadev bo pripustilo na sodišče. Prve spremembe glede vloge tožilstva so bile torej na področju bagatelne kriminalitete, in to predvsem zaradi krnitev legalitete pregona. S temi spremembami je naš sistem pregona za blažja kazniva dejanja postal mešani sistem (*système mi-opportuniste mi-légaliste*).<sup>96</sup>

Drugo polje sprememb, pri katerih lahko zaznavamo spremenjeno vlogo državnega tožilstva, je bilo postopno pridobivanje pooblastil za uvedbo preiskovalnih dejanj in omejevalnih ukrepov. Ta trend se je začel z močno povečano vlogo državnega tožilca pri uvedbi pripora in nadaljeval z njegovo aktivno vlogo pri uvedbi bolj invazivnih preiskovalnih dejanj. Vse več je namreč preiskovalnih dejanj, pri katerih mora podati predlog za njihovo izvedbo državni tožilec.<sup>97</sup> To *a contrario* pomeni, da teh ukrepov ne more odrediti po uradni dolžnosti preiskovalni sodnik in da njihove izvedbe ne more (več) predlagati policija.

Ta sprememba nam kaže ne samo na sistemski odmik od inkvizitornega modela kazenskega postopka,<sup>98</sup> temveč tudi na aktivno vlogo tožilca, ki v polni meri prevzema odgovornost za sprožitev in vodenje kazenskega pregona. S tem pa se tudi v zgodnejše faze postopka uvaja načelo akuzatornosti: brez iniciative državnega tožilca se ta preiskovalna dejanja ali omejevalni ukrepi ne morejo začeti. Že same te rešitve prispevajo k povečani adversarnosti (predvsem predhodnega) postopka, hkrati pa pomembno spreminjajo sistemsko vlogo državnega tožilstva – kot rečeno, to postaja vse bolj odgovorno za pregon in pri tem hkrati tudi vse bolj aktivno.

Hkrati pa je in mora biti tožilec čedalje bolj aktiven tudi v predkazenskem postopku. Odkar je policija leta 2001 podpisala sporazum z državnim tožilstvom, po katerem je državno tožilstvo dobilo jasno napisano pravico, da nadzoruje in

<sup>96</sup> Glej Fišer, Pogojna odložitve (1997), str. 471–508.

<sup>97</sup> Pri tem očitno izstopa ureditev prikritih preiskovalnih ukrepov, katerih uvedbo lahko skorajda izključno zahteva tožilec (npr. 152., 156. člen ZKP).

<sup>98</sup> V skladu s tem modelom je imel inkvirent (predhodnik preiskovalnega sodnika) v rokah vse funkcije kazenskega postopka in je bil odgovoren za raziskovanje zadeve.

usmerja potek predkazenskega postopka,<sup>99</sup> in odkar je takšno spremembo uvedel še ZKP,<sup>100</sup> je jasno, da je pravi *dominus litis* predkazenskega postopka državni tožilec. On je tisti, ki mora biti obveščen o vseh kazenskih zadevah, v nadaljevanju pa sme kazensko preiskovanje usmerjati z navodili, mnenji in predlogi, o vseh pomembnejših zadevah in postopkih pa mora biti obveščeni. Takšna ureditev je dokončno utrdila razmerja med policijo in državnim tožilstvom v predkazenskem postopku in na čelo tega postopanja postavila državnega tožilca.

Tretjo prelomno spremembo je v tožilsko delo prinesla novela ZKP-K, ki je uvedla pogajanja o priznanju krivde in predobravnavni narok. S tema dvema spremembama, predvsem z uvedbo pogajanj o priznanju krivde, je tožilstvo postavljeno v povsem nov položaj. Z uvedbo pogajanj o priznanju krivde tožilec aktivno prevzema vlogo procesne stranke v kazenskem postopku, postaja avtonomni akter postopka in hkrati stopi še korak proti večji aktivnosti. Časi, ko je samo presojal pogoje za vložitev obtožnice, se zdijo zelo daleč.

V Sloveniji se je leta 2014, torej komaj dobro leto po uvedbi novele ZKP-K, že več kot tretjina zadev končala z eno od oblik priznanja krivde. Res je, da je zadev, pri katerih se postopek konča s pogajanjem o priznanju krivde, zelo malo, veliko pa je tistih, pri katerih pride do priznanja krivde na predobravnavnem naroku.<sup>101</sup> Vedeti pa moramo, da je tudi večina teh priznanj podanih na podlagi t. i. neformalnih pogajanj s tožilci v kotu razpravne dvorane ali na hodniku.<sup>102</sup> Jasno je, da so tožilci hitro in z odprtimi rokami sprejeli svojo novo aktivno vlogo: postajajo pomembni, če ne celo ključni akterji zaključevanja kazenskih zadev.

Naš zakonodajalec je še vedno ohranil idejo, da državni tožilec deluje kot državni organ, saj ohranja načelo iskanja materialne resnice (17. člen ZKP), ki velja tudi za državnega tožilca. Ali z drugimi besedami: naš tožilec kljub uved-

<sup>99</sup> Strokovno navodilo o sodelovanju policije in državnega tožilstva pri odkrivanju in pregonu storilcev kaznivih dejanj, podpisano 10. 12. 2001.

<sup>100</sup> 160.a člen ZKP, sledila pa je še Uredba o sodelovanju državnega tožilstva, policije in drugih pristojnih državnih organov in institucij pri odkrivanju in pregonu storilcev kaznivih dejanj ter delovanju specializiranih in skupnih preiskovalnih skupin (Ur. l. RS, št. 83/10).

<sup>101</sup> Tako se je z eno od obeh oblik priznanja krivde v letu 2013 končala približno tretjina zadev, od tega samo 1 odstotek celotnega števila zadev s sporazumom o priznanjem krivde oz. samo 5 odstotkov od vseh zadev, ki se končajo s priznanjem krivde. Podatki so povzeti iz Skupnega poročila o delu državnih tožilstev za leto 2013, dostopno na <http://www.dt-rs.si/uploads/documents/letno%20porocilo/porocilo-2013.pdf>. Leta 2014 se je ta delež še povečal.

<sup>102</sup> Sama sem do teh pogajanj, ki so v praksi imenovana neformalna, zelo kritična, ker so v nasprotju z zakonom in idejo enakosti orožja, saj obdolžencu pri teh pogajanjih ne pomaga zagovornik. Tako nihče ne more nadzorovati, kaj se dogaja po hodnikih pred razpravnimi dvoranami, in nihče ne ve, kaj tožilec obljublja ali s čim grozi obdolžencu, da ta prizna. Več o tem glej Šugman Stubbs, *Anomalije* (2015), str. I-VII.

bi pogajanj po naravi še vedno nima vloge adversarnega tožilca iz teoretskega modela čistega adversarnega postopka,<sup>103</sup> saj mora še vedno skrbeti za iskanje resnice (tudi kadar se pogaja).<sup>104</sup>

### 4.3. Sprememba vloge policije

Če zakon iz leta 1967 razumemo kot politični poskus, da se ravnanje ONZ izrine v predkazenski postopek in da njihovo delovanje izgubi (bistveni) vpliv na nadaljnje sodno postopanje,<sup>105</sup> lahko nadaljnjo etapo razvoja, prvi slovenski ZKP/94, razumemo kot nadaljevanje tega trenda. Policija je bila zasnovana predvsem kot organ odkrivanja kriminalitete in je pri tem lahko opravljala neformalna dejanja. Še vedno je veljalo osnovno pravilo, da policija ni smela pridobivati formalnih personalnih dokazov.<sup>106</sup> Hkrati pa lahko kljub temu ugotovimo, da je bil položaj policije v predkazenskem postopku avtonomen, saj formalno ni bila podrejena državnemu tožilstvu.<sup>107</sup> Razmerje med državnim tožilstvom in policijo naj bi bilo torej bolj ali manj enosmerno: zadeve naj bi pritekale v skladu z načelom legalitete od ONZ do tožilstva (in ne v nasprotni smeri). Idejna zasnova organa je bila v tem, da naj bi bil »prva bojna linija« odkrivanja kriminalitete in zbiranja dokaznega gradiva.<sup>108</sup> Takšna zasnova je zmanjšala pomen funkcije državnega tožilca, čeprav je bil temeljni namen teze o ločenosti izključitev ONZ iz zbiranja polnovrednega dokaznega materiala. Pooblastila ONZ pri preiskovanju so bila kljub vsemu široka in so imela pomemben vpliv na končni izid zadeve, hkrati pa se je sam organ krepi tudi v drugih pogledih.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> Takšna poenostavitev oz. redukcija adversarnega tožilca zgolj na vlogo stranke je seveda nekoliko poenostavljena in je namenjena razumevanju teoretskega modela adversarnega kazenskega postopka. V realnosti, kot pravi Alschuler, je ameriški tožilec, ko deluje v procesu *plea bargaining*, tako uradnik kot tudi odvetnik, sodnik in zakonodajalec. Alschuler, *The Prosecutor's role* (1968), str. 52–53.

<sup>104</sup> Kot pravi Jörg o sistemu, v katerem tožilec vodi preiskavo: »Ni preiskovalnega sodnika, ki bi iskal 'resnico', in, kljub naši uradni retoriki o nepristranskosti in pregonu, se konkretne pravne dolžnosti policije in tožilcev ne raztezajo na iskanje razbremenilnih dokazov.« Brants, *Are Adversarial and Inquisitorial Systems Converging* (1995), str. 48.

<sup>105</sup> Celó če bi bilo kaj takega sploh mogoče!

<sup>106</sup> V obliki dikcije tedanjega drugega odstavka 140. člena ZKP/67 ali današnjega tretjega odstavka 148. člena ZKP.

<sup>107</sup> Fišer, *Predkazenski postopek* (2006), str. 61.

<sup>108</sup> Uvedena je bila »mehka« možnost, da državno tožilstvo vendarle lahko vpliva na delo ONZ, kadar samo zve za sum storitve določenega kaznivega dejanja ali kadar zahteva dodatne informacije. Prav tam, str. 62.

<sup>109</sup> Fišer navaja številčno superiornost, boljšo organiziranost in opremljenost ipd., kar naj bi vodilo v privilegiranost tega organa. Fišer, *Predkazenski postopek* (2006), str. 63.

Ključno spremembo v razmerju med policijo in tožilstvom je pomenil podpis Stokovnega navodila o sodelovanju policije in državnega tožilstva (2001), po katerem je, kot je razloženo zgoraj, državno tožilstvo dobilo pravico, da nadzoruje in usmerja potek predkazenskega postopka.<sup>110</sup> Od tedaj je sistemska podrejenost policije državnemu tožilstvu neizpodbitna; pozneje pa jo je postuliral še ZKP. Lahko trdimo, da je od tedaj razmerje med tema organoma jasno postavljeno tako, da je tožilstvo *dominus litis* predkazenskega postopka. Tok zadev pa je dvosmeren: dotok zadev je usmerjen od policije k tožilstvu, hkrati pa tožilstvo na policijo naslovi navodila, mnenja in predloge o vseh pomembnejših zadevah.

Po eni strani se je torej moč policije v predkazenskem postopku zmanjševala: danes je ta organ podrejen državnemu tožilstvu. Kljub temu pa so se nekatere njene funkcije v določeni meri okrepile. To se kaže predvsem v dveh trendih: (1) številne nove možnosti, da policija opravlja formalna procesna dejanja, (2) rešitve, ki delovanju policije dajejo dokazno vrednost. Za ilustracijo prvega trenda lahko nedvomno navedemo uvedbo številnih preiskovalnih dejanj, ki jih policija opravlja samostojno: na primer prikriti preiskovalni ukrepi. Tako ta dejanja kot leta 2003 uvedena možnost, da policija pod določenimi pogoji (formalno) zaslišuje obdolženca,<sup>111</sup> pa ponazorijo drugi trend; da imajo namreč policijska dejanja (predvsem osebni dokazi, kar je novost) polno dokazno vrednost. Obe težnji med drugim tudi ilustrirata rušenje teze o ločenosti predkazenskega in sodnega kazenskega postopka tako glede organa, ki določen del postopka vodi, kot glede delitve na formalna in neformalna dejanja in njihove dokazne vrednosti. Od teze o ločenosti je torej ostalo bore malo.

#### 4.4. Sprememba strukture postopka

##### *Postopno odpravljanje preiskave*<sup>112</sup>

V zadnjih dvajsetih letih tako v Evropi kot tudi pri nas lahko opazimo trend odpravljanja faze preiskave.<sup>113</sup> Ne samo, da je bil ta cilj večkrat izrecno naveden

<sup>110</sup> Stokovno navodilo o sodelovanju policije in državnega tožilstva pri odkrivanju in pregonu storilcev kaznivih dejanj, podpisano 10. 12. 2001.

<sup>111</sup> Šugman, Režim pridobivanja izjav (2006), str. 287–306.

<sup>112</sup> O podrobnem opisu trenda glej Šugman Stubbs, The Concept of the Phase of Investigation (2014), str. 87–96.

<sup>113</sup> Nemčija na primer je odpravila institut preiskovalnega sodnika v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja. Dubber, American Plea Bargains (1997), str. 547–605. Italija pa ga je odpravila, ko je uvedla svojo veliko reformo kazenskega postopka in ga transformirala v skorajda popolnoma adversarni postopek na koncu osemdesetih let prejšnjega stoletja. Li, Adversary System Experiment in Continental Europe (2008), str. 13–21.

v nekaterih slovenskih političnih dokumentih, temveč je ta težnja razvidna tudi iz razvoja našega kazenskega postopka.<sup>114</sup> Najprej je bila zvišana meja zagrožene kazni za vložitev neposredne obtožnice s pet let na osem let zapora (ZKP-E).<sup>115</sup> To pomeni, da je bila precej razširjena možnost vložitve neposredne obtožnice brez preiskave; v mnogo večjem številu zadev se je torej tožilcu omogočilo, da iz predkazenskega postopka preskoči neposredno v fazo obtoževanja.

Očitna znaka, da preiskava izgublja pomen, sta tudi sprememba narave preiskovalnega sodnika in krepitev njegove garantne vloge, opisana zgoraj. Logično je, da se ob krepitevi sodnikove varovalne vloge izgublja njegova preiskovalna vloga in s tem tudi funkcija preiskave kot *preiskovalne* faze kazenskega postopka. Eden od znakov, ki nam govorijo o »samoodpravi« preiskave, je tudi povečevanje števila preiskovalnih dejanj, ki jih preiskovalni sodnik ne sme več odrediti po uradni dolžnosti.<sup>116</sup> Številčnost in pogostost odreditve teh ukrepov nam kažeta, da večina preiskovanja danes poteka na pobudo tožilca. Pri tem mora preiskovalni sodnik v maniri pravega sodnega delovanja *omejevati* (morebitno) pretirano preiskovalno zagnanost tožilca; to pa je *ravno nasprotno* njegovi izvorni preiskovalni vlogi. Prav tako drži, da se takšni ukrepi pogosto izvajajo *že pred* uvedbo faze preiskave, kar prav tako zmanjšuje njen pomen. V tem smislu ni nobenega posebnega razloga, da faza preiskave obstaja.<sup>117</sup>

Drugi znak pa je uvajanje vse večjega števila novih preiskovalnih dejanj, ki so bila že od začetka urejena tako, da je preiskovalni sodnik v njih igral varovalno vlogo. Ta trend se povezuje z vse večjim prodorom tehnologije v kazenske postopke.<sup>118</sup> Tehnologija postaja nov akter kazenskega postopka, saj naj bi govorila sama zase, objektivno in s pridihom neizpodbitne in nepristranske dokazne vrednosti, kar prav tako zmanjšuje vlogo (človeka) preiskovalca. Morda navzven najvidnejši znak postopnega odpravljanja preiskave pa je brez dvoma uvedba predobravnavnega naroka.

### *Uvedba predobravnavnega naroka*

Uvedba predobravnavnega naroka je velika sistemska sprememba, ki po vzoru adversarnih postopkov prinaša v našo klasično kontinentalno zgradbo po-

<sup>114</sup> Gorkič, Nova ravnotežja med organi kazenskega postopka (2012), str. 1343-1350.

<sup>115</sup> Kobe je recimo še leta 1975 svaril pred pretirano uporabo neposredne obtožnice, in to v času, ko je bila še razmeroma redko v uporabi. Kobe, Vloga javnega tožilstva (1975), str. 219.

<sup>116</sup> Kot rečeno, sta morda najbolj značilni takšni dejanji hišna in osebna preiskava.

<sup>117</sup> To pa ne pomeni, da ne obstajajo drugi razlogi, ki upravičujejo obstoj preiskave, na primer izvajanje dokazov v korist obrambe.

<sup>118</sup> Glej recimo Kovačič *et al.*, KRIMINALITETA IN TEHNOLOGIJA (2010), ali Savona, CRIME AND TECHNOLOGY (2004).

stopka novo fazo, ki jo v teoriji imenujemo vmesna faza.<sup>119</sup> Današnja različica vmesne faze v obliki predobravnavnega naroka poteka po vložitvi obtožnice in njenem preizkusu. Po sedanji ureditvi je predobravnavni narok prva točka postopka, v kateri se vzpostavi klasični kazenskopravni trikotnik glavnih procesnih subjektov, ko se torej srečajo sodišče in obe stranki. Gre za kontradiktorno organiziran narok, ki mora potekati v navzočnosti obeh strank.

Glavni cilj uvedbe predobravnavnega naroka je želja po skrajšanju in poenostavitvi postopka. To je prva točka, v kateri bo (praviloma) lahko prišlo do izjasnitve o odnosu obdolženca do predmeta obtožbe. Eden od ključnih smislov uvedbe predobravnavnega naroka je bila torej ideja, da je treba še pred glavno obravnavo omogočiti, da se postopek hitro konča, in sicer tako, da obdolženec prizna krivdo. Če obdolženec krivde ne prizna, pa ima predobravnavni narok predvsem namen začetja pravnega in dejanskega obsega spora v obliki organizacije dokaznega gradiva za glavno obravnavo. Tako mora recimo najpozneje v tej točki priti do razkritja dokazov,<sup>120</sup> stranki morata (praviloma) predlagati dokaze, hkrati je to trenutek, ko naj bi se odprlo tudi vprašanje izločitve dokazov in razprava o morebitnih skrajšavah ali poenostavitvah teka glavne obravnave.

Uvedba predobravnavnega naroka pomeni veliko sistemsko spremembo. Gre za zakonodajalčev poskus aktivacije procesnih strank še pred glavno obravnavo, z namenom skrajšati in osredotočiti postopek. Do skrajšanja lahko pride bodisi zaradi tega, ker obdolženec prizna krivdo, bodisi zato, ker so sporna vprašanja že pred glavno obravnavo začetna. V vsakem primeru pa je to korak k avtonomnemu in aktivnemu delovanju strank, ki naj ne bi čakale na uradovanje sodnih organov, temveč kazale iniciativo že v zgodnejših fazah postopka.

## 5. Sistemska analiza trendov

### 5.1. Premik v adversarno smer

Nobenega dvoma ne more biti o tem, da se je od začetkov leta 1994 slovenski kazenski postopek po zasnovi vse bolj premikal v adversarno smer.<sup>121</sup> Številne najpomembnejše nove rešitve so po svoji naravi adversarne. Takšna je gotovo

<sup>119</sup> Vmesna zato, ker je med predhodnim postopkom in glavno obravnavo oz. sojenjem. Glej Jelenič Novak, Auersperger Matić, Čibej, Gorkič, *Vmesna faza* (2006), str. 330–348.

<sup>120</sup> Do tega pride, če prej ni bilo faze preiskave.

<sup>121</sup> Slovenski kazenski postopek v tej težnji še zdaleč ni osamljen; v to smer se premikajo številni evropski, celo svetovni postopki. Vogler tako recimo govori o »premiku svetovnih razsežnosti k adversarnosti«. Vogler, *Reform Trends in Criminal Justice* (2005), str. 631.



uedba pouka Miranda v zgodnje faze postopka, takšna so pooblastila tožilcu, s katerimi lahko bolj učinkovito vpliva na potek kazenskega postopka (postopki odvracanja), in – ključno – takšna je možnost, da se kazenski postopek konča s priznanjem krivde.

V čem je adversarnost teh rešitev? Kako recimo pouk Miranda v zgodnejših fazah postopka prispeva k adversarnosti? Če hočemo odgovoriti na to vprašanje, moramo najprej razumeti, da sta bistveni sestavini adversarnosti kontradiktornost in pasivna ambivalentnost sodnika.<sup>122</sup> Kot Zupančič prepričljivo utemeljuje, je kontradiktornost pristna samo, kadar je podana resnična enakost orožja partnerjev v sporu. »Če ima ena stranka možnost od druge stranke izsiliti [ta] pravno relevantna dejstva, tedaj ni mogoče govoriti o sporu, ker je enakost orožja prav v tem odločilnem trenutku odpravljena.«<sup>123</sup>

Jasno je, da je v celotnem kazenskem postopku oseba, zoper katero teče ta postopek, najbolj ranljiva v predkazenskem postopku, ko ima opravka z njo policija. Vemo, da do največjih zlorab postopka prihaja ravno v njegovih zgodnjih fazah, hkrati pa so skomine po pridobivanju izjav v tej fazi največje, saj velja, da ljudje iz različnih razlogov podajajo najbolj zanesljive izjave takoj po storjenem kaznivem dejanju.<sup>124</sup> Kaj nam pomaga brezhibno organiziran sodni kazenski postopek, če je ključni dokazni material pridobljen z uporabo prisile ali groženj v predkazenskem postopku!<sup>125</sup> Tak postopek je v celoti nepošten in nikakršna olepšava v obliki poznejšega pripada pravic mu ne more dati legitimnosti.

Dejstvo tudi je, da se vsi kazenski postopki na svetu osredotočajo (in so se tudi v zgodovini) na to, da bi od osumljenca pridobili priznanje.<sup>126</sup> Želja po razjasnitvi zadeve se tako osredotoči na osumljenca, ki, če je storilec, gotovo največ ve o kaznivem dejanju. V primerjavi z zbiranjem drugega dokaznega materiala je osumljenčevo priznanje tudi najbolj učinkovit, prepričljiv in ekonomičen dokaz,

<sup>122</sup> Ta hip za nas ideja pasivne ambivalentnosti ni pomembna, vendar je za celovito razumevanje problema nujno razumeti, da je vloga kontradiktornih elementov v kazenskem postopku tudi v tem, da vzdržujejo določeno raven pasivne ambivalentnosti sodnika. Kot pravi Zupančič: »Nepristranskost v pravu je torej produkt dveh zoperstavljenih pristranskosti.« Zupančič, KAZENSKO PROCESNO PRAVO (1991), str. 234, glej tudi Zupančič, Pravica zoper samoobtožbo (1988), str. 224.

<sup>123</sup> Zupančič, Pravica zoper samoobtožbo (1988), str. 232.

<sup>124</sup> Osumljenci še nimajo časa, da razmislijo o zase ugodnejših različicah »resnice«, nimajo časa, da svoje zgodbe uskladijo z drugimi, spomin na dogodek bledi, spominske vrzeli začnejo zapolnjevati s svojimi domnevmami in razlagami ipd. Glej tudi Maver, KRIMINALISTIKA (1997), str. 186–189.

<sup>125</sup> Kot pravi Zupančič, je dogajanje v sodni dvorani le šibek in zapoznel odmev na neko kritično predhodno dogajanje na policijski postaji, če so tam prišle na dan odločilne informacije o kazenski zadevi. Zupančič, Legitimatío ad causam (1987), str. 195.

<sup>126</sup> Langbein, Torture and Plea Bargaining (1978), str. 3–22.

pridobljen z najmanj napora.<sup>127</sup> Če osumljenec dejanje prizna, potem je takšen dokaz tako dokaznopravno kot psihološko tudi najbolj prepričljiv.<sup>128</sup> Na sodnika deluje pomirjevalno in ga utruje v njegovi odločitvi, saj je obsodilno sodbo mnogo lažje izreči ob podanem priznanju kot brez njega. Ob vsem povedanem najbrž ni težko videti, da primerna izjava ali celo priznanje osumljenca prinašata številne dokazne in psihološke prednosti. Tako način pridobivanja izjav od osumljenca v najbolj zgodnji fazi postopka kaže naravo kazenskega postopka kot celote in naravo družbe, ki takšno ravnanje vrednostno in pravno regulira.

Iz vseh teh razlogov mora biti točka, ko obdolžencu pripadejo njegove pravice (predvsem pravica do seznanitve s predmetom obtožbe, pravica do molka in pravica do zagovornika), postavljena v natančno določeno fazo postopka; tj. v točko osredotočenosti preiskave. To je točka, v kateri se preiskovanje prevesi iz splošnega poizvedovanja in preiskovanja v iskanje dokazov zoper določenega storilca.<sup>129</sup> Do tega trenutka pa vedno pride v predkazenskem postopku. Samo če osumljenca seznanimo s pravicami v tem trenutku, se lahko zagotovi vsaj približna enakost orožja, ki edina zagotavlja kontradiktornost in s tem pošten postopek.<sup>130</sup> V vseh drugih rešitvah je obdolženec objekt postopka, predmet preiskovanja in o kakšni enakosti orožja ne moremo govoriti, tako se takoj znajdemo v inkvizitornem postopku.

Adversarni sta tudi drugi dve že omenjeni rešitvi: aktiven tožilec, ki lahko vpliva na potek postopka, in priznanje krivde, ki privede do hitrega zaključka zadeve. Za akuzatorno razumevanje je namreč bolj pomembno, da se spor razreši, kot pa da je rešitev zasnovana na aktivnem iskanju materialne resnice s strani sodišča. Drug ključni dejavnik adversarnosti pa je enakost orožja, torej enakost pravnega položaja obdolženca na eni strani in tožilca na drugi.<sup>131</sup> Takšno gledanje se povezuje z manjšim vmešavanjem države v kazenski pregon in

<sup>127</sup> Glej Langbeinov zadnji argument v primerjavi med *plea bargaining* in uporabo mučenja – oba sta lagodna za državo; zahtevata najmanj napora. Prav tam.

<sup>128</sup> Za dokazno pravno prepričljivost glej Jagrov prispevek o spremembah, ki jih je uvedba pouka Miranda prinesla za učinkovitost kazenskih postopkov v ZDA. Jager, Miranda (2004), str. 181–200.

<sup>129</sup> Glej Zupančič, *Legitimation ad causam* (1987), str. 191.

<sup>130</sup> Pouk bi lahko osebi pripadel pojmovno tudi že pred točko osredotočenosti, vendar pa kaj takega ne bi bilo smiselno. To bi pomenilo, da bi o teh pravicah morali obvestiti tako rekoč vsakogar, zoper kogar bi obstajala minimalna verjetnost, da je storilec kaznivega dejanja. Tako bi prišlo do hipertrofije kontradiktornosti, kar bi lahko privedlo do onemogočanja delovanja policije. Prav tam, str. 197. Eden od razlogov je tudi pravica do vpogleda v spis, ki ne sme nastopiti prezgodaj v postopku.

<sup>131</sup> Damaška povezuje značilnosti akuzatornega sistema z reaktivno državo (v nasprotju z aktivistično) s postopkom, ki je usmerjen na reševanje konflikta (v nasprotju s postopkom, ki išče resnico), enakostjo obeh strani (aktivnostjo sodišča), močnim konceptom avtonomnosti (v

posledično pasivnim sodiščem, z večjim interesom za razrešitev spora kot pa za ugotovitev vsebinske resnice o stvari ter s prevlado procesnopravne logike nad materialnopravno.<sup>132</sup> Jasno je, kako v tak model padejo tako pogajanja o krivdi kot ideja predobravnavnega naroka: obdolženec je razumljen kot enakopraven, avtonomen sogovornik, ki lahko in celo mora prispevati k hitri rešitvi spora.<sup>133</sup> Sodišče je pri preverjanju sporazuma oz. priznanja na predobravnavnem naroku mnogo bolj pasivno kot prej in ugotavljanje, kaj se je v resnici zgodilo, počasi postaja sekundarnega pomena.

## 5.2. Premik točke začetka kazenskega postopka globlje v predkazenski postopek in rušenje teze o ločenosti predkazenskega in (sodnega) kazenskega postopka

Kot že rečeno, je naš kazenski postopek s številnimi spremembami počasi krhal tezo o ločenosti predkazenskega in sodnega kazenskega postopka. Prvič se je to zgodilo z uvedbo pouka o pravicah v trenutku odvzema prostosti osumljenca. ZKP v tem pogledu namreč »priznava«, da se preiskava osredotoči že pri prvem stiku policije z osumljencem. Z njegovimi pravicami ga je treba seznaniti že ob odvzemu prostosti (4. člen ZKP) in tudi v trenutku, ko zoper določeno osebo obstajajo razlogi za sum (četrti odstavek 148. člena ZKP). Tako zakon implicitno priznava, da pride že v trenutku osredotočenosti preiskave do spora med posameznikom in državo in da ima osumljenec v tej točki pravico do molka, pravico do seznanjenosti s predmetom obtožbe in pravico do zagovornika.<sup>134</sup> Logična posledica rešitve, ki začetek postopka prenaša v zgodnejšo fazo postopka, je na primer tudi dokaznopravna rešitev, ki osumljenčevim izjavam podaja dokazno vrednost. Če namreč priznavamo, da se kazenski postopek začne že v predkazenskem postopku in je osumljenec seznanjen s svojimi pravicami in jih

---

nasprotju z vrednostnim paternalizmom) ipd. Glej Damaška, *THE FACES OF JUSTICE* (1986), str. 97–109.

<sup>132</sup> »Pomembno je, da podtalna filozofija reaktivne vlade ustvarja ozračje, ki podpira procesno legitimacijo sodb. Kjer je cilj sojenja to, da se razrešuje spore in kjer naj sodnik ne bi vnašal neodvisnih politik ali vrednot, vztrajanje pri materialnopravni pravilnosti sodb izgubi svoj *raison d'être*. Če je odločitev sposobna vsrkati spor, potem odklon te sodbe od rezultata, ki ga zahteva materialno pravo povzroča le malo skrbi: konec koncev je bil procesni cilj dosežen pošteno.« Prav tam, str. 102.

<sup>133</sup> Kovačič, *Razmišljanja o teoretičnih izhodiščih* (2006), str. 47–51.

<sup>134</sup> Pojem, ki ga je uvedlo ameriško Vrhovno sodišče, s primeri *Escobedo v. Illinois*, 378 U. S. 478 (1964). Glej B. M. Zupančič *et al.*, *USTAVNO KAZENSKO PROCESNO PRAVO* (2000).

lahko udejanja, namreč ni nobenega razloga, da njegovi izjavi (pod določenimi pogoji) ne bi dali dokazne vrednosti.

Čeprav sta zasnova postopka (recimo dvofaznost predhodnega postopka) in terminologija ZKP še vedno utemeljeni na tezi o ločenosti,<sup>135</sup> je s spremembo točke, v kateri osumljencu pripadejo procesne pravice, jasno, da ZKP »tiho priznava«, da se spor med posameznikom in državo začne že mnogo pred tem, ko se začne formalni sodni postopek. Tako je presežen eden od temeljnih in najbolj problematičnih elementov teze o ločenosti, saj pridobi osumljenec pravico do pouka o svojih pravicah že v predkazenskem postopku, in ne šele v sodnem kazenskem postopku.

Preseganja teze o ločenosti lahko vidimo tudi v tem, (1) da ima preiskovalni sodnik že pred uvedbo preiskave garantno vlogo in se torej njegovo delovanje razteza v zgodnejšo fazo postopka in, po drugi strani, (2) da mnogo dokaznega materiala, ki ga zbere policija, najde pot do sodečega sodnika. To pomeni, da je tudi vse več preiskovalnih dejanj, ki imajo dokazno vrednost in jih opravlja policija. Tako lahko vidimo, da je odpravljen še en element teze o ločenosti policijskega predkazenskega in sodnega kazenskega postopka: formalna preiskovalna dejanja se izvajajo tako pred uvedbo faze preiskave kot po njej in tako tista dejanja iz predkazenskega postopka kot tista iz faze preiskave imajo lahko dokazno vrednost.<sup>136</sup> Vidimo lahko, da ločnica med predkazenskim postopkom oz. neformalnim delovanjem policije na eni strani in sodnim kazenskim postopkom oz. formalnim delovanjem preiskovalnega sodnika, ne zdrži več.

## 6. Sklep

Namen prispevka je bil prikazati sistemske spremembe našega kazenskega postopka od sprejetja prvega slovenskega postopkovnika leta 1994 do danes. Ker ta seveda ni vzniknil *ex nihilo*, smo morali poseči še korak nazaj v zgodovino, ko je nastajal idejni model, na katerem temelji tudi naš današnji kazenski postopek. Seveda je naš postopek doživel številne spremembe, ne nazadnje je bil že trinajstkrat noveliran, vendar pa ni mogoče zanikati dediščine v temelju mešanega tipa kazenskega postopka, ki jo nosimo s seboj še dandanes.

V prispevku, ki je že sicer obsežen, gotovo nisem zajela vseh podrobnosti. Tako so nekatere spremembe tudi pri organizaciji glavne obravnave in pravnih sredstvih, ki sem jih v tem prispevku zanemarila. Res pa je, da so bile glavne spremembe obeh omenjenih faz bolj posledica kot pa sadež načrtnega in zavestnega

<sup>135</sup> Glej opombo 22.

<sup>136</sup> Ta razlika dandanes obstaja samo še glede pričevanja prič in izvedencev.

spreminjanja. Nastopile so namreč predvsem zaradi uvedbe predobravnavnega naroka in instituta sporazumevanja o krivdi. Ravno z uvedbo teh dveh institutov se je ne samo silovito zmanjšalo število glavnih obravnav, ampak bi moralo biti dokazno osredotočenje izvedeno že na predobravnavnem naroku, stranki pa (praviloma) prekludirani, če dokazov na tem naroku ne bi bili predlagali. To je tisti ključni dejavnik, ki je (oziroma naj bi) najbolj vplival na fazo sojenja. Enako velja za ureditev pravnih sredstev: odpravo zahteve za izredno omilitev kazni bi težko imenovali revolucionarna novost. Največje spremembe te faze postopka so gotovo nastopile kot posledica omejitev vlaganja pravnih sredstev v primeru obdolženčevega priznanja na predobravnavnem naroku ali v postopku sporazumevanja o krivdi. Tako naša pritožba ni več popolno pravno sredstvo, saj se ji obdolženec v določenih segmentih odreče, ko poda pravno veljavno priznanje.

Kljub temu pa upam, da daje prispevek celovit pregled pomembnih sistemskih premikov v zadnjih dvajsetih letih. Trendi so očitni; med njimi v sistemskem smislu izstopa postopno rušenje teze o ločenosti predkazenskega in sodnega kazenskega postopka. Posledica te težnje pa sta postopno odpravljanje preiskave in preiskovalnega sodnika ter prehod na enofazni predhodni postopek. Predvsem pa je v našem sistemu uvedenih vse več adversarnih rešitev, ki vplivajo na vloge vseh udeležencev: najpomembnejši so selekcijski mehanizmi, predobravnavni narok in sporazum o priznanju krivde. Za konec lahko ugotovimo, da je naš postopek danes brez dvoma adversarno-mešanega tipa in da se v svojih novih rešitvah, kot skoraj vsi drugi evropski sistemi, skoraj dosledno zgleduje po sistemih *common law*. Vendar pa kot vodilno načelo ostaja instrukcijska maksima, ki narokuje tempo vsem drugim rešitvam, zato imajo tudi adversarne rešitve v našem sistemu povsem drugačen izid kot v sistemih, ki te osnovne premise ne pozna. Priznanje krivde na primer je ravno zaradi močne sodne kontrole (utemeljene na instrukcijski maksimi) zasnovano precej drugače kot v sistemih *common law*, od koder ta institut prihaja. Enako velja za vloge različnih organov.

Morda je najbolj pomembno razumeti, da pri procesnih rešitvah ni enoznačnih odgovorov o tem, kaj je dobro in kaj slabo. Tako tudi ni mogoče enoznačno in brez pridržka odgovoriti na vprašanje, ali je smiselno imeti postopek, utemeljen na instrukcijski maksimi, ali ne. Kot sem zapisala že drugje, je skrivnost predvsem v dobrem ravnotežju vseh gradnikov sistema. Številni zelo različni sistemi iz različnih razlogov delujejo dobro in seveda obratno.<sup>137</sup> Zato se na koncu

<sup>137</sup> Ključno vprašanje – njegova podrobna analiza presega namen tega prispevka – je seveda tudi kakovost vseh, ki delujejo v kazenskem postopku. Ta pa je posledica izobraževanja, ki ne bi smelo temeljiti samo na sposobnosti pomnjenja podatkov, ampak na privzganju kritičnega mišljenja, človeške širine in empatije ter pozneje strogih selekcijskih mehanizmov pri vstopu v sodniško ali tožilsko službo.

samo po sebi vsiljuje vprašanje: kam naprej? Je rešitev v nadaljnjem noveliranju ali morda v sistemskem razmisleku o novi idejni zasnovi. Zdi se, da je konkretne težave obstoječega kazenskega postopka mogoče reševati z novelami: deloma to tudi drži, če gre za lepote in manjše popravke. Vendar pa je kazenski postopek predvsem sistem. Ni si mogoče zamisliti parcialnih rešitev, ki ne bi vplivale na celoto. Vnaprej je treba razmisliti o ravnotežju vlog med organi posameznega dela postopka, vnaprej načrtovati dokaznopravne linije tako za osebne kot materialne dokaze, vnaprej postaviti mehanizme, ki bodo vzdrževali osnovno načelo: enakost orožja med obema strankama. Z delnimi spremembami tega ni mogoče narediti, kar je več kot očitno, če pogledamo današnjo strukturo postopka.

Kljub številnim – nekaterim tudi radikalnim – spremembam je temelj našega postopka brez dvoma in očitno še vedno tisti iz leta 1967, z vsemi svojimi pomanjkljivostmi vred. Nekatere sestavne faze so med seboj tudi izrazito disonantne: imamo recimo interes za skrajševanje postopkov, pa imamo še vedno mnogo preobsežne možnosti kasatornih pooblastil pritožbenih sodišč. Tako se ni mogoče ubraniti vtisu, da so bile spremembe ZKP do zdaj večinoma *reaktivne*, odziv na odločbe Ustavnega sodišča, ali pa *stihijske* kot rezultat implementacije evropske zakonodaje ali pač trenutnih muh zakonodajalca. Zelo malo pa je želje in idej o sistemski viziji sprememb, ki je pri tako občutljivem sistemu brez dvoma nujna. Zato sem prepričana, da je nastopil čas, da se ozremo ne samo po našem zakonu, temveč tudi realnih sposobnostih pravosodja, in si vzamemo čas za premislek o tem, kam gremo in kaj hočemo od našega kazenskega postopka.

**Literatura**

- Alschuler, Albert: The Prosecutor's role in the Plea Bargaining, v: *University of Chicago Law Review*, 36 (1968), str. 50–112.
- Bayer, Vladimir: Osnovne karakteristike novog uređenja krivičnog postupka prema noveli od godine 1967, v: *JRKK*, 5 (1967) 3, str. 346–384.
- Bayer, Vladimir: JUGOSLAVENSKO KRIVIČNO PROCESNO PRAVO, I. knjiga, Pravna fakulteta v Zagrebu, Zagreb 1982.
- Bayer, Vladimir: KAZNENO PROCESNO PRAVO: ODABRANA POGLAVLJA (POVJESNI RAZVOJ KAZNENOG PROCESNOG PRAVA), MUP, Zagreb 1995.
- Bobič, Marijan: Kazensko pravo v RS – razvoj po osamosvojitvi, v: *Pravna praksa*, 16 (1997) 3, str. 42–43.
- Brants, Chrisje; Field, Stewart; Jörg, Nico: Are Adversarial and Inquisitorial Systems Converging?, v: *CRIMINAL JUSTICE IN EUROPE: A COMPARATIVE STUDY* (ur. C. Harding), Clarendon Press, Oxford 1995, str. 41–56.
- Damaška, Mirjan: Napomene o početku krivičnog postupka i početku primjene krivične forme, v: *Zbornik PF u Zagrebu*, 19 (1969) 1, str. 21–36.
- Damaška, Mirjan: *THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY*, Yale University Press, New Haven 1986.
- Dubber, Markus D.: 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*, 22 (2003) 14, str. I–VII.
- Fišer, Zvonko: Teze za novi slovenski kazenski postopnik, v: *Pravna praksa*, 16 (1997) 5, str. 10–11.
- Fišer, Zvonko: Pogojni odložitev kazenskega pregona (162. člen ZKP), v: *Pravnik*, 52 (1997) 9–10, str. 471–508.
- Fišer, Zvonko: Posebne operativne metode in sredstva ter delitev procesnih funkcij v predhodnem postopku, v: *Pravna praksa*, 16 (1997) 17–18, str. 24–28.
- Fišer, Zvonko: Ustavnopравни položaj državnega tožilstva in spremembe kazenske procesne zakonodaje, v: *Podjetje in delo*, (2002) 6–7, str. 1293–1307.
- Fišer, Zvonko: Nekateri ustavnopravni problemi predkazenskega postopka, v: *Deveti dnevi javnega prava*, Inštitut za javno upravo, (2003), str. 87–101.
- Fišer, Zvonko: Predkazenski postopek, v: *IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA* (ur. K. Šugman), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2006, str. 57–148.
- Fišer, Zvonko: Omejevalni ukrepi, v: *IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA* (ur. K. Šugman), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2006, str. 221–257.
- Fišer, Zvonko: Zakaj državno tožilstvo ne bi smelo biti pod notranjim ministrstvom, v: *Pravna praksa*, 31 (2012) 3, str. 3.

- Glendon, Mary Ann; Gordon, Wallace Michael; Osakwe, Christopher: TEXTS, MATERIALS AND CASES ON THE CIVIL AND COMMON LAW TRADITIONS WITH SPECIAL REFERENCE TO FRENCH, GERMAN, ENGLISH AND EUROPEAN LAW, West Publishing, Minnesota 1994.
- Gorkič, Primož: Vloga sodnika varuha v kazenskih postopkih ZDA in Anglije, v: IZHODIŠČA ZA MODERNIZACIJO KAZENSKEGA POSTOPKA V SLOVENIJI (ur. K. Šugman), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2003, str. 467–513.
- Gorkič, Primož: PROCESNA DEJANJA OBDOLEŽENCA V KAZENSKEM POSTOPKU (doktorska disertacija), Pravna fakulteta, Ljubljana 2009.
- Gorkič, Primož, Nova ravnotežja med organi kazenskega postopka, v: Dnevi slovenskih pravnikov, Podjetje in delo, (2012), str. 1343–1350.
- Jager, Matjaž: Miranda – zadostna rešitev problema psihične prisile, v: Zbornik znanstvenih razprav, 64 (2004), str. 181–200.
- Jelenič Novak, Mitja; Auersperger Matić, Andrej; Čibej, Zarja; Gorkič, Primož: Vmesna faza in glavna obravnava, v: IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA (ur. K. Šugman), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2006, str. 259–372.
- Kobe, Peter: Vloga javnega tožilstva pri uvedbi kazenskega postopka, v: Pravniki, 30 (1975) 7-9, str. 211–222.
- Kobe, Peter: KAZENSKO PROCESNO PRAVO (IZBRANE TEME), Pravna fakulteta, Ljubljana 1983.
- Kobe, Peter: Preiskovalni sodnik, v: Pravniki, 40 (1985) 1-2, str. 17–37.
- Kotnik, Sonja: Pogledi in razmišljanja ob pregledu spisov okrajnih in okrožnih sodišč, v: POTEK KAZENSKIH POSTOPKOV V SLOVENIJI (ur. M. Bošnjak), GV Revije, Ljubljana 2005, str. 265–286.
- Kovačič, Blaž: Razmišljanja o teoretičnih izhodiščih novega modela slovenskega kazenskega postopka, v: IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA (ur. K. Šugman), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2006, str. 27–56.
- Kovačič, Matej; Modic, David; Rusjan, Marko; Selinšek, Liljana; Šavnik, Janko; Završnik, Aleš: KRIMINALITETA IN TEHNOLOGIJA: KAKO RAČUNALNIKI SPREMINJAJO NADZOR IN ZASEBNOST TER KRIMINALITETO IN KAZENSKI PREGON?, Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2010.
- Krapac, Davor: Suvremeni prethodni krivični postopak – nastanak i glavne značajke, v: Naša zakonitost, 43 (1989) 2-3, str. 287–332.
- Langbein, John H.: Torture and Plea Bargaining, v: University of Chicago Law Review, 3 (1978), str. 3–22.
- Li, Changsheng: Adversary System Experiment in Continental Europe: Several Lessons from the Italian Experience, v: Journal of Politics and Law, 1 (2008) 4, str. 13–21.
- Maver, Darko: KRIMINALISTIKA, Uradni list, Ljubljana 1997.



- Mozetič, Polona: GLAVNA OBRAVNAVA V KAZENSKEM POSTOPKU: DOKAZNOPRAVNI IN ORGANIZACIJSKI VIDIKI, GV Založba, Ljubljana 2010.
- Packer, Herbert, L.: Two Models of the Criminal Process, v: University of Pennsylvania Law Review, 113 (1964) 1, str. 1-68.
- Penko, Boštjan: Kazensko pravo v Republiki Sloveniji – razvoj po osamosvojitvi, trenutno stanje in načrti za prihodnost, v: Pravna praksa, 16 (1997) 2, str. 10-11.
- Pickel, Kerri L.: Introducing jurors to disregard inadmissible evidence: A Legal explanation does not help, v: Law and Human Behavior, 19 (1995) 4, str. 407-424.
- Sklansky, David A.: Evidentiary Instruction and the Jury as Other, v: Stanford Law Review, 65 (2013), str. 407-456.
- Tak, Peter T. J.: The Dutch Prosecutor: A Prosecution and Sentencing Officer, v: THE PROSECUTOR IN TRANSNATIONAL PERSPECTIVE (ur. E. Luna, M. Wade), Oxford University Press, Oxford 2012, str. 135-155.
- Savona, Ernesto Ugo (ur.): CRIME AND TECHNOLOGY: NEW FRONTIERS FOR REGULATION, LAW ENFORCEMENT AND RESEARCH, Springer, Dordrecht 2004.
- Šugman, Katja: DOKAZNE PREPOVEDI V KAZENSKEM POSTOPKU: MEJE (SAMO)OMEJEVANJA DRŽAVE, Bonex, Ljubljana 2000.
- Šugman, Katja: Kazenskoprocesna doktrina v luči odločb Ustavnega sodišča RS, v: Zbornik znanstvenih razprav, 63 (2003), str. 469-502.
- Šugman, Katja: Režim pridobivanja izjav od domnevnega storilca kaznivega dejanja, v: Zbornik znanstvenih razprav, 66 (2006), str. 287-306.
- Šugman, Katja: Posegi v osebnostno celovitost posameznika, v: IZHODIŠČA ZA NOV MODEL KAZENSKEGA POSTOPKA (ur. K. Šugman), Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 2006, str. 149-257.
- Šugman Stubbs, Katja: Pravica mladoletnega oškodovanca, da ga v kazenskem postopku spremlja oseba, ki ji zaupa, v: Pravna praksa, 33 (2014) 19, str. 15-16.
- Šugman Stubbs, Katja: The Concept of the Phase of Investigation in Slovenian Criminal Procedure Legislation, v: PROSECUTORIAL INVESTIGATION: REGIONAL CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION AND EXPERIENCES IN APPLICATION (ur. I. Jovanović, A. Petrović Jovanović), OSCE, Belgrade 2014, str. 87-96.
- Šugman Stubbs, Katja: Anomalije pri uporabi instituta pogajanj o priznanju krivde v slovenskem kazenskem postopku, v: Pravna praksa, 34 (2015) 3-4, str. I-VIII.
- Tak, Peter Johan Paul: The Dutch Prosecutor: A Prosecution and Sentencing Officer, v: THE PROSECUTOR IN TRANSNATIONAL PERSPECTIVE (ur. E. Luna, M. Wade), Oxford University Press, Oxford 2012, str. 135-155.
- Vasiljević, Tihomir: KOMENTAR ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU, Službeni list, Beograd 1977.

- Vasiljević, Tihomir: *SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 1981.
- Vogler, Richard: *Reform Trends in Criminal Justice: Spain, France and England & Wels*, v: *Washington University Global Studies Law Review*, 4 (2005), str. 631–637.
- Volkman-Schluck, Thomas: *Continental European Criminal Procedures: True or Illusive Model?*, v: *American Journal of Criminal Law*, 9 (1981), str. 1–32.
- Zobec, Živko: *KOMENTAR ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU S SODNO PRAKSO, ČGP Delo*, Ljubljana 1985.
- Zupančič, Boštjan M.: *Prispevek k teoriji kontradiktornosti*, v: *Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani*, 44 (1984), str. 159–184.
- Zupančič, Boštjan M.: *Odnos med procesnim in materialnim (kazenskim) pravom*, v: *Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani*, 46 (1986), str. 179–211.
- Zupančič, Boštjan M.: *Legitimatia ad causam: Primerjava med kazenskim in pravnim postopkom*, v: *Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani*, 47 (1987), str. 191–218.
- Zupančič, Boštjan M.: *Pravica zoper samoobtožbo*, v: *Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani*, 48 (1988), str. 221–237.
- Zupančič, Boštjan M.: *KAZENSKO PROCESNO PRAVO: ODLOČBE IN RAZPRAVE*, Uradni list, Ljubljana 1991.

## Structural Changes in Slovenian Criminal Procedure over the Last 20 Years

### Summary

The first Slovenian Criminal Procedure Code (CPC) was adopted in 1993 and has been amended 13 times since then. Its structural basis differs little from the last Yugoslavian CPC of 1977, since from 1994 the Slovenian CPC has kept all the essential elements of the old federal code; which was itself based on the last coherent Yugoslavian criminal procedure model enacted in 1967. This model was based on the traditional continental European mixed model of criminal procedure, the major characteristics of which are: (1) a principle of searching for the (material) truth with the judge playing an active part of a truth-finder with the authority to produce evidence; (2) a pre-trial phase of the procedure organized in two sub-phases (preliminary procedure and phase of investigation), and (3) an ancillary understanding of the role of criminal procedure.

Understanding the developmental trends of Slovenian criminal procedure calls for special attention to the organization of the pre-trial phase of procedure since this is the phase that has undergone most changes. The criminal procedure code from 1967 and the first Slovenian CPC stemming from this model were both based on the so-called 'thesis of separation' by which the police-run preliminary procedure was separated from the judicial criminal procedure. This thesis had numerous consequences for the structure of procedure and the functioning of different actors in a given procedure. Police activities were restricted to the first phase of the procedure, known as the pre-trial procedure. Consequently, the notion was formed that real criminal procedure is constituted only of a subsequent phase directed by the judiciary.

On the basis of this thesis four crucial propositions were formed to describe the separation of those two phases: (1) the difference between the preliminary phase and the investigation phase was based firstly on the body responsible for executing or directing the given phase: police was the *dominus litis* of the preliminary phase while an investigating judge directed the phase of investigation. By this, the police collect evidence in a supposedly informal way (since their conduct was not bound to a strict form), while the judge gathers evidence in a more formal manner, thereby creating the second difference (2) by which the material collected by the police was prohibited from being produced as evidence in court precisely because of the informal manner by which it had been obtained (which allowed it only to serve as basis for further investigation), while the evidence collected by the investigating judge could always be produced as

evidence in court. (3) Exclusion of most of the personal evidence gathered by police was then conceived as an obligatory element in order to ensure a true separation of both phases. The fourth consequence of the separation thesis had an adverse effect on the position of the defendant: (4) since criminal procedure was conceived as a purely judicial procedure, the defendant was guaranteed the right to be informed of his/her rights only at the beginning of the judicial phase of the procedure; that is, at the beginning of the phase of investigation.

The first Slovenian CPC brought only three new solutions worth mentioning: (1) the obligatory Miranda rights warnings in cases where the suspect is deprived of liberty, (2) the first set of rules on undercover investigative measures and (3) diversion. The number of later amendments tells us that the CPC underwent numerous changes. Some of those amendments, thirteen in all, were of minor importance, but some of them were fundamental. Among the latter we can count the amendments CPC-A, CPC-E and CPC-K. The first of these brought a new regime of undercover measures in accordance with the Constitutional rules (since the Constitutional Court annulled the old set of rules as unconstitutional), a new diversion mechanism (mediation) and a new concept of personal coercive measure. The second amendment (CPC-E) introduced a new regime on suspect interrogation in the preliminary procedure, under which the police may interrogate a suspect formally (in such a way that the result of an interrogation can be produced as evidence in court) if his/her defence lawyer is present. This change is of great importance since it marks a break with the traditional solutions which only permitted the police to gather information from the suspect (in a so-called non-formal interrogation) and as a result the production of such statements as evidence at the trial was not allowed. However, no other change can equal the novelty introduced by the amendment, CPC-K, which introduced plea-bargaining and a new phase, namely pre-trial arraignment, into our criminal procedure. Together these changes have pushed our procedure even further in direction of an adversarial system.

Without a doubt the phase that has undergone most changes in these 20 years has been the pre-trial phase. For that reason it is interesting to study the transformations of roles different bodies involved in this phase of the procedure have undergone and to analyse the structural changes. The investigating judge was until 1994 predominantly a body which was in charge of investigation, a true successor to inquisitorial inquisitor. However in the last 20 years its role as a magistrate, a judge of freedoms, has become stronger. We can track causes for this change both in the modification of ways in which investigative measures are being ordered and in the introduction of a whole new spectrum of investigative measures such as e. g., undercover measures, which have introduced a new way

of thinking about the role of the judiciary in pre-trial procedure. A change has been seen in the way investigative measures are ordered. The investigating judge no longer orders them *ex officio* but instead on the basis of a motion of the state prosecutor. As such the investigating judge assumes the role of a judge of freedoms by deciding on the existence of conditions for ordering a certain measure. Changes in the role of an investigating judge have also brought an unwelcome consequence: the identity and nature of the office is now ambiguous. As stated before, investigative judges have moved from a purely investigative function to a predominantly judicial one which leaves uncertainty as to their precise purpose and remit. The investigative and judicial tasks are incompatible and therefore the role of investigative judges in criminal procedure is divided and impaired.

Undoubtedly, however, it is the role of the state prosecutor which has been subject to the most drastic change in the last two decades. From a relatively passive state body, the institution of the Slovenian state prosecutor changed into an active creator of criminal policy and a *dominus litis* of pre-trial procedure taking on the role of an active party within a given procedure. Its role was initially changed by introduction of selection mechanisms (mediation and conditional postponement of procedure) by which it gained the right to decide a case in substance and thereby partly taking on a judicial role.

The second field which reflects the changed role of the state prosecutor is its increasingly strengthened role in the process of ordering investigative or coercive measures. Most of those measures can nowadays be ordered on a motion of the state prosecutor, a fact which illustrates it's the agency of this office in any pre-trial procedure based on the accusatorial principle. At the same time we see the strengthening of the prosecutor's role in the right to control and direct the preliminary proceedings which was established in 2001 by an agreement between the police and the prosecutorial service. This agreement consequently changed the role of the police. In 1994 it was conceived as an institution which is responsible for the detection of crime and was allowed to conduct only so-called informal investigative measures. At the same time position of the police was relatively autonomous since it was not formally subordinate to the state prosecutor's office. Since the above-mentioned agreement was made the hierarchical superiority of the state prosecutor's office is clear and irrefutable, and the flow of cases runs both ways. The police inform the prosecutors of the criminal cases and the prosecution service issues obligatory opinions and directions in all more important cases.

The third crucial change for the role of the prosecution service was introduced by the amendment CPC-K which introduced plea-bargaining and a new phase, namely pre-trial arraignment. With the introduction of plea-bargaining

the role of the prosecutor changed substantially since it became an even more active and autonomous party within a given procedure. All these changes reflect not only the general trend of deviation from the inquisitorial model but they also highlight the greatly altered role of the prosecutor to an actor now fully responsible for the initiation and continuation as well as the closure of criminal proceedings.

Analysis of structural changes shows that Slovenia has also followed a more general European trend towards abolishing the traditional phase of investigation. Firstly, the limit for the filing of the so-called direct indictment (an indictment filed without the phase of investigation being conducted) was raised from a minimum of five to eight years of prescribed sentence of imprisonment; then all of the above-mentioned changes of the role of the investigating judge were introduced. With the investigating judge increasingly strengthening its judicial and losing its investigative role the significance of the phase of investigation as an investigative phase was also diminished. One of the signs of the abolition of the phase of investigation is also the decreasing number of investigative measures that the investigative judge can order *ex officio* and the introduction of the new phase, namely pre-trial arraignment.

The introduction of the pre-trial arraignment phase was a big systemic change which in following an adversarial model of procedure indicates a tendency to unify the two phases of the pre-trial procedure into one. It also tries to activate both parties before the trial and bring solutions which shorten and focus the procedure. Shortening is achieved by forcing the defendant to plead either guilty or not guilty before the trial and by focusing the evidential questions by forcing the parties to produce evidence already at the arraignment stage. In any case this is a step towards compelling the parties to show more initiative at earlier phases of the procedure.

All of the changes analysed here have started to weaken the thesis of separation which once governed the police-run preliminary procedure and the judicial criminal procedure. The first acknowledgment of the failing of the thesis was the introduction of Miranda warning very early on in the procedure, at the moment of the focused investigation. By this it became clear that criminal procedure now begins before the first action of the judiciary. The undermining of the thesis became even clearer with the introduction of solutions such as (1) the investigating judge assuming the role of a judge of freedoms already at the preliminary stage of the procedure, and (2) allowing evidential material collected by the police to be produced as evidence in court. By introducing these solutions it became clear that the separation is no longer firm: formal investigative acts can be conducted

by the police already during the preliminary procedure and their actions can have probative value.

Most of the changes discussed here are adversarial in nature: the introduction of Miranda warnings at the moment of focused investigation, the activation of the parties, especially of the state prosecutor, the adversarial way of ordering the investigative and coercive measures, the introduction of diversion mechanisms etc. The culmination of the adversarial trend was definitely achieved when it became possible to end a procedure by plea-bargaining. By that the prosecutor and the defendant are understood as equal, autonomous parties who can both contribute to a quick solution of the case. The status of the judiciary in this procedure is much more limited and passive as compared with its classic inquisitorial position, which obliged it to search actively for the truth.

We can safely conclude that the Slovenian procedure is nowadays of an adversarial-mixed type and that the role-model for changes was, as with most European procedures, one provided by common law adversarial systems. However, the search for the truth still has not been abolished and the court is still able to produce evidence at trial. Those two principles still dictate the scope of other more recent solutions, with the effect that even the adversarial solutions recently incorporated into our system have outcomes which differ from those brought about by the same solutions in purely adversarial systems.