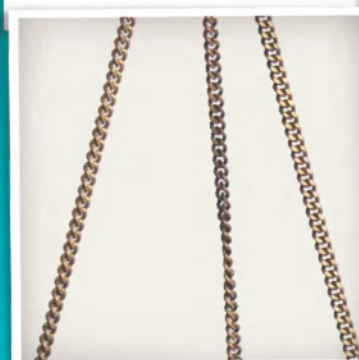
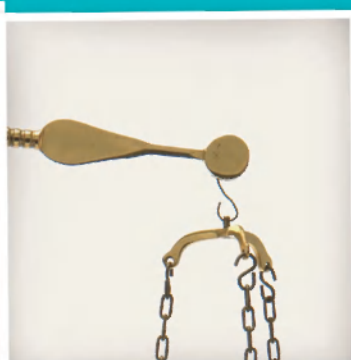
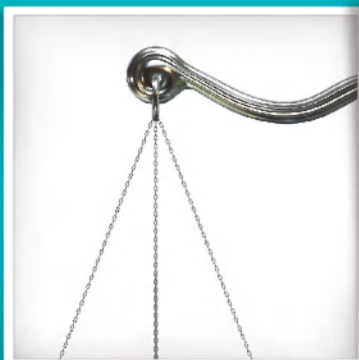


Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2013
letnik 68 (130)
številka 1-2
strani 1-134

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije



Delate na evropskih čezmejnih primerih?

*S klikom na Evropski portal e-Pravosodje
preučite različne evropske zakone in pravosodne sisteme*



Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **68** (130)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 1-2/2013

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. J. R. Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo Pravnik), ki je nato izhajala (razen v letih 1918 in 1919) do leta 1944. Leta 1946 (kot 1. letnik) je začela izhajati revija *Ljudski pravnik*, ki se je leta 1953 preimenovala v *Pravnik*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso.

Revija *Pravnik* je vključena v mednarodni bibliografski bazi Internationale Bibliographie der Zeitschriftenliteratur (IBZ) in CSA Philosopher's Index, Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (ARRS) pa jo je vključila med slovenske revije v mednarodnih bazah podatkov iz seznama ARRS.

Izdajo najstarejše slovenske pravne revije sofinancira Javna agencija za knjigo Republike Slovenije.

Uredniški odbor:

**dr. Mitja Deisinger, dr. Erik Kerševan, dr. Marijan Pavčnik,
dr. Konrad Plauštajner, dr. Saša Prelič, dr. Darja Senčur Peček,
dr. Alenka Šelih, Mojca Seliškar Toš, dr. Verica Trstenjak, dr. Lojze Ude,
dr. Dragica Wedam Lukić**

Mednarodni uredniški odbor:

**dr. Mihajlo Dika, dr. Katja Franko-Aas, dr. Tatjana Machalová,
dr. Miomir Matulović, dr. Ivan Padjen, dr. Joseph (Jože) Straus, dr. Jernej Sekolec,
dr. Miroslav Vrhovšek, dr. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović**

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

GV Založba, založniško podjetje, d. o. o.

Pravnik Izdajatelj in založnik: **Zveza društev pravnikov Slovenije**
Naslov: **Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana**
Tisk: **Grafika Soča, d. o. o., Nova Gorica**
Naklada: **560 izvodov**
Izide 12 števil na leto.

Spletna stran s kazalom, povzetki, navodili za avtorje in naročilnico (tudi v angleščini): **www.revija-pravnik.si**

Naročila

tel.: 01 30 91 821, faks: 01 30 91 815

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,01 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,00 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,02 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 0292 2025 7264 074

VSEBINA

Članki

Andreja Tratnik Zagorac	Kritičen pogled na pogajanja o priznanju krivde – 5
Jernej Podlipnik	Izključnost listin kot dokazil v davčnem postopku – med teorijo in prakso – 41
Martina Repas, Rajko Knez, Janja Hojnik	Skupna politika kazenskih pregonov EU – pilotski primeri varstva okolja, intelektualne lastnine in iger na srečo – 67
Sabina Zgaga	Institut sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu – 95

Avtorski sinopsisi – 127

Navodila za avtorje – 135

CONTENTS

Articles

- | | |
|---|---|
| Andreja Tratnik
Zagorac | Plea Bargaining – A Critical View – 5 |
| Jernej Podlipnik | Exclusiveness of Documents as Means of Evidence
in Tax Procedure – Between Theory and Practise – 41 |
| Martina Repas,
Rajko Knez,
Janja Hojnik | Common EU Policy on Criminal Prosecution – Pilot
Examples of Environmental Protection, Intellectual
Property and Games of Chance – 67 |
| Sabina Zgaga | The Defence of Duress in International Criminal Law
– 95 |

Authors' Synopses – 127

Guidelines for Authors – 135

KRITIČEN POGLED NA POGAJANJA O PRIZNANJU KRIVDE

Andreja Tratnik Zagorac,

*univerzitetna diplomirana pravnica, mlada raziskovalka na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani*

1. UVOD¹

»Boš videla – čez nekaj let si ne boste mogli predstavljati delovanja kazenskega pravosodja brez pogajanj o priznanju krivde. Stvar bo postala tako vsakdanja, da tudi pomislekov ne bo več,« sta moje vztrajno in vneto polemiziranje o odločitvi slovenskega zakonodajalca, ki je s sprejetjem novele ZKP-K² tožilcem in obrambi omogočil, da so se sredi letošnjega maja začeli pogajati o tem, ali bo obramba v zameno za nižjo kazen priznala krivdo ali ne, na enomesečnem obisku v Krakovu na Poljskem pomirljivo uravnotežila profesorja s Pravne fakultete Jagelonske Univerze, prof. dr. Swiatlowski in prof. dr. Hofmansky. Oba se spominjata, da so bila tudi mnjenja poljske stroke ob uvedbi konsenzualnega načina reševanja kazenskih zadev leta 2003 sprva deljena: na nekritične zagovornike in ostre nasprotnike. Po devetih letih pa si pravzaprav nihče ne zna več predstavljati kazenskega postopka brez njega, saj je bistveno pripomogel k skrajšanju kazenskih postopkov.³ Hofmansky celo sodeluje v skupini strokovnjakov, ki pripravlja nadaljnjo »amerikanizacijo« poljskega kazenskega postopka, ki bo doslej bolj »italijansko različico« pogajanj o priznanju krivde⁴ še bolj približala ameriškemu načinu reševanja kazenskih zadev – torej z

¹ Prispevek je pripravljen na podlagi raziskave za pripravo doktorske disertacije z naslovom Pogajanja o priznanju krivde: Pravni in kriminalitetno-politični vidiki, katere mentorica je dr. Katja Šugman Stubbs.

² Ur. l. RS, št. 91/11.

³ Tako se na Poljskem reši že blizu 40 odstotkov kazenskih zadev.

⁴ Poljski Zakon o kazenskem postopku (Kodeks postępowania karnego, Dz. U., št. 89/1997) vsebuje dve določbi, ki omogočata rešitev kazenske zadeve brez dokazovanja na glavni obravnavi, če obdolženec krivdi ne oporeka. V skladu s 335. členom poljskega ZKP lahko tožilec v obtožnici predlaga kazensko sankcijo, če se obdolženec z njo strinja (ni mu

odpravo omejitev dodatno razširila možnost pogajanj o priznanju krivde.⁵ In to čeprav se je kot vrhovni sodnik srečal že z nekaj primeri, ko so obdolženci privolili celo v kazen, ki je bila višja od predpisanega zakonskega maksimuma za kaznivo dejanje, za katero je bil obdolženec obsojen.

Ne bi bilo res, če bi trdili, da je bila uvedba pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek popolno presenečenje. Čeprav jih je strokovna delovna skupina, ki je pod vodstvom prof. dr. Šugman Stubbsove izdelala Izhodišča za nov model kazenskega postopka,⁶ zavrnila kot neprimerna, celo moralno nedopustna,⁷ sta bila že skorajda mantrično ponavljanje potrebe po povečanju učinkovitosti kazenskega postopka in tudi postopno dejansko sprejemanje ukrepov v to smer⁸ dovolj zgovorna. Če pa smo se – kot se Slovenci radi – ozrli še prek ramen v sosednje države, ki so v taki ali drugačni obliki v svoje kazenske postopke že vpeljale pogajanja o priznanju krivde, sta bolj kot odločitev za pogajanja presenetljiva neodločnost in dolgo odlašanje pri sprejemanju tega instituta. V Evropi je danes namreč težje najti državo, ki pogajanjem o priznanju krivde še ni podlegla, kot tako, ki ji je. Če izvzamemo Italijane, ki so se že v začetku 80. let 20. stoletja odločili za (bolj ali manj) popolno adversarizacijo kazenskega postopka, se pogajajo tudi že Nemci, Francozi, Poljaki, Portugalci, Španci in Švicarji.⁹ Še več, reševanje kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde postaja globalni pojav: pogajajo se namreč tudi že v Rusiji, Gruziji, Indiji, Tajvanu, Južnoafriški republiki, Avstraliji in Argentini, o uvedbi pogajanj pa razmišljajo celo na Kitajskem in v Indoneziji.¹⁰

treba izrecno priznati krivde), vendar le v primeru pregona za kaznivo dejanje, za katero je predpisana največ desetletna zaporna kazen, in če okoliščine storitve kaznivega dejanja niso sporne ter je mogoče na podlagi obdolženčevega odnosa sklepati, da bodo cilji kazenskega postopka s takim kaznovanjem doseženi. V skladu s 387. členom ZKP pa lahko obdolženec po koncu prvega zaslišanja predlaga, da se ga obsodi za določeno kazen brez dokaznega postopka, čemur sodišče sledi, če okoliščine niso sporne, če se iz obdolženčevega odnosa lahko sklepa, da bodo doseženi cilji kazenskega postopka, in če se s tako rešitvijo kazenske zadeve strinjata tako tožilec kot tudi žrtev kaznivega dejanja.

⁵ Na primer: v praksi se je kot problematično pokazalo, da se mora s predlogom obdolženca, da se zadeva reši brez izvedbe dokaznega postopka, strinjati žrtev.

⁶ Katja Šugman Stubbs (ur.): Izhodišča za nov model kazenskega postopka. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2006.

⁷ Marko Bošnjak: Izbirni mehanizmi v kazenskem postopku, v: K. Šugman Stubbs (ur.), nav. delo, str. 436–437.

⁸ Zlasti z uvedbo institutov kaznovalnega naloga, poravnave in pogojne odložitve pregona.

⁹ Tako tudi predlagatelj Predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku (v nadaljevanju: Predlog novele ZKP-K), EVA 2010-2011-0009 z dne 3. novembra 2010, št. 007-258/2010, str. 13 in 20–22.

¹⁰ Glej Jenia I. Turner: Plea Bargaining Across Borders. Aspen Publishers, New York 2009, str. 1. Cynthia Alkon: Plea Bargaining as Legal Transplant, v: Transnational Law &

Konformističen pristop (kot omenjeni pristop poljskih profesorjev) bi bil zato razumen: vsi se pogajajo, se bomo pa še mi. Poleg tega je praksa pogajanja sprejela z odprtimi rokami. In najpomembneje, pogajanja dejansko so učinkovita: zadeva se reši mnogo hitreje, kot če se obdolžencu dokazuje krivda v kazenskem postopku. Tudi če pustimo vprašanje primernosti (skladnosti) učinkovitostne paradigme s kazenskim pravom ob strani (že samo če priključimo v spomin znamenito Blackstoneovo formulo, v skladu s katero je bolje izpustiti deset krivih ljudi kot zapreti enega nedolžnega,¹¹ s katero se vsaj na deklaratorni ravni najverjetneje strinja velika večina (kazenskih) pravnikov, je odgovor jasen: slediti učinkovitosti ni in ne sme postati primaren cilj kazenskega prava),¹² menim, da zahteva uvedba pogajanj v kazenski postopek kritičen premislek. Zlasti se je treba vprašati, ali so koristi pogajanj o priznanju krivde res tolikšne, da odtehtajo morebitno »stransko škodo«.

V prispevku se bom, po uvodni strnjeni opredelitvi pogajanj o priznanju krivde, ki je nujna za razumevanje osrednjega dela prispevka, osredotočila na predstavitev glavnih prednosti pogajalskega načina reševanja kazenskih zadev, v drugem delu pa poudarila še morebitne oziroma zelo verjetne negativne posledice. Že na začetku se postavlja vprašanje o smiselnosti takega početja, saj je reševanje kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde že postalo del sloven-

Contemporary Problems, 19 (2010), str. 355–418. Maximo Langer: From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, v: Harvard International Law Journal, 45 (2004) 1, str. 1–64.

¹¹ Blackstone ni bil prvi, ki je (leta 1760) oblikoval to maksimo, ampak je bila uporabljena že mnogo prej. Najdemo jo že v Genezi, ko Gospod zanika možnost uničenja Sodome že zgolj, če bi bilo v njej deset pravičnih ljudi (na koncu so bili ob uničenju v njej štiri pravični ljudje, ampak so se vsi rešili, izgubili so le svoje nepremičnine). Citirano po Alexander Volokh, n Guilty Men, v: University of Pennsylvania Law Review, 146 (1997) 1, str. 173–174 in 177. V zanimivem prispevku Volokh celostno oriše zgodovinsko ozadje te maksime, ki je – tudi v pravu, med sodniki – zaživelja že mnogo prej, kot jo je ubesedil Blackstone (zlasti str. 180–185), ter med drugim pokaže veliko (zgodovinsko, versko, kulturno, družbeno pogojeno) variacijo med številom krivih (n), ki se jih lahko oprosti, da se zavarujejo nedolžni (str. 176–180 in 185–193), s posebnim poudarkom na razlikah med ameriškimi jurisdikcijami (str. 198–204) – zaradi česar ameriškimi obdolžencem hudomušno ponudi napotke, katero jurisdikcijo naj si izberejo (str. 204–206).

¹² Čeprav so trendi žal nasprotni. »Sodobno pravo postaja v razmerju do ekonomije in politike vse manj avtonomno. Vse pogostejše so zahteve po pravni deregulaciji [...]. Formalne pravice *de iure* in *de facto* šibkejših in ranljivejših subjektov se umikajo konceptu pogodbene svobode. [...] V kazenskem in kaznovalnem pravu je prevladala pravnopolitična doktrina 'zakona in reda', ki naj bi 'pravno državo' spreminjala v 'penalno'. V številnih t. i. demokratičnih državah potekajo reforme policijskega in kazenskega prava, ki večinoma izhajajo iz splošnega imperativa učinkovitosti pregona.« Tako: Benjamin Flander, Kriza prava: Odbleski kritične jurisprudence. Fakulteta za varnostne vede Univerze v Mariboru, Ljubljana 2012, str. 12. Podobno ugotavlja tudi Christie v: Niels Christie: Crime Control as Industry: Towards Gulags, Western Style. 2. izdaja, Routledge, London in New York 1994.

ske stvarnosti, ki je ne morejo spremeniti niti številni niti prepričljivi kritični argumenti. Naj s tem pomislekom opravim takole: v ZDA, kjer se pogajajo najdlje (že dobrih 150 let) se o tem institutu mnenja še vedno krešejo s skoraj enakim idealističnim zagonom kot nekdaj.¹³ Čeprav je tam institut pogajanj o priznanju krivde postal že neizbežna realnost, saj je tako trdno usidran v ameriški kazenskoopravni sistem, da bi se ta brez njega sesul (s pogajanj se reši prek 90 odstotkov vseh kazenskih zadev), jim mnogo kritikov še vedno oporeka. In prav njim se lahko zahvalimo za osvetlitev pogajanj o priznanju krivde z zelo različnih zornih kotov (ne samo pravnega, ampak tudi zgodovinskega, socio-loškega, psihološkega, filozofskega, kriminološkega).¹⁴ Ta osvetlitev namreč ne

¹³ Zanimiva je na primer »besedna bitka« med Scottom in Stuntzom, Schulhoferjem in Easterbrookom (njihova stališča so razvidna že iz naslovov): Robert E. Scott in William J. Stuntz: Plea Bargaining as Contract, v: *Yale Law Journal*, 101 (1992) 8, str. 1909–1968. Stephen J. Schulhofer: Plea Bargaining as Disaster, v: *Yale Law Journal*, 101 (1992) 8, str. 1979–2009, in Frank H. Easterbrook, Frank H.: Plea Bargaining as Compromise, v: *Yale Law Journal*, 101 (1992) 8, str. 1969–1978. Med vnete nasprotnike pogajanj o priznanju krivde spada gotovo tudi Langbein (na primer: John H. Langbein: Torture and Plea Bargaining, v: *University of Chicago Law Review* 46 (1978) 1, str. 3–22. John H. Langbein: Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It, v: *Michigan Law Review*, 78 (1979) 2, str. 204–225). Na drugi strani pa je kar nekaj takih, ki jih »branijo« (zlasti z vidika ekonomske analize prava) – na primer: William W. Landes: An Economic Analysis of the Courts, v: *Journal of Law & Economics*, 14 (1971) 1, str. 61–107 (gre za pionirski prispevek, v katerem je Landes utemeljil pogajanja z vidika ekonomske analize prava). Stuart Nigell in Marian Neef: Plea Bargaining, Decision Theory, and Equilibrium Models (part I), v: *Indiana Law Journal*, 51 (1976) 4, str. 987–1024. Stuart Nagel in Marian Neef: Plea Bargaining, Decision Theory, and Equilibrium Models (part II), v: *Indiana Law Journal*, 52 (1976) 1, str. 1–61. Frank H. Easterbrook: Criminal Procedure as a Market System, v: *Journal of Legal Studies*, 12 (1983) 2, str. 289–332. Timothy Sandefur: In Defense of Plea Bargaining, v: *Regulation*, 23 (2003) 3, str. 28–31.

¹⁴ Naj omenim zgolj nekatera pomembnejša dela. S področja zgodovinskega razvoja pogajanj o priznanju krivde: John H. Langbein: Understanding the Short History of Plea Bargaining, v: *Law & Society Review*, 13 (1979) 2, 261–272. Albert W. Alschuler: Plea Bargaining And Its History, v: *Columbia Law Review*, 79 (1979) 1, str. 1–43. George Fisher: Plea Bargaining's Triumph: A Short History of Plea Bargaining in America. Stanford University Press, Stanford 2003. Mary E. Vogel: Coersion To Compromise: Plea Bargaining, the Courts, and the Making of Political Authority. Oxford University Press, New York 2007. Sociološke vidike so osvetlili: Milton Heumann: Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys. University of London Press, Chicago in London 1977. Arthur Rosset in Donald R. Cressey: Justice by Consent: Plea Bargains in the American Courthouse. J. B. Lippincott Company, New York 1976. Za psihološke dejavnike, ki vplivajo na pogajanja, so zlasti pomembni Stephanos Bibas: Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial, v: *Harvard Law Review*, 117 (2004) 8, str. 2464–2547. Richard Birke: Reconciling Loss Aversion and Guilty Pleas, v: *Utah Law Review*, (1999) 1, str. 205–254. Linda Babcock in George Loewenstein: Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases, v: *Journal of Economic Perspectives*, 11 (1997), str. 109–126. O etičnosti pogajanj pa so denimo pisali: Erica Hashimoto: Toward Ethical Plea Bargaining, v: *Cardozo Law Review*, 30 (2008) 3, str. 949–963. Erica Yaroshefsky: Ethics and Plea Bargaining, v: Crimi-

pripomore zgolj k umestitvi pogajanj o priznanju krivde v širši kontekst družbene stvarnosti, ampak zlasti pomaga ugotoviti in določiti tiste šibke točke pogajalskega načina reševanja kazenskih zadev, ki lahko privedejo do krivičnih izidov. Tudi ta prispevek tako nastaja v upanju, da ne bo (p)ostal zgolj brezplodno teoretiziranje, ampak da bo – zlasti s prikazom spornih praks, ki so se razvile v državah z daljšo pogajalsko tradicijo – pripomogel k izogitvi takim praksam in k (bolj) premišljenemu sklepanju sporazumov o priznanju krivde, katerega osrednje vodilo bo še vedno temeljni postulat pravičnosti: kaznovati zgolj tiste, ki so krivi, in zgolj toliko, kolikor je treba (če je že treba).

2. OPREDELITEV POGAJANJ O PRIZNANJU KRIVDE

Pogajanja o priznanju krivde so institut, ki omogoča, da se tožilstvo in obramba sporazumeta o končni rešitvi kazenske zadeve. Bistveno za doseg dogovora je, da obdolženec prizna krivdo in se tako odpove nekaterim temeljnim pravicam, ki mu pripadajo v kazenskem postopku: pravici do molka, privilegiju zoper samoobtožbo (s čimer tudi prostovoljno ovrže domnevo nedolžnosti), pravici do javnega sojenja ter z njo povezanimi pravicami, kot na primer pravici do kontradiktornosti, pravici do navzkrižnega zaslišanja prič in pravici do obrambe. V zameno za priznanje krivde pa tožilec obdolžencu ponudi nižjo kazen. V pravnih sistemih *common law*, v katerih imajo daljšo pogajalsko tradicijo, se obramba in tožilstvo povečini lahko pogajata tudi o dejstvih (angl. *fact bargaining*) ali obtožnici (angl. *charge bargaining*).¹⁵

Slovenski Zakon o kazenskem postopku (ZKP)¹⁶ je z novelo ZKP-K¹⁷ tudi slovenskim tožilcem in obdolžencem omogočil, da kazensko zadevo končajo s sklenitvijo sporazuma o priznanju krivde.¹⁸ Pogajanja o priznanju krivde so omejena samo na pogajanja o kazni, pogajanja o vsebini obtožnice pa so izrecno prepovedana.¹⁹

nal Justice, 23 (2008) 3, <www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_cjmag_23_3_yaroshefsky.authcheckdam.pdf> (21. 6. 2012), in Richard L. Lippke: *The Ethics of Plea Bargaining*. Oxford University Press, New York 2011.

¹⁵ Za strnjeno opredelitev (predmeta) pogajanj o priznanju krivde v ZDA glej Nancy J. King: *UCLA Law Review*, 47 (1999), str. 118–119. Glej tudi J. I. Turner, nav. delo, str. 28–29. Douglas D. Guidorizzi: *Should We Really »Ban« Plea Bargaining: The Core Concerns of Plea Bargaining Critics*, v: *Emory Law Journal*, 47 (1998) 2, str. 755–757.

¹⁶ Ur. l. RS, št. 63/94 in nasl.

¹⁷ Ur. l. RS, št. 91/11.

¹⁸ Glej 450.a do 450.č člen.

¹⁹ Natančneje: tožilec in obdolženec se lahko v skladu s prvim odstavkom 450.b ZKP člena dogovorita o kazenski sankciji oziroma načinu njene izvršitve, o odstopu državnega

Temeljna izhodiščna ugotovitev torej je, da so pogajanja o priznanju krivde poseben način reševanja kazenskih zadev, ki se znatno razlikuje od običajnega kazenskega postopka. Bistvena razlika je v načinu odločanja o krivdi obdolženca in kazni zanj (kar je pravzaprav bistvo kazenskega postopka): če je glavna naloga tožilstva (ob nujni pomoči policije), da v rednem kazenskem postopku zbere dokaze, ki bodo sodišče (onkraj razumnega dvoma) prepričali o obdolženčevi krivdi, je osrednja skrb tožilca v pogajanjih o priznanju krivde, koliko še popustiti obdolžencu pri kazni, da bo obdolženec pripravljen priznati krivdo, in se s tem odrešiti nadaljnega zbiranja dokazov.

3. KORISTNOST POGAJANJ O PRIZNANJU KRIVDE ZA UDELEŽENCE KAZENSKEGA POSTOPKA IN JAVNOST

Najbolj osnovna in splošna ugotovitev, s katero je mogoče pojasniti uspešnost vsaditve pogajanj o priznanju krivde v kazenskopravni sistem, ki sicer izhaja iz sodnega reševanja kazenskih zadev, in njihovega hitrega širjenja, je, da končni sporazum o priznanju krivde prinaša koristi za vse udeležence v kazenskem postopku.²⁰ Najprej tožilcu in obrambi, potem pa tudi sodišču in celo širši javnosti. Z nekoliko spretno argumentacijo lahko zastopamo tudi stališče, da imajo od sporazuma o priznanju krivde koristi tudi žrtve kaznivega dejanja.

3.1. Koristi na strani tožilcev

Tožilec ima v postopku pogajanj o priznanju krivde gotovo največjo moč.²¹ Tožilec je tisti, ki se odloči, ali bo pogajanja o priznanju krivde sploh začel

tožilca od pregona za druga kazniva dejanja (ki niso zajeta s priznanjem), o stroških kazenskega postopka ali o izpolnitvi kakšne druge naloge. Drugi odstavek tega člena pa izrecno prepoveduje dogovarjanje o pravni kvalifikaciji kaznivega dejanja, varnostnih ukrepov ter o odvzemu s kaznivim dejanjem pridobljene premoženjske koristi.

²⁰ »Če obdolženci in tožilci (kot predstavniki družbe) pridobijo, je postopek zaželen.« Tako F. Easterbrook, nav. delo (1982), str. 309. Podobno tudi Alschuler: »Če tožilec in obdolženec ne bi bila zadovoljna s sporazumom, ga gotovo ne bi sklenila.« (prevod A. T.) Glej Albert W. Alschuler: *The Changing Plea Bargaining Debate*, v: *California Law Review* 69 (1981) 3, str. 683. Tukaj opozarjam, da je Alschuler sicer vneti nasprotnik reševanja kazenskih zadev s pogajanjimi o priznanju krivde. Glej tudi A. Enker: *Perspectives on Plea Bargaining*, citirano po: Franklin E. Zimring in Richard S. Frase: *The Criminal Justice System*, Little, Brown and Company, Boston in Toronto 1980, str. 503. D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 765. Fred C. Zacharias: *Justice in Plea Bargaining*, v: *William and Mary Law Review*, 39 (1998) 4, str. 1138.

²¹ Glej denimo Gerard E. Lynch: *Our Administrative System of Criminal Justice*, v: *Fordham Law Review*, 66 (1998) 6, str. 2125. Na to je večkrat opozorila tudi Susan Jacobs, profesorica na Fakulteti za kriminologijo v Omahi, Nebraska, v predavanju tožilcem na Vrhovnem tožilstvu RS dne 25. aprila 2012.

– bodisi na lastno pobudo bodisi na predlog obrambe – ali pa bo skušal doseči obsodbo v rednem kazenskem postopku. Že samo dejstvo, da se tožilec lahko povsem prosto odloči, ali se bo pogajal ali ne, in podatek, da se tožilci v državah, v katerih so pogajanja o priznanju krivde formalno ali neformalno dopustna, večinoma odločijo za sklenitev sporazuma o priznanju krivde po pogajanjih,²² kažeta na to, da mora tožilec od tega nujno imeti korist. Sicer bi raje zahteval sojenje in tako opravil tisto, kar od njega zahteva zakon: zastopal obtožbo pred sodiščem in skušal onkraj razumnega dvoma dokazati obdolženčevo krivdo, s čimer bi dosegel obsodbo za kazen, praviloma višjo od tiste, kot bi jo dosegel s sklenitvijo sporazuma. Kaj je torej tisto, kar žene tožilce, da raje sklenejo sporazum o priznanju krivde in se ne odločijo za sojenje?

3.2. Ekonomičnost

Eden glavnih razlogov za naklonjenost tožilcev pogajanjem o priznanju krivde je gotovo njihova (pre)obremenjenost s številom zadev.²³ Pomembna dobra lastnost pogajanj je, da omogočajo hitrejšo reševanje kazenskih zadev. Tožilcu ni treba zbirati dokazov, s katerimi bi sodnika (ali poroto) onkraj razumnega dvoma prepričal, da je obdolženec kriv. Priznanje krivde odtehta morebiten dokazni primanjkljaj. Prav tako se mu ni treba bati, da bi obramba izpodbijala veljavnost dokazov ter zahtevala njihovo izločitev, če so bili pridobljeni s kršitvijo zakona ali obdolženčevih pravic.²⁴

V primerjavi z dokazovanjem krivde v sodnem postopku, ki od tožilca zahteva veliko angažiranosti, priprav in dela – ne le pri najtežjem delu, tj. zbiranju dokazov o krivdi, ampak tudi pri artikuliranem zastopanju obtožnice pred sodiščem, ki se običajno ne konča na eni sami glavni obravnavi –, je rešitev zadeve s pogajanjimi o priznanju krivde mnogo preprostejša. Do sklenitve sporazuma z

²² Najbolj jasno to prikažeta statistika v ZDA, kjer se že več kot 90 odstotkov zadev konča s sklenitvijo sporazuma o priznanju krivde, pa tudi naraščajoči delež reševanja kazenskih zadev s pogajanjimi o priznanju krivde v državah, v katerih ta institut nima tako dolge tradicije in je razmeroma nov.

²³ Albert W. Alschuler: *The Prosecutor's Role*, v: *University of Chicago Law Review*, 36 (1988) 1, str. 50–52, 54. D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 765. Tudi Garrith D. Perrine: *Administration of Justice*. West Publishing Co., St. Paul, New York, Los Angeles in San Francisco 1980, str. 201.

²⁴ Procesni predlogi so pogosto predmet pogajanj o priznanju krivde. Heumann je v svoji študiji odkril, da se odvetniki že zelo zgodaj naučijo, da se morajo vlaganja predlogov vzdržati, če si ne želijo nakopati zamere tožilcev in sodnikov. M. Heumann, nav. delo, str. 61–69. Na konkretnem primeru je to razvidno iz sodbe v zadevi *ZDA proti Ruizovi (United States v. Ruiz)*, 536 U. S. 622 (2002)). Glej tudi Timothy Lynch: *An Eerie Efficiency*, v: *Cato Supreme Court Review*, 2002, str. 171–186.

obrambo pride običajno kmalu (v ZDA denimo pogosto na hodniku ali v kotu sodne dvorane v nekaj minutah pred obravnavo primera ali celo po telefonu)²⁵ in potrebna je samo še potrditev sporazuma s strani sodišča. Krajše povedano, eden pomembnejših, če ne celo glavni atribut pogajanj o priznanju krivde je njihova ekonomičnost.²⁶

3.2.1. Učinkovitost

Dokazovanje krivde v kazenskem postopku ni samo dolgotrajno in zahteva veliko angažiranosti na strani tožilca, ampak je tudi negotovo: tožilec ne more biti nikoli z gotovostjo prepričan o svojem uspehu v kazenskem postopku.²⁷ Prav nasprotno velja za reševanje zadev s pogajanjem o priznanju krivde: prvič, za tožilca pogajanja o priznanju krivde pomenijo manjši časovni, energetski in finančni vložek, saj priznanje krivde kot glavni dokaz nadomesti potrebo po zbiranju preostalih dokazov, in drugič, omogočajo zelo ugoden izkoristek: gotovo obsodbo.²⁸ Prav toliko kot je pomembna ekonomičnost pogajalskega načina reševanja kazenskih zadev, je za tožilca pomembna tudi njihova učinkovitost.²⁹

Gotovost obsodbe sicer terja svoj davek: tožilec mora popustiti pri višini kazni in obdolžencu ponuditi »popust« oziroma »nagrado«,³⁰ da privoli v sodelovanje z njim. Vendar je gotovost obsodbe pomemben dejavnik.³¹ Zlasti če je tožilec prepričan o obdolženčevi krivdi, pa ima na voljo malo dokazov ali pa

²⁵ J. I. Turner, nav. delo, str. 22. R. E. Scott in W. J. Stuntz, nav. delo, str. 1911, 1922. Tako tudi odvetnica Susan V. Tipograph iz New Yorka v intervjuju z dne 27. aprila 2012.

²⁶ R. E. Scott in W. J. Stuntz, nav. delo, str. 1915. F. C. Zacharias, nav. delo, str. 1138.

²⁷ To še toliko bolj velja v kazenskopravnih sistemih, v katerih poznajo porotno sojenje. Porotno sojenje je – v primerjavi s sojenjem v senatu, sestavljenem iz profesionalnih sodnikov – nepredvidljivo. Tako tudi sodnik iz New Yorka, ki je želel ostati neimenovan, v intervjuju z dne 27. aprila 2011.

²⁸ Andrew F. Hesse III in Reshma M. Saujani: Plea Bargaining and Convicting the Innocent, v: *B. Y. U. Journal of Public Law*, 16 (2001) 1, str. 193.

²⁹ Predlagatelj novele ZKP-K je na več mestih poudaril, da potrebujemo »pravne podlage za učinkovitejši potek kazenskega postopka«. Predlog novele ZKP-K, str. 2 in 17. Besedilo je dostopno na <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/110601_ZKP-K_2.pdf> (29. 6. 2011).

³⁰ Tako je imenoval znižanje kazni v zameno za priznanje krivde predlagatelj novele ZKP-K. Prav tam, str. 17.

³¹ »Tožilci nočejo voditi kazenskega postopka, če predvidevajo, da ga lahko izgubijo,« v: G. E. Lynch, nav. delo. Tako tudi S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2472. Rebecca Hollander-Blumhoff: Getting to »Guilty«, v: *Harvard Negotiation Law Review*, 2 (1997), str. 124. Stephanos Bibas: Transparency and Participation in Criminal Procedure, v: *New York University Law Review*, 81 (2006) 3, str. 921–922.

so ti sporni (denimo dokazi, ki bi morali biti izločeni). V teh primerih mu pogajanja o priznanju krivde ponujajo možnost, da doseže njegovo obsodbo, kar bi mu v sodnem postopku zelo težko uspelo.³²

Pogajanja o priznanju krivde pa lahko tožilci uporabijo tudi kot vzvod za pritisk na soobdolžence. Enemu od obdolžencev obljubijo nižjo kazen (ali nižjo obtožnico) v zameno, da bo pričal proti preostalim soobdolžencem. Tako lahko tožilec zagotovi obsodbo za vse sosterilce, kar mu brez pomoči obdolženca, ki prizna krivdo v zameno za popust pri kazni, najverjetneje ne bi uspelo.³³

3.2.2. Uspešnost

Tožilec s pogajanja o priznanju krivde tako rešuje primere hitreje, kot bi jih v sodnem postopku, poleg tega pa mu s pogajanja pogosto uspe doseči tudi obsodbo v zadevah, ki bi jih v kazenskem postopku le težko dokazal. Z večjim deležem sklenjenih sporazumov se poveča njegova delovna uspešnost: njegova statistika dosega velik delež doseženih obsodb, in to v kratkem času.³⁴

Učinkovitostna naravnost tožilcev zlasti velja za sisteme, v katerih so tožilci voljeni (na primer v večini jurisdikcij v ZDA) in je njihovo napredovanje odvisno od uspešnosti pri delu. V kontinentalnih pravnih sistemih imajo tožilci bolj birokratski položaj – napredujejo zlasti po načelu senioritete. Upošteva dejstvo, da so državni uslužbenci in zato pogosto premalo plačani, je motivacija za reševanje kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde preprosta: Zakaj bi trošili svojo energijo za reševanje zapletenih zadev, ko pa se lahko pogodijo?³⁵ Poleg tega kontinentalni tožilci ne marajo tveganja, zato so pogajanja o priznanju krivde z gotovim izidom dobrodošel institut.³⁶

³² G. D. Perrine, nav. delo, str. 201. A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 59. M. Heumann, nav. delo, str. 106, 108–109.

³³ A. Hessic III in R. M. Saujani, nav. delo, str. 193. Oonagh E. Fitzgerald: *The Guilty Plea and Summary Justice: A Guide for Practitioners*. Carswell, Toronto, Calgary in Vancouver 1990, str. 107–109. G. D. Perrine, nav. delo, str. 202. To taktiko pogosto uporabi že policija. Tako John F. Klein: *Let's Make a Deal: Negotiating Justice*. Lexington Books, Lexington in Toronto 1976, str. 39–57.

³⁴ S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2471–2472.

³⁵ Nuno Garoupa in Frank H. Stephen: *Why Plea Bargaining Fails to Achieve Results in So Many Criminal Justice Systems: A New Framework for Assessment*, v: *Maastricht Journal of European Comparative Law*, 15 (2008) 3, str. 351.

³⁶ Prav tam.

3.3. Koristi na strani obrambe

V pogajanjih o priznanju krivde obdolženec ne sodeluje sam. V vseh ureditvah, tudi v slovenski, mu mora v pogajanjih svetovati odvetnik.³⁷ Tako naj bi se zagotovila enakost moči (zlasti intelektualna) med tožilstvom kot državnim represivnim organom in obdolžencem – posameznikom.³⁸ Ker pa je odvetnik zgolj zastopnik interesov obdolženca in njegov svetovalec, je (oziroma naj bi bila) tudi v pogajanjih o priznanju krivde ključna volja obdolženca.³⁹

3.3.1. Nižja kazen

Motivacija obdolženca za sklenitev sporazuma je jasna: tožilec mu v zameno za priznanje krivde ponudi nižjo kazen (v sistemih, v katerih je dovoljeno tudi pogajanje o obtožnici, lahko tožilec zniža tudi obtožnico, vendar tudi to na koncu pripelje do naložitve nižje kazni).⁴⁰ Zlasti za obdolžence, ki so resnično krivi, je to pomemben razlog.⁴¹ S spretnim pogajanjem si lahko zagotovijo nižjo zaporno kazen ali pa celo pogojno obsodbo, na kar bi v primeru obsodbe v sodnem postopku le težko računali.

3.3.2. Ni negotovosti in stigmatizacije

Rešitev kazenske zadeve s pogajanjem o priznanju krivde prinaša obdolžencu tudi druge prednosti. Sklenitev sporazuma o priznanju krivde vodi do hitrejšega zaključka njegovega primera, kar pomeni manj negotovega čakanja na končni izid kazenskega postopka.⁴² Poleg tega se lahko s sklenitvijo sporazuma

³⁷ Vendar pa v vseh državah pomoč zagovornika ni obligatorna. Na primer v Italiji in na Poljskem (kjer so se zgledovali po italijanskem načinu pogajanj o priznanju krivde – *patteggiamento*) mora biti obdolžencu omogočena pomoč zagovornika, ni pa obvezna.

³⁸ Albert W. Alschuler: *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, v: *Yale Law Journal*, 84 (1975) 6, str. 1179–1180. V prispevku navaja tudi nekatere sporne odločitve Vrhovnega sodišča ZDA, v katerih je presodilo, da je že zgolj navzočnost odvetnika v pogajanjih zadosten razlog, da je bilo priznanje krivde informirano in prostovoljno.

³⁹ Prav tam, str. 1298. Tako tudi odvetnica Susan V. Tipograph iz New Yorka v intervjuju z dne 27. aprila 2011.

⁴⁰ A. Enker: *Perspectives on Plea Bargaining*, citirano po: F. E. Zimring in R. S. Frase, nav. delo, str. 501. R. E. Scott in W. J. Stuntz, nav. delo, str. 1915. D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 766.

⁴¹ Thomas W. Church jr.: *In Defense of »Bargain Justice«*, v: *Law and Society, Review*, 13 (1979) 2, str. 513. R. E. Scott in W. J. Stuntz, nav. delo, str. 1935.

⁴² D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 766. T. W. Church jr., nav. delo, str. 514. Arthur Rosset in Donald R. Cressey: *Justice by Consent: Plea Bargains In the American Courthouse*. J. B. Lippincott Company, New York 1976, str. 141–142. Richard H. Uviller, *Virtual Justice: The Flawed Prosecution of Crime In America*. Yale University Press, New Haven in London 1996, str. 181–182. Tako tudi generalni državni tožilec Združenega kraljestva v Smernicah o pogajanjih o priznanju krivde v primerih hujših in kompleksnih goljufij z dne 18. marca 2009, str. 2, <<http://www.attorneygeneral.gov.uk/Publications/Documents/AG's%20Gui>

izogne priporu, ki je lahko – vsaj v primeru lažjih kaznivih dejanj – daljši oziroma hujši ukrep od kazni, za katero se dogovorita s tožilcem v sporazumu.⁴³

Pogajanja o priznanju krivde nasprotno od sojenja, katerega bistvena značilnost je, da je za javnost odprto, potekajo za zaprtimi vrati in javnost zanje ne ve. To preprečuje negativno publiciteto obdolženca in njegovo nepotrebno stigmatizacijo.⁴⁴

3.3.3. Specialna prevencija in korekcijski postopek

Hitrost reševanja kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde ima dodatno dobro lastnost: kazenska sankcija sledi kmalu po storitvi kaznivega dejanja in je gotova. Hitrost in gotovost kazenske sankcije pa sta dve pomembni lastnosti kazni, če naj ta dejansko učinkuje na storilca kaznivega dejanja ter deluje tudi specialno preventivno.⁴⁵ Hiter zaključek kazenske zadeve in naložitev kazenske sankcije tudi omogoči, da se začne korekcijski postopek storilca kaznivega dejanja kmalu po storitvi kaznivega dejanja.⁴⁶

Z nekoliko paternalizma lahko trdimo, da so tudi te posledice reševanja kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde za obdolženca koristne. V idealnih okoliščinah to pomeni, da bo storilca kazen ne samo odvrnila od nadaljnjega izvrševanja kaznivih dejanj zaradi neprijetnosti, ki bo (nujno) sledila, ampak ga bo tudi podučila, da izvrševanje kaznivih dejanj ni družbeno sprejemljivo, in mu pomagala pri procesu resocializacije, pridobivanju večšin za vnovično integracijo v družbo.⁴⁷

delines%20on%20Plea%20Discussions%20in%20Cases%20of%20Serious%20or%20Complex%20Fraud.pdf> (10. 5. 2012).

⁴³ S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2492.

⁴⁴ Oren Gazal-Ayal in Limor Riza: Economic Analysis of Plea-Bargaining and Prosecution, v: Criminal Law and Economics, 2009, str. 12, dostopno na <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1291648> (17. 6. 2012). Glej tudi Malcolm M. Feeley: The Process Is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court. Russell Sage Foundation, New York 1992.

⁴⁵ Povečanje verjetnosti prijete in obsodbe ima večji odvračalni učinek kot zvišanje kazni. Tako F. H. Easterbrook, nav. delo (1983), str. 295 in op. 7, v kateri navaja študije, ki so to tudi empirično potrdile.

⁴⁶ Vrhovno sodišče ZDA je že leta 1971 v zadevi *Santobello proti New Yorku* (*Santobello v. New York*, 4040 U. S. 257 (1971)) zapisalo, da reševanje zadev z dogovorom o priznanju krivde ni samo bistven, ampak zelo zaželen element kazenskega pravosodja zaradi množice razlogov – med njimi tudi zaradi dejstva, da se s krajšanjem časovnega intervala med obtožbo in obsodbo spodbuja rehabilitacijski postopek za obsojene. Glej tudi M. Heumann, nav. delo, str. 66–67.

⁴⁷ Slednje je odvisno od načina izvrševanja kazenske sankcije, zlasti od razmer v zaporu (števila in kakovosti uslužbencev, ki obdolžencem ponujajo psihosocialno pomoč, možnosti pridobivanja delovnih navad, dostopa do izobraževalnega sistema in navsezadnje splošne klime v zaporu).

3.4. Koristi odvetnika: ekonomičnost, učinkovitost, uspešnost

Čeprav volja odvetnika ne bi smela vplivati na obdolženčevo odločitev o tem, ali se bo odločil za sodni postopek ali pa se bo pogajal s tožilcem, pogosto ni tako.⁴⁸ Obdolženec, večinoma prava neuka stranka, povsem zaupa presoji odvetnika in sledi njegovemu nasvetu.⁴⁹ Nasvet odvetnika pa ne upošteva nujno le obdolženčeve koristi, temveč je (zavedno, še bolj pa nezavedno) odvisen od odvetnikovih osebnih vzgibov.

Tudi odvetniki so pogosto preobremenjeni z delom in zanje sklenitev sporazuma o priznanju krivde pomeni ekonomičen in učinkovit način rešitve kazenske zadeve.⁵⁰ Tudi njim pogajanja o priznanju krivde vzamejo manj časa, denarja in energije, kot bi jim jih vzelo skrbno preiskovanje obdolženčevega primera, iskanje morebitnih razbremenilnih dokazov in njihovo izvajanje pred sodiščem.

Če odvetnik svojemu klientu svetuje sklenitev sporazuma o priznanju krivde, njegova odločitev ne more biti napačna. Kakršenkoli že bo končni sporazum, odvetnik vedno lahko obdolženca prepriča o tem, da je njegova situacija gotovo boljša, kot bi bila, če bi bil spoznan za krivega v postopku sojenja.⁵¹ Zato so tudi obdolženci s končnim izidom zadovoljni. Zadovoljstvo njihovega klienta je pomembno ne zgolj z moralnega vidika, ampak tudi zato, ker »zadovoljen« obdolženec najverjetneje ne bo izpodbijal sporazuma o priznanju krivde s pritožbo, zato z njim ne bodo več imeli dodatnega dela.

3.5. Koristi na strani sodišč

Razvoj pogajanj o priznanju krivde v pravnih sistemih *common law* kaže, da sodišča, ki so imela možnost in moč ustaviti razvoj pogajanj o priznanju krivde, tega niso storila. Iz tega lahko sklepamo, da imajo tudi sodišča od pogajanj o priznanju krivde koristi, sicer bi se zoperstavila praksi, ki jim odvzema ključni funkciji: odločanje o krivdi storilca in določanje primerne kazni zanj.

3.5.1. Razbremenitev sodišč

Pomembna prednost, ki jo prinašajo pogajanja o priznanju krivde za sodišča, je zmanjšanje števila polnih sodnih postopkov. To za sodnike pomeni

⁴⁸ A. W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1191.

⁴⁹ Prav tam.

⁵⁰ Prav tam, str. 1248–1250.

⁵¹ Prav tam, str. 1205–1206.

pomembno razbremenitev.⁵² Potrditev sporazuma o priznanju krivde zahteva mnogo manj časa, energije in denarja kot poln kazenski postopek, ki se običajno konča šele po več glavnih obravnavah.⁵³ Sodiščem tako ni več treba skrbeti za vabljenje vseh procesnih udeležencev – ne samo obdolženca z zagovornikom, ampak tudi prič in izvedencev na glavno obravnavo, skrbeti za red in disciplino na glavni obravnavi, skrbeti za vsestransko razjasnitev zadeve ter izvajati druge naloge kot *dominus litis* sodnega postopka.

S sklenitvijo sporazumov o priznanju krivde pa pogosto odpade tudi odločanje o morebitnih procesnih predlogih ali ugovorih strank (denimo predlogih za ponovno izvajanje dokazov, izločitev dokazov ali izločitev sodnika), saj so ti običajno tudi predmet sporazuma o priznanju krivde, čeprav neformalno.⁵⁴ Še več, pogosto je del sporazuma o priznanju krivde tudi odpoved pravici do pritožbe.⁵⁵ To pa je za sodišča pomemben dejavnik – namreč z odpovedjo pritožbi se izniči tveganje, da bo instanca njihovo sodbo v pritožbenem postopku razveljavila, kar pomembno pripomore tudi k oceni uspešnosti sodnika, ki se pod sodbo podpiše.⁵⁶

3.5.2. Zmanjšanje sodnih zaostankov

Pričakovana posledica zmanjšanja števila polnih sodnih postopkov je tudi zmanjšanje sodnih zaostankov.⁵⁷

Sodni zaostanki so akuten problem večine sodobnih pravosodnih sistemov. V kazenskem pravu so še posebno problematični, saj je za obdolženca ves čas do končne sodbe mučno in negotovo obdobje, v katerem lahko državni represivni aparat zoper njega uporabi različne omejevalne ukrepe (na primer pripor) in ukrepe, ki posegajo v njegove temeljne pravice (na primer prisluškovanje, preverjanje bančnih računov, hišna preiskava). Po drugi strani pa ima tudi žrtev

⁵² Na primer D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 767. F. C. Zacharias, nav. delo, str. 1138.

⁵³ Kot ugotavlja v raziskavi Bošnjak, v Sloveniji niti ne toliko zaradi pravne ali dejanske zapletenosti zadev kot zaradi procesne nediscipline udeležencev kazenskega postopka. Marko Bošnjak (ur.): Potek kazenskih postopkov v Sloveniji: Analiza stanja in predlogi za spremembe. GV Založba, zbirka Pravna praksa, Ljubljana 2005, str. 59–60, 485–486 in 490–491.

⁵⁴ Glej na primer T. Lynch, nav. delo, str. 171–186.

⁵⁵ A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 83. V Nemčiji je Zvezno vrhovno sodišče izrecno prepovedalo odpoved pravici do pritožbe kot delu sporazuma, vendar se v praksi obdolženci tej pravici kljub temu pogosto neformalno odpovedo. Regina E. Rauxloh: Formalization of Plea Bargaining in Germany, v: Forham Internationsl Law Journal, 34 (2011) 2, str. 323–324.

⁵⁶ M. Heumann, nav. delo, str. 144.

⁵⁷ D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 767.

(oziroma njeni bližnji) interes, da se osebi, ki je grobo posegla v njene temeljne pravice, čim prej izreče moralna obsodba. Enako velja za širšo javnost – osebe, ki so družbi nevarne (kar so že dokazale s svojim preteklim ravnanjem), je treba čim prej obsoditi in jim tako onemogočiti nadaljnje izvrševanje kaznivih dejanj, hkrati pa s kaznijo vplivati nanje, da v prihodnje ne bodo več tako ravnale.

V kazenskem postopku je pravica do sojenja v razumnem roku zato zelo pomembna – pravica zamujena je pravica odrečena.⁵⁸ Pri kronični obremenjenosti sodišč s kazenskimi zadevami pa jo je zelo težko zagotoviti. Pogajanja o priznanju krivde naslavljajo to težavo tako, da omogočajo mnogo hitrejši pretok kazenskih zadev, hkrati pa tudi učinkovitejši: sklenitev sporazuma o priznanju krivde pomeni obsodilno sodbo.

3.5.3. Preusmeritev virov za reševanje zapletenih zadev

Manj sodnih postopkov hipotetično prinaša še eno korist: če sodišča (pa tudi tožilci in odvetniki) niso več obremenjena s tem, da sodijo v vseh primerih, lahko na ta račun prihranjeni čas, denar in energijo usmerijo v reševanje najbolj zapletenih zadev.⁵⁹ Vse to pa le ob izpolnjenosti te predpostavke: da se tožilci in obdolženci pogajajo v manj zapletenih primerih (v primeru t. i. bagatelnih kaznivih dejanj) in se odločijo za sojenje v bolj zapletenih primerih.

Izpolnjenost te predpostavke je vprašljiva. Tožilci v ZDA ne skrivajo, da je »verjetna dolžina sodnega postopka« odločilen element pri odločanju, ali se bodo spustili v pogajanja o priznanju krivde ali ne.⁶⁰ Alschuler je v nekem intervjuju dobil odkrito priznanje tožilca, da si za rešitev zadeve s pogajanjem o priznanju krivde zlasti prizadevajo v primeru težjih kaznivih dejanj, na primer v primeru umora, ki lahko zapre sodno dvorano za druge primere tudi za teden dni, ne pa v primerih, v katerih tudi sodni postopek vzame le pet minut.⁶¹

⁵⁸ Angl. *Justice delayed is justice denied*. Gre za pravno maksimo, ki se najpogosteje pripisuje britanskemu politikumu Williamu E. Gladstoneu (1809–1898), nekateri pa jo pripisujejo še mnogo starejšemu ameriškemu liberalcu Williamu Pennu (1644–1718), čeprav ne v izvorni obliki. Vir: Wikipedia <http://en.wikipedia.org/wiki/Justice_delayed_is_justice_denied> (10. 6. 2012). Tudi Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP) med drugim zahteva, da morajo države vsakomur zagotoviti, da se o obtožbah zoper njega odloči v razumnem roku (prvi odstavek 6. člena EKČP).

⁵⁹ Alschuler trdi celo nasprotno – ker včasih celo dolgotrajna pogajanja ne pripeljejo do sklenitve sporazuma o priznanju krivde, pogajanja o priznanju krivde v teh primerih vodijo celo do situacij, ki povečajo porabo virov sodišč in tožilcev, in ne nasprotno. A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 58.

⁶⁰ Prav tam, str. 55.

⁶¹ Prav tam. Tudi Bibas ugotavlja, da se tožilci najraje pogajajo v kompleksnih in zamudnih primerih, čeprav bi lahko obsodbo dosegli v kazenskem postopku. S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2474.

Podobno sliko kažejo tudi izkušnje iz Nemčije. Tam so se začeli pogajati prav v primerih najzahtevnejših oblik kaznivih dejanj – finančne kriminalitete, organizirane kriminalitete in okoljske kriminalitete.⁶²

Tudi slovenske izkušnje ne govorijo v prid izpolnjenosti te predpostavke. Tožilcem so bili namreč za rešitev bagatelnih primerov že pred uveljavitvijo pogajanj o priznanju krivde na voljo drugi konsenzualni mehanizmi: poravnava,⁶³ pogojna odložitev kazenskega pregona,⁶⁴ opustitev pregona⁶⁵ in v skrajšanih postopkih tudi izdaja sodbe na podlagi kaznovalnega naloga.⁶⁶ Potrebo po uvedbi pogajanj o priznanju krivde kljub obstoječim možnostim konca kazenskega postopka brez sojenja v primerih lažjih kaznivih dejanj lahko razložimo le tako, da za odpravo sodnih zaostankov potrebujemo tudi možnost izogiba kazenskega postopka v zapletenejših primerih.

3.6. Koristi na strani javnosti

Ekonomično in učinkovito delovanje kazenskega pravosodja koristi tudi splošni javnosti.⁶⁷ Hiter in učinkovit pregon storilcev kaznivih dejanj ter zmanjšanje sodnih zaostankov lahko povrneta zaupanje ljudi v organe kazenskega pravosodja. Če ljudje verjamejo, da organi pregona in sojenja delujejo učinkovito, se počutijo varneje. Ta občutek pa je eden od osnovnih pogojev za posameznikov osebnostni razvoj in sproščeno uživanje življenja.

Z večjim deležem kazenskih obsodb (ki ga je upravičeno pričakovati ob uvedbi pogajanj o priznanju krivde, saj se zadeve tako končajo hitreje in z gotovo obsodbo storilca kaznivega dejanja) naj bi družba tudi dejansko postala varnejša.⁶⁸ Storilce kaznivih dejanj se s kaznovanjem bodisi onesposobi za nadaljnje izvrševanje kaznivih dejanj (z zaporno kaznijo) bodisi se jih s kaznovanjem

⁶² J. I. Turner, nav. delo, str. 105. R. E. Rauxloh, nav. delo, str. 298.

⁶³ Člen 161a ZKP.

⁶⁴ Člen 162 ZKP.

⁶⁵ Člen 163 ZKP.

⁶⁶ Členi 445a–445e ZKP.

⁶⁷ Glej na primer Scott W. Howe: The Value of Plea Bargaining, v: Oklahoma Law Review, 58 (2005), str. 603–615 in 635–636.

⁶⁸ Vrhovno sodišče ZDA je v zadevi *Santobello proti New Yorku* (*Santobello v. New York*, 4040 U. S. 257 (1971)) med razlogi, zakaj je reševanje kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde zaželen element kazenskega pravosodja, poudarilo tudi dejstvo, da vodi do hitre in končne rešitve kazenskih zadev in tako varuje tudi javnost pred obdolženci, ki bodo najverjetneje nadaljevali s kaznivimi dejanji, tudi če bodo pogojno izpuščeni iz pripora.

odvrne od nadaljnega izvrševanja kaznivih dejanj (z denarno kaznijo ali s pogojno obsodbo).⁶⁹

Če kaznovanje storilca sledi kmalu po storitvi kaznivega dejanja in je gotovo (oziroma zelo verjetno), pa taka naložitev kazenske sankcije ne deluje le specialno preventivno, ampak učinkuje tudi generalno preventivno. Kaznovanje storilca, ko je v družbi še svež spomin na njegovo asocialno deviantno ravnanje, bo služilo tudi kot opozorilo preostalim potencialnim storilcem kaznivih dejanj: videli bodo, kakšnemu trpljenju bodo podvrženi, če bodo storili podobno kaznivo dejanje.⁷⁰

In navsezadnje, zaradi koristnih učinkov pogajanj *inter partes* imajo pogajanja o priznanju krivde tudi posebno družbeno vrednost: tožilcu omogočajo doseči več kazenskih obsodb brez povečanja izdatkov, obdolžencem (kot skupini) pa znižajo tveganje kaznovanja z visokimi kazenskimi sankcijami.⁷¹

3.7. Koristi na strani žrtev

Čeprav obdolženec s pogajanja o priznanju krivde doseže, da v zameno za priznanje krivde prejme nižjo kazen, naj bi bila gotovost obsodbe za žrtev tako pomembna, da odtehta s strani žrtve nezaželeno milost pri kaznovanju.⁷²

Poleg tega ima reševanje kazenskih zadev s sklepanjem sporazumov o priznanju krivde tudi za žrtev podobne prednosti kot za storilca: skrajša se obdobje negotovosti, ko žrtev čaka na končni izid kazenskega postopka, ki se lahko zaradi napak tožilstva konča tudi z oprostilno sodbo.⁷³ Poleg tega je žrtvi prihra-

⁶⁹ Gre za tako imenovano onemogočanje (angl. *incapacitation*). O različnih vidikih onemogočanja glej: Andrew von Hirsh, Andrew Ashworth in Juliam Roberts (ur.): *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. Hart Publishing, Oxford in Portland 2009, str. 75–101.

⁷⁰ Bentham je zastopal stališče, da je generalna prevencija glavni cilj kaznovanja. Če bi namreč storjeno kaznivo dejanje vzeli kot osamljen primer, ki se ne bo več ponovil, bi bilo kaznovanje nesmiselno – bilo bi le dodajanje zla na zlo. Če pa verjamemo, da bo ne-kaznovano kaznivo dejanje odprlo pot ne samo konkretnemu storilcu, ampak tudi drugim potencialnim storilcem kaznivih dejanj, kazen, naloženo konkretnemu storilcu, razumemo tudi kot zagotovilo za varnost drugim članom družbe. Glej Jeremy Bentham: *The Principles of Morals and Legislation*. Prometheus Books. Amherst 1988, zlasti str. 178–180.

⁷¹ R. E. Scott in W. J. Stuntz, nav. delo, str. 1915.

⁷² D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 767.

⁷³ Tako denimo tudi generalni državni tožilec Združenega kraljestva v smernicah o pogajanjih o priznanju krivde v primerih hujših in kompleksnih goljufij z dne 18. marca 2009, str. 2, dostopno na <<http://www.attorneygeneral.gov.uk/Publications/Documents/AG's%20Guidelines%20on%20Plea%20Discussions%20in%20Cases%20of%20Serious%20or%20Complex%20Fraud.pdf>> (10. 5. 2012).

njeno morebitno pričanje v kazenskem postopku in s tem njena sekundarna viktimizacija.⁷⁴

To potrjujejo tudi izsledki nedavne raziskave kaznovalnega sveta Združenega kraljestva, ki jo je z nasveti usmerjal profesor Baldwin: žrtve so na splošno naklonjene pogajanjem o priznanju krivde in celo nižanju kazni storilcem, ki priznajo krivdo.⁷⁵

4. KRITIKE UTILITARISTIČNEGA PRISTOPA

Reševanje kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde nedvomno naslavlja in uspešno rešuje mnogo problemov, s katerimi se soočajo sodobni kazenski pravosodni sistemi. Toda to še zdaleč ni zadosten razlog za nekritičen sprejem pogajanj o priznanju krivde v kazenskopravni sistem. Za vzpostavitev uravnoteženega odnosa do tega instituta je treba osvetliti tudi drugo plat medalje oziroma ga postaviti v širši kazenskopravni kontekst. Korist za posameznega udeleženca kazenskega postopka lahko na drugi strani spodkoplje nekatere temelje, na katerih stoji zgradba pravičnega sojenja v kazenskih zadevah.

4.1. Ekonomičnost na račun kakovosti

Res je, da se s pogajanja o priznanju krivde kazenske zadeve rešujejo mnogo hitreje kot v sodnem postopku in da se tako pomembno privarčuje na virih vseh udeležencev v kazenskem postopku, zlasti tožilcev, odvetnikov in sodišč. Vendar se je treba pri tem zavedati, da ima ekonomičnost tudi svojo temno plat. Manj časa in denarja za odločitev o posamični zadevi skoraj nujno pomeni tudi nižjo kakovost končne odločitve v tej zadevi (ob predpostavki, da je najbolj kakovostna odločba tista, ki temelji na resnici).

Bistvo kazenskega postopka je ugotavljanje resničnega dejanskega stanja.⁷⁶ Ali, kot je zapisal Alschuler, najbolj izdelan mehanizem za ugotavljanje obdolženčeve krivde, ki ga je pravni sistem ustvarjal in izboljševal več stoletij, je kazen-

⁷⁴ D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 767. Zanimiv je tudi razvoj v Nemčiji, kjer sprva niso bili naklonjeni pogajanjem o priznanju krivde v primerih nasilnih kaznivih dejanj. Izjemoma pa so se začeli pogajati v primerih posilstev prav zato, da bi žrtvi prihranili morebitno pričanje in vnovično izpostavljenost težki situaciji. J. I. Turner, nav. delo, str. 75 in 105.

⁷⁵ V primeru hudih kaznivih dejanj je bilo mnenje deljeno. Žrtve je zlasti skrbelo, da (pre)nizka kazen ne bo imela specialno preventivnega učinka. William Dawes, Paul Harvey, Brian McIntosh, Fay Nunnery in Annabele Phillips: Attitudes to Guilty Plea Sentence Reductions. Sentencing Council Research Series 02/11, Združeno kraljestvo 2011, str. 18–21. Rezultati raziskave so dostopni na spletni strani <[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Attitudes_to_Guilty_Plea_Sentence_Reductions_\(web\).pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Attitudes_to_Guilty_Plea_Sentence_Reductions_(web).pdf)> (13. 6. 2012).

⁷⁶ F. E. Zimring in R. S. Frase, nav. delo, str. 496.

ski postopek.^{77, 78} V njem tožilec (običajno na podlagi predhodne policijske preiskave in kazenske ovadbe) začne preiskovati zadevo. Bistvo njegovega dela je zbiranje dokazov. Ker je kaznivo dejanje historičen, neponovljiv dogodek, ki ga storilec kaznivega dejanja skuša kar najbolj prikriti, je zbiranje (čim več in čim bolj kakovostnih) dokazov težka, a vendar edina pot do pravične končne odločitve.

Na drugi strani mora tudi odvetnik v kazenskem postopku delovati zelo aktivno, če želi resnično delati v dobro obdolženca, ki ga brani. Ne le da mora nadzirati delo policije in tožilca ter izpodbijati njuna ravnanja, če niso v skladu z zakonom ali pa posegajo v pravice njegovega klienta, ampak mora tudi sam aktivno preverjati zgodbo obdolženca in zbirati razbremenilne dokaze. Le tako ravnanje strank v kazenskem postopku v skladu z adversarno koncepcijo kazenskega postopka priskrbi sodišču najbolj polnovredno podlago za končno odločitev.

V kazenskih sistemih z ostanki inkvizitorne tradicije pa so vsi organi kazenskega pravosodja dodatno zavezani k načelu iskanja materialne resnice, kar pomeni, da morajo tudi sodišča – če presodijo, da je to potrebno za kakovostno odločitev – v skladu z instruksijsko maksimo po uradni dolžnosti ugotavljati pomembna dejstva.⁷⁹

Reševanje zadev s pogajanjem o priznanju krivde temelji na povsem drugačni zasnovi. Ker je eno od osrednjih vodil pogajalskega načina reševanja kazenskih zadev ekonomičnost (časovna in finančna), se pogajanja o priznanju krivde običajno dogajajo kmalu na začetku postopka. Takrat je vedenje strank o svojem vidiku zadeve, še bolj pa o vidiku nasprotne stranke še zelo nepopolno.⁸⁰ V ospredju pogajalskega načina reševanja kazenskih zadev je torej doseči čimprejšnje soglasje strank, in ne do popolnosti ter resničnosti ugotoviti dejstva, pomembna za odločitev.⁸¹ Scott in Stuntz opišeta reševanje kazenskih zadev v ZDA kot »škandalozno običajno«: hiter pogovor med tožilcem in odvetnikom v tožilčevi pisarni ali na hodniku sodišča, s poznavanjem zgolj osnovnih

⁷⁷ A. W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1294.

⁷⁸ Za zanimiv prispevek o vlogi kazenskega postopka, o temeljni delitvi na adversarne in inkvizitorne kazenske postopke in njenih posledicah, ter zlasti o različnem dojetanju resnice v njiju, z osredotočenjem na vprašanje, kakšno vrsto resnice sploh iščemo, glej Thomas Weigend: *Is the Criminal Process About Truth?*, v: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 23 (2003) 1, str. 157–173.

⁷⁹ Katja Šugman Stubbs in Primož Gorkič: *Dokazovanje v kazenskem postopku*. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 65–66 in 84.

⁸⁰ F. E. Zimring in R. S. Frase, nav. delo, str. 497.

⁸¹ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 83.

podatkov o zadevi, brez prič, ki pripelje do končne rešitve zadeve, ki je nato »prodana« tako obdolžencu kot tudi sodniku.⁸²

Pa tudi sicer stranki v pogajanjih o priznanju krivde nista zainteresirani za vsestransko osvetlitev zadeve.⁸³ Nasprotno – kar najhitreje bosta skušali doseči sporazum o tem, kako naj se zadeva konča, ne da bi v to vlagali preveč svoje energije.⁸⁴

Tožilec v pogajanjih o priznanju krivde sicer ni povsem odvezan dokazovanja, vendar pa mu je treba dokazati bistveno manj. Dokazati mora obstoj dejanske podlage za kaznivo dejanje (angl. *factual basis*). To pa še zdaleč ne dosega dokaznega standarda onkraj razumnega dvoma.⁸⁵ Bistveni dokaz, s katerim bo prepričal sodišče, bo pridobil od obdolženca: njegovo priznanje.⁸⁶

Tudi obramba v postopku pogajanj o priznanju krivde ni zainteresirana za celovito ugotavljanje dejanskega stanja. Še zlasti če sprejmemo stališče, da se za pogajanja o priznanju krivde odločijo le krivi obdolženci, ki so v zameno za nižjo kazen pripravljene priznati krivdo (nedolžne osebe pa svojo nedolžnost dokazujejo v kazenskem postopku). »Resnično« krivi obdolženci niso motivirani razpravljati o resničnem dejanskem stanju, prej nasprotno.⁸⁷ S tožilcem želijo skleniti sporazum, ki bo zanje najugodnejši – pogosto tudi tako, da dejansko stanje čim bolj zamegljijo ali pa zanje obremenilne okoliščine vsaj zamolčijo.⁸⁸

⁸² Robert E. Scott in William J. Stuntz, nav. delo, str. 1911–1912.

⁸³ Bibas trdi, da se stranki v kazenskih zadevah pogajata z zavezanimi očmi. Stephanos Bibas, nav. delo (2004), str. 2495.

⁸⁴ Do resničnih (vsebinskih) pogajanj običajno sploh ne pride. Littrell je tako »barantanje« označil za mit, saj se pred rešitvijo zadeve zgodi le malo pogajanj oziroma nič. Boyd W. Littrell, *Bureaucratic Justice: Police, Prosecutors and Plea Bargaining*. Sage Publications, Beverly Hills in London 1979, str. 219–223. Tudi Heuman je ugotovil, da se med tožilcem in odvetnikom običajno izmenja le nekaj besed, preden je sporazum sklenjen. Milton Heumann, nav. delo, str. 35.

⁸⁵ Tako se je denimo v zadevi *ZDA proti Maherju (United States v. Maher, 108 F.3d 1513 (2nd Cir. 1997))* pritožbeno sodišče ZDA sklicevalo, da točka f 11. člena Zveznih pravil o kazenskem postopku od sodišča ne zahteva, da ugotovi dejanski obstoj krivde, ampak zgolj, da je priznanje v skladu z dejansko podlago. Glej tudi Richard H. Uviller, nav. delo, str. 193. Albert W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1293–1294. Tudi slovenski ZKP zahteva zgolj, naj sodišče preveri, ali je priznanje podprto z drugimi dokazi v spisu. Glej tretjo točko prvega odstavka 258.c člena ZKP-K.

⁸⁶ Oonagh E. Fitzgerald, nav. delo (1990), str. 103–107.

⁸⁷ Lynn M. Mather: *Plea Bargaining or Trial?: The Process of Criminal-Case Disposition*. Lexington Books, Lexington, Massachusetts in Toronto 1979, str. 100–101. Edini, ki dejansko stanje zares pozna, je obdolženec. S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2494.

⁸⁸ Na primer Thomas Weigend: *Is the Criminal Process About Truth?*, v: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 23 (2003) 1, str. 157 in 159–160. Tudi A. W. Alschuler, nav.

Tako tožilci kot tudi odvetniki se tako najpogosteje pogajajo brez dejanskega poznavanja okoliščin kaznivega dejanja, značaja obdolženca in drugih dejavnikov, potrebnih za dober sporazum.⁸⁹ Obsodba storilca na podlagi takega sporazuma gotovo ni kakovostna odločitev – odločitev, ki temelji na resnično in popolno ugotovljenem dejanskem stanju in na njegovi podlagi odmerjene pravične kazenske sankcije.

4.2. Učinkovitost na račun pravičnosti

Pogajanja o priznanja krivde torej ne pripeljejo do istega cilja kot kazenski postopek. V kazenskem postopku sodišče na podlagi resnično in popolno ugotovljenega dejanskega stanja odloči o krivdi storilca in mu – upošteva težo kaznivega dejanja in storilčevo krivdo (pri čemer upošteva vse olajševalne in oteževalne okoliščine konkretnega primera) – odmeri kazen v zakonsko predpisanih mejah.⁹⁰ V postopku pogajanj o priznanju krivde pa tožilec in obdolženec stremita k temu, da bi bil sklenjeni sporazum kar najbolj v njunem interesu – tožilstvo želi doseči obsodbo,⁹¹ a hkrati čim manj popustiti pri kazni,⁹² obramba pa si želi nasprotno: v zameno za priznanje krivde s pogajanjem doseči najnižjo mogočo kazen.⁹³

4.2.1. Taktike in metode tožilcev

Da bi stranki drugo stran prepričali v sklenitev sporazuma brez velikih izgub na svoji strani, uporabljata različne pogajalske metode in taktike. Tožilci za zagotovitev boljšega pogajalskega izhodišča pogosto vlagajo čezmerne obtožnice (angl. *overcharging*, tudi *overfiling*).⁹⁴ Ker pričakujejo, da bodo v pogajanjih

delo (1988), str. 68. Nancy J. King: Priceless Process: Nonnegotiable Features of Criminal Procedure, v: UCLA Law Review, 47 (1999) 1, str. 166–172. Tudi z vidika ekonomske analize prava velja, da sta stranki nagnjeni k temu, da prikrijeta informacije, ki bi popravile zmotni pesimizem nasprotne stranke. Tako Robert Cooter in Thomas Ulen: Ekonomska analiza prava. Časnik Finance, Ljubljana 2005, str. 415. Nasprotno trdita Scott in Stuntz: po njunem mnenju dejstvo, da se pogajanja opravijo prek pravnikov (tožilca in odvetnika), zmanjšuje skrb za to, da bo prišlo do zakrivanja relevantnih informacij. R. E. Scott in W. J. Stuntz, nav. delo, str. 1922.

⁸⁹ F. E. Zimring in R. S. Frase, nav. delo, str. 497.

⁹⁰ Tako 49. člen Kazenskega zakonika (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/08 in nasl.

⁹¹ S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2471.

⁹² R. E. Scott in W. J. Stuntz, nav. delo, str. 1914.

⁹³ Uviller, ki je delal tudi kot tožilec, celo pravi: »Brutalno realistično – morda celo cinično – bistvo pogajanj o priznanju krivde ni ugotovitev krivde ali nedolžnosti.« R. H. Uviller, nav. delo, str. 192.

⁹⁴ A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 85–99. L. M. Mather, nav. delo, str. 48 in 114. A. Rosset in D. R. Cressey, nav. delo, str. 100. John F. Klein, nav. delo, str. 118–120.

o priznanju krivde morali popustiti obrambi, da bo ta pripravljena priznati krivdo, si s čezmerno obtožnico zagotovijo, da bodo v postopku pogajanj o priznanju krivde dejansko popustili le navidezno.⁹⁵ Realno tožilec že na začetku pričakuje priznanje krivde za blažje kaznivo dejanje, kot ga zastopa v obtožnici. In kar je najpomembneje, čezmerno obtoževanje povzroči, da je sodni postopek dojet kot manj privlačna alternativa.⁹⁶

Tožilci pa so iznašli tudi načine, kako pridobiti priznanje krivde v t. i. šibkih primerih (angl. *weak cases*) – primerih, v katerih imajo na voljo malo dokazov o krivdi storilca, hkrati pa so o njej prepričani.⁹⁷ Večina ameriških tožilcev priznava, da je njihova osnovna filozofija »pol štruce kruha je bolje kot nič«.⁹⁸ V skladu s to filozofijo so pripravljene v šibkih primerih kazni močno znižati oziroma obdolženca izdatno nagraditi za priznanje krivde. Neki tožilec je Alschulerju izrecno priznal: »Če imamo šibek primer, bomo kazni pripravljene znižati, skoraj toliko, kolikor bo treba, da se izognemo porazu.«⁹⁹

Zato da si zagotovijo priznanje krivde, tožilci pogosto tudi slepijo (angl. *bluf*)¹⁰⁰ – na primer obrambo zavajajo tako, da zatrjujejo obstoj pomembnega obremenilnega dokaza, ki ga v resnici ni (več) (denimo če je glavna obremenilna priča umrla, odšla neznanu kam ali pa noče pričati),¹⁰¹ ali pa obdolženca soočijo z dokazi, za katere vedo, da so nedovoljeni in bi jih bilo treba izločiti.¹⁰²

⁹⁵ Ali, kot navaja Alschuler, glavni razlog za čezmerno obtoževanje je, da želijo tožilci igrati varno igro. A. W. Alschuler, nav. delo, str. 92. Glej tudi R. L. Lippke, nav. delo, str. 31–34 in 179–181.

⁹⁶ A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 98. Zanimiv je tudi podatek, da je kanadska komisija za zakonodajne spremembe (Law Reform Commission of Canada) v svojem poročilu za spremembe na področju pogajanj o priznanju krivde to prakso obsodila in zanjo predlagala stroge prepovedi. Law Reform Commission of Canada: *Plea Discussions and Agreements*. Ottawa 1989, str. 21–22, 41–42, 46.

⁹⁷ M. Heumann, nav. delo, str. 100–101 in 106. A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 63–64. R. H. Uviller, nav. delo, str. 192. J. F. Klein, nav. delo, str. 77. Poudarjam, da je prepričanje tožilcev o dejanski krivdi obdolžencev pomemben dejavnik. Če niso prepričani o krivdi in verjamejo, da je obdolženec nedolžen, potem kazenski pregon opustijo in ne uporabljajo v nadaljevanju navedenih spornih metod.

⁹⁸ A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 60. Glej tudi R. L. Lippke, nav. delo, str. 204–212.

⁹⁹ Prav tam, str. 59.

¹⁰⁰ Prav tam, str. 65–66. R. Hollander-Blumhoff, nav. delo, str. 124–125. A. F. Hessic III in R. M. Saujani, nav. delo, str. 196.

¹⁰¹ A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 65.

¹⁰² A. F. Hessic III in R. M. Saujani, nav. delo, str. 196.

Tako ravnanje tožilca nujno privede do nepravilnega rezultata: tožilec »izsili« priznanje od obdolženca in tako doseže obsodilno sodbo, ki bi jo v sodnem postopku le težko oziroma je sploh ne bi dosegel.

Problem pa dobi še večje razsežnosti, če upoštevamo, da so najbolj šibki primeri tisti, v katerih je obdolženec nedolžen.¹⁰³ Tožilci na nedolžne osebe, ki se po nesrečnem spletu okoliščin znajdejo v kazenskem postopku, pogosto izvajajo najhujši pritisk: ponudijo jim največji popust pri kazni¹⁰⁴ ali pa jih zavajajo z nerealno predstavitvijo svojega primera. Nedolžni, ki niso nagnjeni k tveganju, v tak sporazum hitreje privolijo, saj želijo preprečiti možnost obsodbe za znatno višjo kazen v sodnem postopku.

4.2.2. Taktike in metode odvetnikov

Čeprav so odvetniki zgolj zastopniki obdolženčevih interesov in bi morala biti volja obdolženca ključna pri odločitvi, ali se bodo pogajali ali pa bodo zahtevali dokazovanje njihove krivde v sodnem postopku, pogosto ni tako. Odvetniki, pogosto preobremenjeni z delom ali pa v pomanjkanju časa in energije za izpeljavo kakovostnega sodnega postopka, obdolžencu, še preden dodobra preučijo njegov primer, zelo jasno svetujejo, naj zadevo konča s pogajanjem o priznanju krivde. In kar je še bolj skrb zbujajoče, mnogi odvetniki celo aktivno prepričujejo obdolžence v priznanje krivde, čeprav obdolženci tega nočejo.¹⁰⁵

Za prepričevanje obdolženca v priznanje krivde uporabijo različne taktike – podobno kot tožilci tudi odvetniki obdolžencem lažno prikazujejo stanje zadeve: jim zatrjujejo, da so policisti in tožilci zoper njega zbrali trdne dokaze (čeprav jih niso), celo grozijo, da ga – če ne prizna krivde – ne bodo zastopali,¹⁰⁶ znani

¹⁰³ O različnih prispevkih tožilcev (pa tudi odvetnikov in sodnikov) k temu, da nedolžni priznajo krivdo, glej A. F. Hessic III in R. M. Saujani, nav. delo, str. 189–242. Glej tudi R. H. Uviller, nav. delo, str. 191–193. R. L. Lippke, nav. delo, str. 212–215.

¹⁰⁴ A. F. Hessic III in R. M. Saujani, nav. delo, str. 199. Zagovornika pogajanj o priznanju krivde Scott in Stuntz v tem ne vidita nič nenavadnega – tožilec s priznanjem krivde oziroma izognitvijo sojenja v šibkem primeru pridobi nekaj zelo vrednega, zato pač mora za to plačati (v obliki večjega popusta pri kazni). R. E. Scott in W. J. Stuntz, nav. delo, str. 1915. Podobno tudi Easterbrook, zagovornik tržnega modela kazenskega postopka, v velikih »popustih« za nedolžne ne vidi nič problematičnega. Problem po njegovem ni v pogajanjih o priznanju krivde, ampak v tem, da so nedolžni lahko v kazenskem postopku spoznani za krive. F. Easterbrook, nav. delo (1982), str. 309.

¹⁰⁵ A. W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1191–1195. Abraham S. Blumberg: The Practice of Law as Confidence Game, v: *Law and Society Review*, 1 (1967) 2, str. 23. A. Rosset in D. R. Cressey, nav. delo, str. 74, 126. L. M. Mather, nav. delo, str. 74.

¹⁰⁶ A. S. Blumberg, nav. delo, str. 29. A. W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1191.

pa so celo primeri, ko odvetniki prek družinskih članov zlomijo obdolženčev odpor pred priznanjem krivde.¹⁰⁷

Ugotovitev, da je obdolženčev odvetnik pravzaprav najbolj učinkovit pri prepričevanju obdolženca v priznanje krivde, zato ni presenetljiva.¹⁰⁸

4.2.3. Sodelovanje nasprotnikov

Razlog za motiviranost odvetnikov, da svoje kliente spodbujajo k priznanju krivde, je mogoče najti tudi v dejstvu, da so odvetniki del kazenskega pravosodnega sistema, zato se čutijo zavezani sodelovati s preostalimi organi v kazenskem postopku, zlasti s tožilci.¹⁰⁹ Pomembna izhodiščna točka, ki lajša sodelovanje s tožilci, je, da odvetniki zelo kmalu dojamejo, da je večina obdolženčev, ki jih zastopajo, dejansko krivih.^{110, 111} Posledično so prepričani, da je pogajanje s tožilcem za nižjo kazen zanje najboljša izbira. Sodelovanje odvetnikov s tožilci dodatno lajša tudi njihova lažja identifikacija s tožilci, saj so oboji pripadniki istega (višjega) družbenega razreda. Nasprotno je identifikacija z obdolženci – običajno pripadniki nižjega razreda in neizobraženimi – težja.¹¹² Alschuler ta odnos slikovito opiše kot birokratsko simbiozo.¹¹³

¹⁰⁷ A. S. Blumberg, nav. delo, str. 28. A. W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1192–1194. Alschuler tu predstavi primer *United States ex. rel. Brown v. LaVallee*, 424 F.2d 457 (2nd Cir.), v katerem je tožilec potem, ko mu po desetih mesecih ni uspelo prepričati obdolženca, naj prizna krivdo za umor, poslal po njegovo mater, ki ga je milo prosila, naj krivdo prizna, sicer bo – kot ji je zatrdil odvetnik – usmrčen na električnem stolu. Pretresljivo je, da pritožbeno sodišče v tem ravnanju ni videlo nič spornega. Nasprotno – ugotovilo je celo, da je bilo priznanje krivde obdolženca povsem prostovoljno, saj so prošnje prišle iz ust odvetnika in njegove matere (in ga v to ni prisilil tožilec ali sodnik). Tako ravnanje se lahko upošteva zgolj kot dobronameren nasvet, ne pa kot nedovoljen pritisk na obdolženčevo voljo.

¹⁰⁸ A. S. Blumberg, nav. delo, str. 36–38. A. F. Hessic III in R. M. Saujani, nav. delo, str. 207. Take so tudi izkušnje v Združenem kraljestvu. Glej: Mike McConville: *Plea Bargaining: Ethics and Politics*, str. 67–91, v: S. Doran in J. D. Jackson (ur.): *The Judicial Role In Criminal Proceedings*. Hart Publishing, Oxford in Portland 2000, str. 77.

¹⁰⁹ A. Rosset in D. R. Cressey, nav. delo, str. 105. S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2480. G. F. Perrine, nav. delo, str. 203.

¹¹⁰ M. Heumann, nav. delo, str. 58. A. F. Hessic III in R. M. Saujani, nav. delo, str. 213. A. Rosset in D. R. Cressey, nav. delo, str. 126.

¹¹¹ V demokratični državi je tako stanje tudi zaželeno, sicer bi pomenilo, da policisti in tožilci prepogosto z neutemeljenim preiskovanjem in pregonom pogosto posegajo v temeljne pravice nedolžnih državljanov.

¹¹² A. S. Blumberg, nav. delo, str. 21. A. Rosset in D. R. Cressey, nav. delo, str. 126. Podrobneje o učinkih identifikacije z določeno družbeno skupino in posledično stereotipno dožemanje posameznikov, ki niso pripadniki te skupine, glej: Rebecca Hollander-Blumhoff: *Social Psychology*, v: *Marquette Law Review*, 91 (2007) 1, str. 179–181.

¹¹³ A. W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1210.

Tožilci in odvetniki v pogajanjih o priznanju krivde tako ne nastopajo več v svojih običajnih vlogah – ne stojijo več na nasprotnih straneh, ampak razvijejo sodelujoč odnos. Ta je tudi nujen pogoj za uspešna pogajanja.¹¹⁴ Po drugi strani pa lahko slab odnos med tožilcem in odvetnikom onemogoči uspešna pogajanja, kar bo najbolj občutil obdolženec. Tožilci lahko odvetnika kaznujejo za nesodelovanje – največkrat tako, da ga označijo za »nepogajalca« in se z njim nočejo pogajati niti v primerih, ko pride pobuda z njegove strani.¹¹⁵ Končno breme pa nosi obdolženec, ki bo kaznovan strožje. Prvič zato, ker bo tožilec sodišču predlagal strožjo kazen, in drugič zato, ker tudi sodniki (čeprav v pogajanjih formalno ne sodelujejo) odvetnikom redno sporočajo, da je sklenitev sporazuma zaželena.¹¹⁶ V primeru obsodbe v sodnem postopku (po odsotnosti pogajanj zaradi odvetnikovega vztrajanja ali pa njihove neuspešnosti) njihovega klienta kaznujejo strožje.¹¹⁷

Pretesno sodelovanje med tožilci in odvetniki lahko privede tudi do primerov t. i. blagovnih menjav (angl. *trade-outs*). Gre za primere, ko tožilec v želji po čimprejšnji pridobitvi priznanja krivde v nekem primeru odvetniku obljubi, da bo znižal kazen nekemu njegovemu drugemu klientu. Ali pa obrnjen – odvetnik pogoji priznanje krivde svojega klienta v eni zadevi z dodatnim znižanjem kazni njegovemu klientu v drugi zadevi.¹¹⁸

Situacije, v katerih na končno odločitev o kazenski zadevi vplivajo dobri, sodelujoči odnosi med odvetniki in tožilci oziroma njihova odsotnost, ne vodijo do pravične in objektivne odločitve v zadevi. Obdolženci v podobnih položajih so

¹¹⁴ »Neformalni odnosi so pogoj *sine qua non* ne samo za uspešno opravljanje svoje [odvetnikove] funkcije, ampak tudi za pogajanja o krivdi in kazni.« (prevod A. T.) A. S. Blumberg, nav. delo, str. 21. Tako tudi L. M. Mather, nav. delo, str. 96–97. Glej tudi R. Hollander-Blumhoff, nav. delo (1997), str. 135–147. Zanimiv je tudi podatek iz študije Kupfer Schneiderjeve, v kateri je ugotovila, da so kazenski odvetniki v primerjavi z družinskimi odvetniki (ki se sicer štejejo za najbolj sodelujoče in usmerjene v reševanje problema ter najmanj adversarne) bolj sodelujoči in usmerjeni v reševanje problema ter manj adversarni. Vendar pa v sklepu poudari, da rezultati študije niso nujno le odsev resnične kooperativnosti kazenskih odvetnikov, ampak so lahko tudi posledica sistemske nagnjenosti (prisile) k sklepanju sporazumov o priznanju krivde ali pa so dobre ocene odvetnikov celo izraz tožilskega pokroviteljstva do odvetnikov (kazenske odvetnike so ocenjevali tožilci). Glej Andrea Kupfer Schneider: Cooperating or Caving In, v: *Marquette law review*, 91 (2007) 1, str. 145–161, zlasti str. 148–153 in 161.

¹¹⁵ M. Heumann, nav. delo, str. 62–69.

¹¹⁶ S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2480. A. S. Blumberg, nav. delo, str. 22. A. W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1237–1240.

¹¹⁷ M. Heumann, nav. delo, str. 140–141. J. F. Klein, nav. delo, str. 18. Michael M. O'Hear: Plea Bargaining and Procedural Justice, v: *Georgia Law Review*, 42 (2008) 2, str. 419.

¹¹⁸ A. W. Alschuler, nav. delo (1975), str. 1186. A. F. Hessic III in R. M. Saujani, nav. delo, str. 207. S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2480.

zaradi povsem nepomembnih dejavnikov (kot so odnosi simpatije ali antipatije med odvetniki in tožilci) za odločitev o njihovi krivdi in kazni obravnavani neenako.

4.2.4. Neenako obravnavanje obdolžencev

Neenako obravnavanje storilcev je tako vpeto v pogajanja o priznanju krivde, da se mu je nemogoče izogniti. Prvič zaradi odvisnosti končnega sporazuma od povsem osebnih okoliščin na strani tožilca in odvetnika – že omenjenih dobrih ali slabih odnosov, pa tudi njunih splošnih pogajalskih in diplomatskih sposobnosti. In drugič, še pomembneje, zato, ker na končni rezultat pogajanj o priznanju krivde ne vpliva realna ocena dejanskega stanja, ampak dokazna ocena tožilca, ki običajno temelji na pomanjkljivo raziskani zadevi.¹¹⁹ Če ima tožilec proti obdolžencu močne dokaze, bo za kaznivo dejanje predlagal zelo visoko kazen in bo trd pogajalec. Če pa ima kazenska zadeva »luknjo«, bo v postopku pogajanj prožnejši in bo kazen pripravljen močno znižati.¹²⁰

Neenako obravnavanje obdolžencev pa se lahko v postopek pogajanj o priznanju krivde vtihotapi tudi na drug način: v primeru pregona beloovratniške kriminalitete. Večinoma razprave o kazenskem postopku in vlogi obdolženca v njem gradijo na predpostavki, da je obdolženec reven in neizobražen pripadnik nižjega družbenega razreda, ki ne pozna pravnega sistema (z izjemo povratnikov) in si ne more privoščiti dobrega odvetnika.¹²¹ Čeprav je splošni stereotip o obdolžencih utemeljen tudi na statističnih podatkih,¹²² ne gre zanemariti dejstva, da pomemben delež kriminalitete storijo tudi storilci iz višjih

¹¹⁹ Blumberg trdi, da visok delež obsodilnih sodb pred ameriški sodišči kaže na to, da je »sodni postopek« postal površna ponovitev in potrditev predkazenskega postopka. A. S. Blumberg, nav. delo, str. 21. Podobno tudi K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 83. Glej tudi Jack Katz: *Legality and Equality: Plea Bargaining in Prosecution of White-Collar and Common Crimes*, v: *Law and Society Review*, 13 (1979) 2, str. 44. A. Rosset in D. R. Cressey, nav. delo, str. 88.

¹²⁰ A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 60.

¹²¹ Od tod tudi izvira načelo enakosti orožij. Obdolžencu moramo za zagotovitev enakopravnosti zagotoviti dostop do odvetnika. Glej na primer: Jay Sterling Silver: *Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right*, v: *Wisconsin Law Review*, 1990 (1990) 4, str. 1007–1042. Richard E. Myers: *The Adversarial Counsel In Inquisitorial System*, v: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 37 (2011) 2, str. 411–435.

¹²² Osebnostna struktura povprečnega slovenskega obdolženca je: moški, star od 20 do 40 let, s končano poklicno šolo (čez 50 odstotkov) ali nedokončano osnovno šolo (blizu 30 odstotkov), skoraj vsak drugi med njimi je brezposeln. Glej Nataša Skubic: *Analiza zbranih podatkov o sodiščih, obtožbah in obdolžencih*, v: M. Bošnjak (ur.), nav. delo (2005), str. 68–75.

družbenih slojev.¹²³ Dinamika pogajanj v takih primerih je povsem drugačna kot dinamika pogajanj v primerih stereotipnih obdolžencev.¹²⁴ Ti obdolženci so si sposobni najeti najboljšega odvetnika, ki je po svojih dohodkih in (posledično) ugledu nad povprečnim tožilcem, ki je (zgolj) državni uslužbenec.¹²⁵ Tak odvetnik ima v postopku pogajanj o priznanju krivde gotovo večji vpliv na tožilčevo odločitev kot odvetniki običajnih storilcev kaznivih dejanj.^{126, 127} To pa spet vodi do neenakega obravnavanja storilcev.¹²⁸

¹²³ Učinki beloovratniške kriminalitete pa so običajno še bolj družbeno škodljivi od običajne poulične kriminalitete. Tega se očitno zaveda tudi Vrhovno tožilstvo Republike Slovenije: »Pregon gospodarske in korupcijske kriminalitete predstavlja prioriteto pri zastavljanju ciljev dela tožilstva in politike pregona. Gospodarska kriminaliteta je ena izmed najnevarnejših oblik kriminalitete in posega v temelje demokratične družbe. Škoda, ki jo povzroča, je velika.« Tako v Politiki pregona, sprejeti 27. junija 2012, ki je dostopna na spletni strani <http://www.dt-rs.si/sl/informacije_za_medije/114/> (16. 8. 2012).

¹²⁴ Katz je že leta 1979 napisal prispevek o različnem obravnavanju beloovratniških storilcev, ki se začne že v postopku preiskovanja zadeve in se pozneje kaže tudi pri njihovem drugačnem obravnavanju v postopku pogajanj o priznanju krivde. J. Katz, nav. delo, str. 431–459. Lynch denimo pogajanja o priznanju krivde v primerih beloovratniške kriminalitete postavi kot vzor sodobnega administrativnega reševanja kazenskih zadev. G. E. Lynch, nav. delo, str. 2125–2126. O sodobni problematiki pregona beloovratniške kriminalitete s pogajanjmi o priznanju krivde glej Stephanos Bibas: White-Collar Plea Bargaining and Sentencing After *Booker*, v: William and Mary Law Review, 47 (2005) 3, str. 721–741.

¹²⁵ N. Garoupa in F. H. Stephen, nav. delo, str. 352.

¹²⁶ Prav tam. Na pomembnost tega vidika me je opozoril prof. dr. Matjaž Jager, za kar se mu zahvaljujem.

¹²⁷ Vendar pa je v zadnjih desetletjih prišlo do spremembe v dojemanju beloovratniške kriminalitete. Javnost je vse bolj soglasna, da je prav ta oblika kriminalitete najbolj pereč problem sodobne družbe in zato postajajo zahteve po njenem pregonu vse glasnejše. To lahko vpliva tudi na odločanje tožilcev in sodnikov – bodisi tako, da v takih zadevah ne bodo pretirano popustljivi, bodisi tako, da se bodo odločili za sojenje. Na to morda kaže tudi poseben poudarek države pri pomembnosti pregona take oblike kriminalitete (na primer z ustanovitvijo posebne skupine tožilcev za pregon organizirane kriminalitete in korupcije, ustanovitev Nacionalnega preiskovalnega urada in sprejetje Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, Ur. l. RS, št. 91/2011). Seveda pa je to lahko tudi zgolj izraz populistične države vsakokratne oblasti, ki želi biti všečna volilnemu telesu, dejansko pa se stvari ne spremenijo (*law in books* ni nujno tudi *law in action*).

¹²⁸ Obstajajo pa tudi drugačna mnenja. Nardulli, Einstein in Flemming so denimo ugotovili, da so obdolženci tudi v postopku pogajanj o priznanju krivde obravnavani razmeroma enakopravno. Peter F. Nardulli, James Einstein, Roy B. Flemming: *The Tenor of Justice: Criminal Courts and the Guilty Plea Process*. University of Illinois Press, Urbana in Chicago 1988, str. 372–375. Poleg tega je neenakost prisotna tudi v rednem kazenskem postopku – premožnejši si lahko najamejo boljše odvetnike kot revnejši, in tudi sicer so zaradi različnih socio-psiholoških (nezavednih) dejavnikov (stereotipiziranje, grupiranje, predsodki) obravnavani bolje.

4.3. Sprememba v funkciji sojenja

4.3.1. Sodišče kot potrjevalec sporazumov o priznanju krivde

V kazenskem pravosodnem sistemu, ki temelji na reševanju kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde, je funkcija sodišča bistveno drugačna kot v primeru odločanja o obtožbah v adversarnem kazenskem postopku. Tam je glavni poudarek na pretresanju dokazov na javni, kontradiktorni glavni obravnavi.¹²⁹

Pri reševanju zadev s pogajanja o priznanju krivde pa sodišča sporazum o priznanju krivde potrdijo, če so izpolnjene z zakonom predpisane predpostavke. To pomeni, da se osredotočijo zlasti na kakovost obdolženčevega priznanja. Slovenski sodnik mora tako preveriti, ali je obtoženec razumel naravo in posledice priznanja, ali je krivdo priznal prostovoljno in ali je priznanje krivde jasno, popolno ter podprto s preostalimi dokazi.¹³⁰ Če sta tožilec in obdolženec ob tem upoštevala še minimalna določila zakona o obliki in vsebini sporazuma,¹³¹ sodnik tak sporazum potrdi, pri tem pa je vezan na kazni, določeno v sporazumu.¹³²

Sodnik tako ni več tisti organ, ki bedi nad potekom kazenskega postopka in skrbi za njegovo zakonitost. Nadaljnja pomembna posledica uvajanja mehanizmov sporazumnega reševanja kazenskih zadev je tudi upad pomena glavne obravnave kot osrednjega foruma za razpravljanje o obtožbi, kar privede do občutne okrepitve predhodnega postopka in gradiva, zbranega v njem, ter posledično slabitve položaja sodnika.¹³³ In še pomembneje, sodnik tudi ni več tisti organ, ki preverja in tehta dokaze tožilstva in obrambe ter na njihovi podlagi izreče končno sodbo¹³⁴ – sodbo, s katero obdolženca bodisi spozna za krivega in mu določi primerno (pravično in pošteno) kazni bodisi ga oprosti obtožb (tudi zaradi pomanjkanja dokazov v skladu z načelom *in dubio pro reo*). Tega sodnik v sistemu, v katerem se zadeve rešujejo s pogajanja o priznanju krivde, niti ne more storiti, saj nima dovolj informacij za vsebinsko odločitev o krivdi.¹³⁵

¹²⁹ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 82.

¹³⁰ Glej prvi odstavek 285.c člena ZKP v povezavi z drugim odstavkom 450.č ZKP.

¹³¹ Členi 450a, 450b in 450č ZKP.

¹³² Šesti odstavek 258.č člena ZKP določa, da sodišče ne more izreči strožje kazenske sankcije, kot jo je predlagal državni tožilec v sporazumu. Sodišče lahko izreče le milejšo kazni.

¹³³ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 82–83.

¹³⁴ »Nova ureditev vendarle bistveno omejuje sodnika pri odločanju, ali naj priznanje sprejme ali ne. Njegovo postopanje se namreč ne sme sprevreči v dejansko obravnavanje obtožbe.« Prav tam, str. 84.

¹³⁵ G. E. Lynch, nav. delo, str. 2122. Podobno tudi M. Heumann, nav. delo, str. 94–95.

Funkcija sodišča v kazenskoprvnih sistemih, v katerih se večina zadev konča s sklenitvijo sporazuma o priznanju krivde, lahko hitro postane zgolj administrativno potrjevanje sporazumov, sklenjenih med tožilcem in obrambo,¹³⁶ v katerem sodišče zlasti preverja kakovost priznanja krivde in izpolnjenosti zakonskih zahtev o obliki in vsebini sporazuma.

4.3.2. Tožilec kot sodnik

V postopku pogajanj o priznanju krivde na mesto sodnika vstopi tožilec. Njegova presoja je bistvena za končno odločitev v zadevi: »Vsebinska presoja dokazov in ocena obdolženčeve kazenske odgovornosti ni več opravljena na sodišču, ampak znotraj izvršilne veje oblasti, v pisarni tožilca.«¹³⁷

Če tožilec verjame, da je obdolženi nedolžen, ne bo začel pogajanj o priznanju krivde, ampak bo kazenski pregon opustil.¹³⁸ Šele če je tožilec »osebno prepričan«¹³⁹ o krivdi obdolženca, se bo začel pogajati. To pa ga že postavi v funkcijo sodnika, saj ima njegovo prepričanje o krivdi v postopku pogajanj drugačne posledice, kot jih ima v sodnem postopku.

Tožilec je tudi v primeru, ko dokazuje krivdo v sodnem postopku, prepričan o obdolženčevi krivdi. Vendar mora to krivdo dokazati. O njej na koncu odloči sodišče. Obstaja torej realna možnost, da tožilcu krivde ne uspe dokazati. Še zlasti če upoštevamo visok dokazni standard, ki ga mora doseči – onkraj

¹³⁶ Glej Julian A Cook III: Federal Guilty Pleas Under Rule 11: The Unfulfilled Promise of the Post-*Boykin* Era, v: *Notre Dame Law Review*, 77 (2002), str. 597–640. Navaja, da sodišča izpolnjenosti pogojev za sprejem priznanja krivde sploh ne preverjajo vsebinsko, ampak zelo površinsko. Ravnajo formalno, vprašanja, ki so pogosto sugestivna, postavljajo zelo avtomatizirano. Vse to je zlasti sporno, če upoštevamo, da je obdolženi pred sodiščem v zelo ranljivem položaju – sodišču, ki bo odločilo o njegovi usodi (kazni), želi kar najbolj ugoditi in pred njim nastopati nekonfliktno. Glej tudi Markus Dirk Dubber: *American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure* v: *Stanford Law Review*, 49 (1997) 3, 598.

¹³⁷ G. E. Lynch, nav. delo, str. 2123. Podobno tudi Šugman Stubbsova in Gorkič: »Uvedba mehanizmov sporazumnega reševanja kazenskih zadev pomeni v prvi vrsti nadaljnje upadanje pomena glavne obravnave kot osrednjega foruma, na katerem se o obtožbi razpravlja. [...] Slabitev glavne obravnave hkrati pomeni občutno okrepitev predhodnega postopka, to je predkazenskega postopka in sodne preiskave, ter v njiju zbranega gradiva.« K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 82–83.

¹³⁸ M. Heumann, nav. delo, str. 100–101, 106. A. W. Alschuler, nav. delo (1988), str. 63–64. Alschuler tu navaja tudi drugačno mnenje nekega tožilca, ki izrecno pravi, da je njegovo delo preganjati, ne pa soditi, zato pri odločanju ne upošteva svojega osebnega prepričanja o krivdi obdolženca, temveč zaupa ovaditelju. J. F. Klein, nav. delo, str. 77.

¹³⁹ Pri tem ne gre za izpolnjenost formalnega dokaznega standarda (kot na primer v 3. členu ZKP (po uvedbi novele ZKP-K), ki določa, da mora biti sodnik prepričan o krivdi obdolženca), ampak za njegovo povsem osebno prepričanje. To ne temelji nujno na razumni podlagi (denimo močnih dokazih), ampak je lahko povsem iracionalno.

razumnega dvoma oziroma intimno prepričanje sodnika, v povezavi z načelom *in dubio pro reo*, v skladu s katerim mora sodišče obdolženca oprostiti, če tožilec svojega dokaznega bremena ne izpolni.

Tožilčevo prepričanje o obdolženčevi krivdi v sistemu, v katerem se zadeve rešujejo s pogajanjem o priznanju krivde, ima večjo moč. Je namreč osnovno izhodišče za začetek pogajanj. Ko se tožilec enkrat odloči za pogajanja, je do obsodbe le še majhen korak: obdolžencu mora ponuditi dovolj ugodno kazen, da bo priznal krivdo. V primerih, v katerih ima na voljo malo dokazov, bo v pogajanjih prožnejši – kazen bo spustil nižje, kot jo je pripravljen spustiti, ko ima na voljo trdne dokaze. Končni sporazum o priznanju krivde, ki ga sklene z obrambo, določa bistveni sestavini vsake obsodilne sodbe: krivdo in kazen za obdolženca.¹⁴⁰ Sporazum o priznanju krivde pravzaprav je obsodilna sodba. Sodnik bo preveril le še njegovo zakonitost.

4.4. (Ne)upoštevanje javnega interesa

Reševanje kazenskih zadev s pogajanjem o priznanju krivde v javnosti ni nujno dobro sprejeto.¹⁴¹ Zlasti zgovorni so podatki o neodobravanju takega načina reševanja kazenskih zadev v državah z daljšo pogajalsko tradicijo: v ZDA se kar dve tretjini Američanov ne strinja s takim načinom reševanja kazenskih zadev,¹⁴² še bolj negativno javno mnenje o pogajanjih o priznanju krivde imajo v Kanadi – tam jih ne odobrava kar 79 odstotkov,¹⁴³ prav tako se z nižanjem kazni v zameno za priznanje krivde ne strinja večina Angležev in Valižanov.¹⁴⁴

4.4.1. Nepravično (premilo) kaznovanje

Glavni razlog za nenaklonjenost javnega mnenja reševanju kazenskih zadev s pogajanjem o priznanju krivde je pregovorna državljanska nenaklonjenost že tako nizkim kaznim, ki se s pogajanjem o priznanju krivde dodatno znižajo.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Glej tudi D. D. Guidorizzi, nav. delo, str. 768–769.

¹⁴¹ Glej Sergio Herzog: Plea Bargaining Practices: Less Covert, More Public Support?, v: *Crime & Delinquency*, 50 (2004), str. 590–591 (navaja tudi številne študije o razlogih za nasprotovanje javnosti pogajanjem o priznanju krivde).

¹⁴² Stephanos Bibas: Transparency and Participation in Criminal Procedure, v: *New York University Law Review*, 81 (2006) 3, str. 951.

¹⁴³ Oziroma 68 odstotkov odraslih Kanadčanov. Glej: Stanley A. Cohen in Anthony N. Doob: Public Attitudes to Plea Bargaining, v: *Criminal Law Quarterly*, 32 (1989) 1, str. 96. Tako tudi Law Reform Commission of Canada: *Plea Discussions and Agreements*, (1989), dostopno na spletni strani <www.lareau-law.ca/LRCWP60.pdf> (17. 4. 2012), str. 7.

¹⁴⁴ W. Dawes in drugi, nav. delo, str. 16–18.

¹⁴⁵ Zanimiva pa je ugotovitev, da ko so posamezniki (ki niso vključeni v delovanje kazenskopravnega sistema) soočeni s konkretnim primerom, dejansko ne bi ravnali bolj pu-

To potrjuje tudi nedavna raziskava kaznovalnega sveta Združenega kraljestva: javno mnenje je bilo na splošno nenaklonjeno nižanju kazni v postopku priznanja krivde.¹⁴⁶ Toda pri obravnavanju tega argumenta je treba upoštevati tudi ti ugotovitvi: prvič, javnost je na splošno slabo poučena o delovanju kazensko-pravnega sistema, zlasti o kaznovalni politiki,¹⁴⁷ in drugič, bolje poučeni o delovanju kazensko-pravnega sistema in kaznovanju so bili bolj naklonjeni zniževanju kazni v zameno za priznanje krivde.¹⁴⁸

Reševanje zadev s pogajanjem o priznanju krivde gotovo ne pripomore k povečanju ozaveščenosti javnosti o delovanju kazenskega pravosodnega sistema. Nasprotno, celo povečuje negativen odnos javnosti do kazenskega pravosodja, saj je javnost po eni strani seznanjena z možnostjo nižanja kazni v zameno za priznanje krivde, po drugi strani pa ji je prav zaradi reševanja zadev s pogajanjem o priznanju krivde vpogled v delovanje kazenskega pravosodja še bolj nedostopen, saj pogajanja niso javna.

4.4.2. Poseg v pravico do javnega sojenja

Pogajanja o priznanju krivde – nasprotno od sodnega postopka, ki je javen – potekajo skrita pred očmi javnosti.¹⁴⁹ Javnost sojenja je predvsem namenjena varstvu obdolženca, saj javnost opravlja dodatni nadzor nad delom kazenskih pravosodnih organov in tako zagotavlja pravično sojenje. Vendar pa ima pravica do javnega sojenja tudi drug vidik: omogoča nadzor javnosti nad delovanjem sodišč¹⁵⁰ in tako preprečuje, da bi si državni organi povsem prilastili

nitiivno, kot so organi kazenskega pravosodja. S. Bibas, nav. delo (2006), str. 913–914 in 928 (navaja tudi študije, ki to potrjujejo).

¹⁴⁶ Prav tam. Enak razlog za nenaklonjenost kanadske javnosti pogajanjem o priznanju krivde navajata tudi Cohen in Dooh – S. A. Cohen in A. N. Doob, nav. delo, str. 91. Do drugačne ugotovitve pa je prišel Herzog, in sicer, da je javno mnenje (v Izraelu) o pogajanjih o priznanju krivde zelo različno – od popolnega nasprotovanja do popolnega sprejemanja te prakse. Je pa skupen trend ta, da se delež neodobravanja javnosti poveča v primerih pogajanj o priznanju krivde za huda kazniva dejanja. Glej: Sergio Herzog: The Relationship Between Public Perceptions of Crime Seriousness and Support for Plea-Bargaining Practices In Israel: A Factorial-Survey Approach, v: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 94 (2003) 1, str. 103–131.

¹⁴⁷ W. Dawes in drugi, nav. delo, str. 1 in 4. Tako tudi S. Bibas, nav. delo (2006), str. 913–914 in 924.

¹⁴⁸ W. Dawes in drugi, nav. delo, str. 1, 4 in 17.

¹⁴⁹ S. Bibas, nav. delo (2006), str. 923.

¹⁵⁰ Glej 24. člen Ustave Republike Slovenije (Ur. l. RS št. 33/91 in nasl.) in 294. člen ZKP. Tako tudi Štefan Horvat: *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem*. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 641. Zlatko Dežman in Anže Erbežnik: *Kazensko procesno pravo Republike Slovenije*. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 258

kazensko pravosodje. Kako pomembno je javno sojenje, je strnjeno povzelo Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) v zadevi *Axen proti Nemčiji*:

»Javnost sojenja iz prvega odstavka 6. člena [Evropske konvencije o človekovih pravicah – EKČP] varuje udeležence v postopku pred tajnim delovanjem pravosodja brez javnega nadzora; dodatno pomeni način zagotavljanja [...] zaupanja javnosti v sodišča. Če je delovanje sojenja vidno, pa javnost prispeva tudi k uresničitvi cilja prvega odstavka 6. člena, namreč poštenosti sojenja, zagotovitev katerega je eno od temeljnih načel katerekoli demokratične družbe [...].«¹⁵¹

Javnost sojenja državljanom omogoča, da se seznanijo z dogajanjem pred kazenskimi sodišči. To je tudi ena redkih priložnosti, ko imajo možnost vpogleda na področje, ki je pogosto zavito v tančico skrivnosti in pri katerem se odloča o najbolj delikatnih vprašanjih – kaznovanju storilcev kaznivih dejanj, ker so prekršili temeljne družbene moralne norme. Ali, kot se je slikovito izrazil Goldstein, »kazenski postopek prav v svojih podrobnostih in dramih [...] postane igra moralnosti, ki v javnosti vzbuja prepričanje, da se pravo izvršuje, pri tem pa upošteva načelo pravičnosti.«¹⁵²

Tako dojemanje pravice do sojenja tudi zavrača argument, da lahko naknadna sodna kontrola sporazuma o priznanju krivde nadomesti nadzor javnosti.¹⁵³ Dejstvo, da mora sodišče pred potrditvijo sporazuma o priznanju krivde preveriti, ali je obdolženi razumel naravo in posledice danega priznanja, ali je bilo priznanje dano prostovoljno in ali je priznanje jasno in popolno ter podprto z drugimi dokazi v spisu,¹⁵⁴ sicer pripomore k večji splošni pravičnosti sklenjenega sporazuma o priznanju krivde, ne odpravi pa dvomov o legitimnosti pogajanj o priznanju krivde kot načinu reševanja kazenskih zadev z vidika izključitve pravice javnosti, da (neposredno) spremlja in (vsaj pasivno) sodeluje v kazenskem postopku.¹⁵⁵

¹⁵¹ *Axen v. Germany*, št. 8273/78, 8. december 1983, tč. 25.

¹⁵² Abraham S. Goldstein: *Converging Criminal Justice Systems: Guilty Pleas and the Public Interest*, v: *SMU Law Review*, 49 (1996) 5, str. 569. Podobno tudi Vladimir Bayer: *Jugoslavensko krivično pravo 1: Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava*. Pravni fakultet Zagreb, Zagreb 1982, str. 213–214, in John F. Langbein: *On the Myth of Written Constitutions: The Disappearances of Criminal Jury Trial*, v: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 15 (1992) 1, str. 124.

¹⁵³ Za to se zavzemata na primer N. Garoupa in F. H. Stephen, nav. delo, str. 353–354. Tudi A. S. Goldstein, nav. delo, str. 571.

¹⁵⁴ Glej prvi odstavek 285.c člena ZKP.

¹⁵⁵ Trechsel prav tako zastopa stališče, da s pravico do javnega sojenja obdolženec ne mora razpolagati zaradi interesa javnosti za spremljanje sojenja. Stefan Trechsel: *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press, Oxford 2005, str. 125.

4.4.3. Procesna nepravičnost pogajanj

Družba sprejme institut kot legitimen, če ga dojema kot procesno pravičnega.¹⁵⁶ Koncept procesne pravičnosti temelji na osnovni postavki, da posameznikova ocena postopka sprejemanja odločitve kot poštenega ni odvisna le od končne odločitve, ampak tudi (ali celo bolj) od postopka sprejemanja te odločitve.¹⁵⁷ Povedano drugače: poštenost postopka sprejemanja odločitve je z vidika legitimnosti pomembnejša od končne odločitve, sprejete v tem postopku. Koncept procesne pravičnosti gre še dlje: če je postopek sprejemanja odločitve razumljen kot pravičen, to ne pripomore le k sprejemanju končnih odločitev kot bolj pravičnih (in legitimnih), ampak tudi poveča legitimnost avtoritetam, ki te odločitve sprejemajo. Legitimnost avtoritet pa je nujen pogoj za spoštovanje njenih odločitev.

Reševanje kazenskih zadev s pogajanj o priznanju krivde na testu procesne pravičnosti pade zaradi več razlogov. Naj navedem zgolj nekatere. Prvič, bistvena lastnost pogajanj o priznanju krivde je, da so netransparentna, kar lahko v javnosti vzbudi prepričanje, da gre za koruptivno prakso.¹⁵⁸ Drugič, gre za sklenitev sporazuma med izrazito neenakopravnima strankama, med katerima obstaja asimetrija informacij. In tretjič, stranki v iskanju najugodnejše rešitve pogosto uporabljata sporne metode in taktike, pri čemer ju ne zanima toliko resnično dejansko stanje kot sledenje osebnim interesom.

Vse to lahko privede do nezaželene situacije: zaupanje javnosti v kazenske pravosodne organe (dodatno) upade.¹⁵⁹ Zlasti lahko to velja za sodišča, saj lahko javnost uvedbo pogajanj o priznanju krivde razume tudi kot priznanje sodišč, da niso sposobna opravljati svoje temeljne funkcije (formalno procesno voditi kazenski postopek in na koncu odločiti o krivdi in kazni obdolženca) ter jo zato prenašajo na tožilstvo (in obrambo).

¹⁵⁶ Kot pionirja koncepta procesne pravičnosti navajajo Thibaut in Walkerja. John W. Thibaut in Laurens Walker: *Procedural Justice: A Psychological Analysis*. L. Erlbaum Associates, Hilsdale in New York 1975.

¹⁵⁷ Tom R. Tyler: *Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law v: Crime and Justice*, 30 (2003), str. 292–294 (navaja tudi mnogo študij, ki so to dokazale). Nancy A. Welsh: *Perceptions of Fairness in Negotiation*, v: *Marquette Law Review*, 87 (2004) 4, str. 761–763. Michael M. O'Hear: *Plea Bargaining and Procedural Justice*, v: *Georgia Law Review*, 42 (2008) 2, str. 420–422.

¹⁵⁸ C. Alkon, nav. delo, str. 381–384 in 407.

¹⁵⁹ To je tudi osrednje sporočilo prispevka Alkonove. C. Alkon, nav. delo, str. 355–418.

4.5. (Ne)upoštevanje interesa žrtev

Razlog, zakaj žrtve niso naklonjene reševanju kazenskih zadev s pogajanjem o priznanju krivde, je pravzaprav podoben razlogu za splošno javno neodobranje te prakse, le da je še nekoliko bolj poudarjen. Ker so pogajanja o priznanju krivde izključno v domeni obdolženca in tožilca, žrtev v postopek pogajanj ni vključena in na končni sporazum o priznanju krivde sploh ne more vplivati, čeprav je bila s kaznivim dejanjem najbolj prizadeta in ima največji interes, da se storilec kaznivega dejanja kaznuje.

Poleg tega se žrtev kaznivega dejanja ne strinja z reševanjem zadev s pogajanjem o priznanju krivde tudi zato, ker je obdolženi deležen nižje kazenske sankcije zaradi priznanja krivde (čeprav krivde ni priznal zaradi obžalovanja), s čimer se povečajo možnosti, da ga prenizka kazen ne bo odvrnila od ponovne izvršitve kaznivega dejanja. Dodatno pa zaradi izvzetja javnosti od pogajanj o priznanju krivde storilčevo ravnanje ni deležno (tolikšne) javne moralne obsodbe, kot bi jo bilo, če bi se o zadevi odločilo na javnem sojenju.^{160, 161}

Kljub bolj ali manj prepričljivim razlogom, da bi sodelovanje žrtev lahko pripomoglo k pravičnejšim pogajanjem o priznanju krivde (ne samo zato, ker bi se upoštevali interesi konkretne žrtve, ampak tudi zato, ker bi žrtev tožilstvu lahko razkrila pomembne podatke za pravilnejšo odločitev o krivdi, poleg tega pa bi se okrepil koncept procesne pravičnosti instituta pogajanj o priznanju krivde),¹⁶² pa je treba poudariti, da je bistvo kazenskega postopka prav v objektivizaciji odločanja o krivdi obdolženca in primerni kazni za ravnanje, s katerim je posegel v temeljne družbene norme in tako resno ogrozil *javni* interes (ki ga zastopa agent države – tožilec). Vlogo žrtev je zato treba omejiti, da bi se

¹⁶⁰ Podobno Michael M. O'Hear: Plea Bargaining and Victims: From Consultation to Guidelines, v: *Marquette Law Review*, 91 (2007) 1, str. 329.

¹⁶¹ Razpravljanje o tem, kako bi se lahko žrtve vključile v postopek pogajanj o priznanju krivde, ne da bi to preveč vplivalo na objektivno obravnavanje obdolženca, je v ZDA precej živahno. Glej na primer: Sarah N. Welling: Victim Participation in Plea Bargains, v: *Washington University Law Quarterly*, 65 (1987) 2, str. 301–356. George P. Fletcher: With Justice for Some: Protecting Victim's Rights in Criminal Trials. Addison Wesley Pub. Co., Reading 1996, str. 248, in ostri recenziji na njegovo delo: Stephen J. Schulhofer: The Trouble with Trials, The Trouble with Us, v: *Yale Law Journal*, 105 (1995) 3, str. 825–855, in Lynne Henderson: Whose Justice? Which Victims?, v: *Michigan Law Review*, 94 (1996) 6, str. 1596–1686. Glej tudi Paul G. Cassell: Recognizing Victims in the Federal Rules of Criminal Procedure: Proposed Amendments in Light of Crime Victims' Rights Act, v: *Brigham Young University Law Review* (2005), str. 835–925. M. M. O'Hear, nav. delo (2007), str. 323–347.

¹⁶² S. N. Welling, nav. delo, str. 307–311. M. M. O'Hear, nav. delo (2007), str. 326–329.

preprečilo preveliko pronicanje subjektivnosti pri odločanju, ki bi pripeljala do neenakega obravnavanja obdolžencev.^{163, 164}

5. SKLEP

Pogajanja o priznanju krivde so dvorezen meč: na eni strani prinašajo mnogo koristi vsem udeležencem kazenskega postopka in celo širši javnosti, vendar pa po drugi strani v sebi nosijo moč, ki lahko ogrozi in poruši temeljne postulate poštenega kazenskega postopka. Na vprašanje, kaj pretehta – prednosti ali slabosti pogajalskega načina reševanja kazenskih zadev –, je nemogoče odgovoriti enoznačno objektivno. Dopustitev pogajanj o priznanju krivde lahko po eni strani razlagamo kot zmago avtonomije obdolženca v kazenskem postopku in vrhunec njegove adversarizacije: obdolžencu z dopustitvijo, da sam vpliva na nadaljnji potek kazenskega postopka, končno priznamo položaj enakovrednega subjekta, reševanje kazenske zadeve pa posledično lahko (končno) enačimo z reševanjem spora med enakopravnima strankama.

Toda po drugi strani tak zagovor takoj rodi novo vprašanje: ali sta stranki res enakopravni? Ali je mogoče trditi, da sta si obdolženec in tožilec v pogajanjih o priznanju krivde resnično prirejena? To lahko preverimo preprosto. Če se tožilec želi pogajati, pristopi k obrambi – ta lahko pogajanja sprejme ali pa jih zavrne. Tožilec bo v primeru zavrnitve moral storiti to, kar se od njega pričakuje: zbrati dovolj dokazov, da bo dokazal obdolženčevo krivdo pred sodiščem. Če pa je tisti, ki se želi pogajati, obdolženec in pristopi k tožilcu z namenom, da ponudi sklenitev sporazuma o priznanju krivde, lahko tožilec prav tako njegovo ponudbo sprejme¹⁶⁵ ali pa jo zavrne. Toda če jo zavrne, se obramba znajde v znatno slabšem položaju, kot je tožilec v enaki situaciji (zavrnjeni ponudbi za pogajanja s strani obrambe): v kazenskem postopku se bo obdolženca preganjalo za višjo kazen kot tisto, na katero je upal, da si mu jo bo uspelo doseči v pogajanjih o priznanju krivde.

Tožilčeva izbira v postopku pogajaj o priznanju krivde je mnogo manj usodna kot obdolženčeva: tožilec izbira med tem, da zadevo reši hitreje in z manj napora, ker bosta morebitni dokazni primanjkljaj o krivdi obdolženca in pre-

¹⁶³ Za to opombo se zahvaljujem dr. Katji Šugman Stubbs.

¹⁶⁴ Tudi O'Hear je pripomnil, da se je treba zavedati nevarnosti, da se sistem kazenskega pravosodja ne sprevrže v sistem zasebnega maščevanja. M. M. O'Hear, nav. delo (2007), str. 326. Podobno tudi Bibas: »Žrtve predvsem zanimajo njihovi lastni primeri, in to strastno.« S. Bibas, nav. delo (2006), str. 930.

¹⁶⁵ Tudi če jo sprejme, pogajalsko izhodišče za obdolženca ni najboljšo: tožilci si namreč njegov predlog razlagajo kot očiten znak njegove krivde, zato bodo v pogajanjih o priznanju krivde manj prožni. Prim. L. M. Mather, nav. delo, str. 65.

pričevanje sodišča z javnim izvajanjem dokazov pred njim nadomestila obdolženčevo priznanje, ali pa – če obdolženec noče priznati – opravi svojo funkcijo: dokazuje krivdo pred sodiščem. Nasprotno je tožilčeva izbira manj prijetna: izbira med gotovo obsodbo za nekoliko nižjo kazen in negotovo obsodbo za višjo kazen.

Še bolj pa dvome o enakopravnosti tožilca in obdolženca (in/ozroma o avtonomnem položaju obdolženca) vzbuja način pridobitve priznanja od obdolženca. Tožilec v zameno za priznanje krivde obdolžencu ponudi nižjo kazen. Že to pomeni obliko pritiska nad obdolženca. Njegova izbira nikakor ni lahka: lahko zavrne tožilčev predlog in tvega višjo kazen (pri tem ne smemo pozabiti, da so tudi tožilci le ljudje: mnogi lahko – zavedno, še verjetneje pa nezavedno – takega »svoje glavega« obdolženca kaznujejo strožje že zgolj zato, ker ni sprejel njihove ponudbe). Če temu dodamo še sporne tehnike (kot na primer čezmerno obtoževanje, blefiranje ali celo izvajanje pritiska na sorodnike obdolženca – vse z namenom, da bi obdolženca »prepričali« o priznanju krivde), ki so se v praksi izoblikovale za pridobitev priznanja, obdolženčevo priznanje krivde zelo težko subsumiramo pod pojem prostovoljnosti.

Pravičnost reševanja kazenskih zadev s pogajanja o priznanju krivde je ob upoštevanju neenakopravnega položaja strank in vprašljivi prostovoljnosti priznanja obdolženca zelo ogrožena že, če bi šteli, da so vsi obdolženci, zoper katere se zgrne državni represivni aparat, resnično krivi. Vendar tako kot nobena stvar tudi kazensko pravosodje ne deluje popolno. V kazenskem pregonu se žal znajdejo tudi nedolžne osebe. Pritiski nanje pa so še toliko hujši: ker imajo tožilci zoper njih malo dokazov, bodo zelo prožni pri spuščanju kazni in bodo že s tem na po krivem obdolžene izvajali dodaten pritisk; nedolžne osebe, ki niso nagnjene k tveganju, zato pogosto priznajo krivdo, da si zagotovijo nižjo kazen in se izognejo neprijetnemu sodnemu postopku.¹⁶⁶

Čeprav je morda tako stanje kazenskega pravosodja, kot je denimo v ZDA, še oddaljeno, je vendarle mogoč scenarij, ki ga konformistična drža gotovo ne bo pomagala preprečiti. Nasprotno. Vseh potencialnih nevarnosti, ki jih vnašajo pogajanja o priznanju krivde v kazenski postopek, se je treba dobro zavedati, kajti ozaveščanje je prvi pogoj za to, da take odklone v praksi preprečimo. Na tožilcih, pa tudi njihovih kolegih iz vrst odvetnikov, je, da po svoji vesti ne podležejo (povsem) politični mantri učinkovitosti in tudi pogajanja o priznanju krivde vodijo tako, da bodo končni sporazumi odsev pravičnosti: odražati morajo težo kaznivega dejanja in resnično krivdo storilca.

¹⁶⁶ Na primer S. Bibas, nav. delo (2004), str. 2495.

IZKLJUČNOST LISTIN KOT DOKAZIL V DAVČNEM POSTOPKU – MED TEORIJO IN PRAKSO

Jernej Podlipnik,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
asistent na Fakulteti za državne in evropske študije v Kranju*

1. UVOD

Kdor se v Sloveniji ukvarja z davčnimi postopki, bo verjetno pritrdil stališču, da je dokazovanje njihova velika sistemska slabost. Slovenski davčni organi relativno dobro poznajo materialno pravo in ga večinoma tudi pravilno uporabljajo,¹ vendar pa se v številnih zadevah resnična materialnopravna analiza sploh ne izvede zaradi ozkosti stališč, ki se nanašajo na dokazna sredstva, s katerimi lahko davčni zavezanci dokazujejo svoje trditve, češ da jih brez (ustreznih) listin ne morejo. Pa pri tem z (ustreznimi) listinami niso mišljeni le računi, obračuni, napovedi ipd., ki so jih davčni zavezanci dolžni izdelovati, vlagati in hraniti v skladu z davčno zakonodajo, ampak tudi prevzemni zapisniki, pisne pogodbe med člani ožje družine, gradbeni dnevniki pri naročnih storitvah ipd., glede katerih pogosto ni pravne podlage, da bi jih zavezanci, od katerih jih davčni organi zahtevajo, morali imeti. Če zavezanci teh listin, glede katerih davčni organ meni, da bi jih morali imeti, ne predložijo, davčni organ navede, da niso dokazali svojih trditvev v davčnem postopku in se ta zanje praviloma konča neugodno. Davčni organ namreč običajno sprašuje po dokazilih o trditvah, glede katerih je po 76. členu Zakona o davčnem postopku (ZDavP-2)² dokazno breme na zavezancu. Gre za trditve, ki zmanjšujejo davčne obveznosti. Ker zavezancu ne uspe dokazati njihove resničnosti s predložitvijo (ustreznih) listin, davčni organ oceni, da niso dokazane, zato jih

¹ Pristojna sodišča zaradi napačne uporabe materialnega prava razmeroma redko odpravijo odločbe.

² Ur. l. RS, št. 13/11 – UPB4, 32/12 in 94/12.

ne upošteva. Odločitve glede dokazovanja z listinami davčni organi običajno utemeljijo s sklicevanjem na 77. člen ZDavP-2, češ da določa, da lahko davčni zavezanci svoje trditve dokazujejo v davčnem postopku le z listinami, oziroma daje listinam prednost in se drugi dokazi izvedejo le, če obstajajo listine.³ V nekaterih postopkih pa je razlog za omejitev dokaznih sredstev na (ustrezne) listine zgolj navedba, da imajo (vsi!) davčni postopki posebno naravo, zaradi česar lahko zavezanci trditve o zatrjevanih dejstvih že po Zakonu o splošnem upravnem postopku (ZUP)⁴ dokazujejo le z listinami.

Pravilno ugotovljeno dejansko stanje je temeljni pogoj za pravilno uporabo materialnega prava.⁵ Omejitev dokazovanja lahko povzroči, da materialna resnica ni ugotovljena, zaradi česar so odločitve nepravilne v dejanskem, posledično pa tudi nezakonite v materialnem smislu.

V tem članku, ki je sestavljen iz štirih vsebinskih delov in seznama literature, je predstavljen avtorjev pogled na to, katera dokazna sredstva so v davčnih zadevah dopustna. Uvodu sledi povzetek veljavne ureditve po ZUP, ZDavP-2 in drugih davčnih zakonih, ki vsebujejo dokazne omejitve. Pretežni del te točke je namenjen analizi 77. člena ZDavP-2, ki kljub vsakodnevni uporabi teoretično še ni bil podrobneje analiziran. V tretji točki sta predstavljena dva instituta, ki sta (bila) v praksi pogosto napačno zamenjana z dokaznimi omejitvami. Gre za institut verodostojne knjigovodske listine po računovodskih standardih in račun po Zakonu o davku na dodano vrednost (ZDDV-1).⁶ V sklepu članka so povzete najpomembnejše ugotovitve, predvsem ali obstaja pravna podlaga za stališče, po katerem lahko davčni zavezanci dokazujejo svoje trditve v davčnih postopkih le z listinskimi dokazi.

2. VELJAVNA SLOVENSKA PROCESNA UREDITEV

Davčni postopki spadajo med posebne upravne postopke, kar pomeni, da se v njih podrejeno (subsidiarno) uporablja ZUP, če ta vprašanja niso urejena s specialno davčno zakonodajo (tretji odstavek 2. člena ZDavP-2 oziroma drugi odstavek 3. člena ZUP). V okviru tega poglavja bo najprej predstavljena splošna ureditev po ZUP, nato specialna ureditev po ZDavP-2, nazadnje pa bodo naštet še nekatere specialne dokazne omejitve v (procesni in materialni) davčni zakonodaji.

³ To stališče ni povsem razumljivo.

⁴ Ur. l. RS, št. 24/06 – UPB2, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08 in 8/10.

⁵ T. Jerovšek in P. Kovač, nav. delo (2010), str. 153.

⁶ Ur. l. RS, št. 13/11 – UPB3, 18/11, 78/11, 38/12, 40/12 – ZUJF in 83/12.

2.1. Ureditev po ZUP

ZUP v 10. členu ureja načelo proste presoje (ocene) dokazov, po katerem o tem, katera dejstva šteti za dokazana, presoja uradna oseba, pooblaščenca za vodenje postopka oziroma za odločanje v upravni zadevi, po svojem prepričanju, na podlagi vestne in skrbne presoje vsakega dokaza posebej in vseh dokazov skupaj ter na podlagi uspeha celotnega postopka.⁷ Strnjeno pa je dokazovanje, urejeno v 164. do 206. členu ZUP, vendar pa to področje urejajo tudi nekateri drugi členi, denimo 139. in 140. člen ter drugi. Za ta članek je pomemben predvsem drugi odstavek 164. člena ZUP, ki določa:

»Kot dokaz se uporabi vse, kar je primerno za ugotavljanje stanja stvari in kar ustreza posameznemu primeru, zlasti pa listine, priče, izjave strank, izvedence in ogleda.«

Dokaz mora torej za dopustnost kumulativno izpolnjevati dva pogoja, in sicer, da je primeren za ugotavljanje stanja stvari (primernost dokaza) in da ustreza posameznemu primeru (ustreznost dokaza).⁸ Gre za t. i. generalno klavzulo o dokazilih.⁹ Ob izpolnjevanju teh dveh kriterijev se kot dokaz lahko uporabijo listine, priče, izjave strank, izvedenci, ogledi in drugo. Ta vrstni red ne določa dokazne vrednosti ali moči posameznih dokazil. Uradna oseba je tista, ki se odloči, kateri dokaz bo štela za utemeljen in verodostojen.¹⁰ Ona se odloča, ali bo dokaz, ki ga predlaga stranka, izvedla ali ne, vendar pa to mora storiti, če stranka predlaga dokaz, ki je materialnopravno upošteven, in je zanj stranka utemeljila potrebno stopnjo verjetnosti obstoja in pravne upoštevnosti.¹¹

⁷ Podobno vsebino ima prvi odstavek 72. člena ZDavP-2, ki je neke vrste prepis 138. člena ZUP z dodatkom o prosti presoji (oceni) dokazov.

⁸ Enako določa tudi avstrijski Bundesabgabenordnung (BAO, Bundesgesetzblatt, št. 1961/194, 201/65, 141/66, 134/69, 224/72, 262/1972, 577/73, 472/74, 74, 667/76, 48/77, 320/77, 151/80, 336/81, 620/81, 201/82, 587/83, 409/84, 531/84, 557/85, 325/86, 73/87, 312/87, 663/87, 412/88, 660/89, 10/91, 457/91, 695/91, 448/92, 449/92, 648/92, 12/93, 257/93, 583/93, 694/93, 818/93, 611/94, 680/94, 681/94, 682/94, 50/95, 201/96, 411/96, 797/96, 70/97, 9/98, 28/99, 106/99, 164/99, 194/99, 142/00, 59/01, 144/01, 84/02, 97/02, 132/02, 155/02, 71/03, 124/03, 57/04, 180/04, 2/05, 161/05, 99/06, 100/06, 143/06, 24/07, 99/07, 2/08, 65/08, 85/08, 20/09, 52/09, 135/09, 9/10, 34/10, 58/10, 105/10, 111/10, 76/11, 112/11, 22/12, 112/12 in 14/13) v 166. členu. Gre za avstrijski splošni davčni zakon, kar pomeni, da so po tej izrecni zakonski določbi v Avstriji tudi v davčnih zadevah dopustna vsa dokazna sredstva, če so ustrezna in primerna.

⁹ B. Grafenauer in J. Breznik, nav. delo, str. 459; R. Godec: Uvod, v: R. Godec in T. Jerovšek, nav. delo, str. 12.

¹⁰ V. Androjna, nav. delo (1977a), str. 145; sodba Zveznega vrhovnega sodišča Uš 597/8 z dne 8. februarja 1958.

¹¹ Gre za stališče Ustavnega sodišča iz 8. točke obrazložitve odločbe US RS Up-3663/07 z dne 10. septembra 2009, ki se sicer nanaša na prekrškovno zadevo, vendar pa obravnava načelo proste presoje dokazov, ki velja tako v prekrškovnem kot tudi v upravnem postopku.

Uradna oseba torej ni povsem prosta (svobodna) pri oceni, da bi lahko zavrnila izvedbo predlaganega dokaza, ki je ustrezen in primeren ter bi lahko vplival na odločitev. Če predlaganemu dokaznemu predlogu ugotovi ali ga zavrne,¹² mora uradna oseba v odločbi tudi obrazložiti (3. točka prvega odstavka 214. člena ZUP), zakaj se je tako odločila.¹³ Slovenska upravno-procesna teorija se s primernostjo in ustreznostjo dokaznih sredstev v smislu drugega odstavka 164. člena ZUP ni ukvarjala prav dosti. Izjemi sta Androjna in Kerševan,¹⁴ ki menita, da ta generalna klavzula predpisuje, da sme organ pri ugotavljanju dejanskega stanja uporabiti kot dokazilo vse, kar je primerno, in da med več primernimi dokazili v konkretnem primeru uporabi tisto, ki ustreza temu primeru. S tem sicer avtorja še nista pojasnila pojma »primernost dokaza«, vendar pa mora organ dokaz, takoj ko je glede na okoliščine konkretne zadeve primeren, izvesti, če seveda ni drugega dokaza, ki posameznemu primeru bolj ustreza. Popolnoma neprimerno za ugotovitev nekega dejstva je dokazno sredstvo, če je gotovo,¹⁵ da z njegovo pomočjo zatrjevanega dejstva ni mogoče dokazati. Pri tem pa o neprimernosti dokaznega sredstva ni dopustno sklepati iz dotedanjega dokaznega rezultata ali da se neprimernost utemeljuje zgolj s predvidoma pomanjkljivo dokazno vrednostjo dokaza.¹⁶

Zakonodajalec lahko predpiše dokazno pravilo, da se lahko posamezno pravno pomembno dejstvo dokazuje le s predpisanim dokazilom.¹⁷ Vendar pa taka ureditev v upravnih postopkih po stališču upravnoprocesne teorije¹⁸ in ustavnosodne prakse¹⁹ pomeni poseg v 22. člen (enako varstvo pravic) Ustave Republike Slovenije (URS).²⁰ Tak poseg je ustavno dopusten le, če je v skladu s

¹² Dokazni predlog je po ustavnosodni praksi (odločba US RS Up-3663/07 z dne 10. septembra 2009) mogoče zavrniti, če je nadaljnje izvajanje dokazov zaradi jasnosti zadeve odveč; če je dejstvo, ki naj bi se s predlaganim dokazom dokazovalo, že dokazano ali je brez pomena za zadevo ali če je dokazno sredstvo neprimerno ali nedosegljivo.

¹³ Polona Kovač: komentar k 164. členu ZUP, v: T. Jerovšek in G. Trpin, nav. delo, str. 483.

¹⁴ V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 336.

¹⁵ Verjetnost ne zadostuje.

¹⁶ Prim. 9. točko obrazložitve odločbe US RS Up-3663/07 z dne 10. septembra 2009 (prekrškovna zadeva), v kateri se Ustavno sodišče RS sklicuje na nemškega avtorja, ki je zapisal, da je dokaz z zaslišanjem prič lahko neprimeren, če se dokazuje določeno dejstvo, ki priči ne more biti dostopno, ali ker za to obstajajo konkretne okoliščine objektivne narave (npr. slepota, gluhost, duševna prizadetost).

¹⁷ V. Androjna, nav. delo (1977b), str. 143.

¹⁸ T. Jerovšek in P. Kovač, nav. delo (2010), str. 45.

¹⁹ Npr. odločba US RS U-I-397/98 z dne 21. marca 2002, ki ureja to vprašanje v upravnih zadevah, vendar pa enako stališče glede na odločbo US RS Up-642/05 z dne 7. februarja 2007 velja za civilne zadeve.

²⁰ Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04 in 68/06.

t. i. testom sorazmernosti po tretjem odstavku 15. člena URS, kar pomeni, da mora biti nujen, primeren in sorazmeren v ožjem smislu.²¹ Enako velja, če se z razlago določb, brez upoštevanja vseh okoliščin zadeve, zavzame generalno stališče o obstoju dokaznih pravil, saj se s tem stranki onemogoča dokazovanje okoliščin, ki so za odločitev bistvene.²² Tako je denimo stališče, da v davčnih postopkih zaradi narave davčnih zadev dejstev ni mogoče dokazovati drugače kot z listinami.²³

2.1.1. Posebna narava davčnih postopkov in dokazna sredstva

V upravni in upravnosodni praksi je mogoče pogosto prebrati stališče, da imajo davčni postopki posebno naravo, zaradi česar je mogoče dejstva v njih dokazovati le z listinami in je dokazovanje z drugimi dokaznimi sredstvi izključeno.²⁴ Pri tem ni navedeno, ali to stališče velja torej tako za zavezanca kot za davčni organ ali morda le za zavezanca. Če bi veljalo, bi moralo veljati za oba, saj bi bil v nasprotnem primeru zavezanec v slabšem procesnem položaju v primerjavi z organom.

O naravi davčnih postopkov v povezavi z dokazovanjem se je Ustavno sodišče RS ukvarjalo v zadevi,²⁵ v kateri je presojalo ustavnost določbe, ki je izrecno omejevala dokazovanje odhodkov na listine, ko se davčna osnova ugotovi z oceno. Ta določba se je glasila:

»Če davčni organ ugotovi prihodke, ki jih zavezanec ni napovedal, te prihodke prišteje k napovedanim prihodkom. Napovedani odhodki se v tem primeru povečajo le, če zavezanec predloži dokumentacijo o odhodkih, ki zapadejo na tako povečani prihodek.«

V 9. točki obrazložitve te odločbe, v kateri je ugotovilo njeno ustavno skladnost, je zapisalo:

»Da se zajamči tekoč priliv vplačil, kar zagotavlja proračunska sredstva, mora biti temu prilagojena tudi narava postopka odmere in pobiranja davka.«

²¹ Prim. 8. točko obrazložitve odločbe US RS U-I-397/98 z dne 21. marca 2002.

²² Prim. 7. točko obrazložitve odločbe US RS Up-642/05 z dne 7. februarja 2007.

²³ Komentatorja Zakona o davčnem postopku (ZDavP, Ur. l. RS, št. 18/96, 87/97, 35/98 – odločba US RS, 82/98, 91/98, 1/99 – ZNIDC, 108/99, 37/01 – odločba US RS, 97/01, 105/03 – odločba US RS, 16/04 – odločba US RS, 42/04 – odločba US RS, 54/04 – ZDavP-1, 109/04 – odločba US RS, 128/04 – odločba US RS in 120/06 – odločba US RS), ki še ni imel določbe o dokaznih sredstvih in se je glede tega vprašanja v celoti uporabljal ZUP, sta menila, da je tudi v davčnih zadevah mogoče dejstva dokazovati z vsemi (primernimi in ustreznimi, op. a.) dokaznimi sredstvi. J. Šinkovec in B. Tratar, nav. delo, str. 61. Enako J. Šinkovec, nav. delo, str. 11–15.

²⁴ Npr. sodba in sklep Upravnega sodišča RS U 2193/2002 z dne 22. novembra 2004.

²⁵ Odločba US RS U-I-397/98 z dne 21. marca 2002.

Nadalje pa še, da dolžnost vodenja poslovnih knjig oseb, ki se ukvarjajo z opravljanjem dejavnosti:

»izhaja iz same narave davčne obveznosti, saj brez vse dokumentacije ne bi bilo mogoče sestavljati in preverjati davčne napovedi ter voditi postopka in odmeriti davka. Omejitev dokaznih sredstev na listinsko dokumentacijo oziroma listinske dokaze v primeru, ko davčni organ ugotovi prihodke, ki jih zavezanec ni napovedal, je zato nujna posledica ureditve, po kateri davčnih obveznosti brez takšne dokumentacije sploh ni mogoče obračunavati in tudi ne odmeriti davka.«

Iz obrazložitve izhaja, da je Ustavno sodišče RS ugotovilo ustavno skladnost te določbe za primer, ko se prej ugotovi kršitev davčne zakonodaje tako, da zavezanec ne napove prihodkov, ki bi jih moral, zato se njegova davčna osnova ugotovi z oceno.²⁶ Prav tako iz obrazložitve izhaja, da gre za zavezanca, ki je po davčni zakonodaji dolžan voditi dokumentacijo, in ne za katerega koli zavezanca. Davčni organ lahko od njega zahteva dokumentacijo, ki jo je dolžan voditi, ne pa katere koli dokumentacije, za katero (brez zakonske podlage) meni, da bi jo moral imeti. Najpomembneje pa je, da je citirana določba izrecno predpisovala dokazovanje z listinami, Ustavno sodišče RS pa je presojalo njeno ustavno skladnost. Ne izhaja pa iz obrazložitve, da je mogoče določbe ZUP razlagati na način, da je v vseh davčnih postopkih in glede vseh zavezancev dokazovanje omejeno na listinska dokazila. Listinska dokazila se nanašajo predvsem na to, da so obračuni zavezancev, ki se ukvarjajo z opravljanjem dejavnosti, pravilno sestavljeni, ne pa na to, da bi za dokazovanje vseh okoliščin posameznega posla moral imeti dokumentacijo, ki jo zahteva davčni organ. Kakor je razumeti odločbo, da bi zavezanec lahko odhodke izkazal z računom za nakup blaga, ne bi mu pa bilo treba prevzema tega blaga dokazovati s prevzemnim zapisnikom. Če bi bil prevzem sporen glede na okoliščine zadeve, ki bi jih izkazal davčni organ, bi bilo mogoče prevzem dokazovati z vsemi dokaznimi sredstvi. Narava davčnega postopka, ki jo omenja Ustavno sodišče RS v obrazložitvi, se torej nanaša na sestavljanje obračunov, ne pa na dokazovanje vseh dejstev v davčnih postopkih.

Tudi stališča tedanjega ustavnega sodnika dr. Udeta v pritrtilnem ločenem mnenju, na katero se davčni organi in celo sodišča²⁷ sklicujejo, kot da gre za

²⁶ Dejstvo, da je šlo za ugotavljanje davčne osnove z oceno, ker zavezanec ni imel dokumentacije oziroma je bila ta pomanjkljiva ali vsebinsko napačna, se je zdelo ustavnemu sodišču pomembno pri presoji dopustnosti posega v 22. člen URS (9. in 10. točka obrazložitve odločbe US RS U-I-397/98 z dne 21. marca 2002).

²⁷ Na to ločeno mnenje se je Vrhovno sodišče RS sklicevalo v sodbi X Ips 28/2009 z dne 21. aprila 2011, kot da gre za stališče Ustavnega sodišča RS, a ni tako. Povzelo je stališče iz

stališče Ustavnega sodišča RS, da je na generalni ravni dokazovanje v davčnih zadevah omejeno na listinska dokazila, po moji oceni ni mogoče razumeti na način, kot se v praksi razlaga, češ da se vsa dejstva v davčnih postopkih dokazujejo le z listinami. Iz 4. točke obrazložitve ločenega mnenja: »Očitno je torej v davčnih zadevah dokazovanje omejeno predvsem na poslovne knjige in drugo dokumentacijo, torej na listinske dokaze« po moji oceni izhaja, da ima v mislih dokazovanje pravilnosti vpisov v davčne evidence, in ne vseh dejstev, ki se ugotavljajo v davčnih postopkih. Da pa ima s tem v mislih tiste evidence, ki jih je zavezanec dolžan voditi po predpisih, izhaja po moji oceni iz 6. točke obrazložitve pritrdilnega ločenega mnenja. Tudi njegovo stališče je torej razumeti na način, da se ne nanaša na vsa dejstva, ampak na vpise v davčne evidence. Ti morajo biti dokazani z listinami, nikakor pa ne razumem njegovega stališča na način, da je vsako dejstvo v davčnih postopkih mogoče dokazovati le s predložitvijo papirja.

Davčni organi in sodišča so torej prevzeli stališče dr. Udeta, s tem da so si ga razlagali na svoj način, češ da v davčnem postopku ni mogoče dokazovati nobenega dejstva drugače kot z listinami. Niso se torej omejili na vpise v davčne evidence. Čeprav v nobeni odločbi ali sodbi ni opaziti obrazložitve, gre verjetno za stališče, ki temelji na drugem odstavku 164. člena ZUP, češ da nobeno od drugih dokaznih sredstev razen listin ni primerno za dokazovanje dejstev v davčnih postopkih. To pa ne drži. Tako je menilo Ustavno sodišče RS v prej citirani odločbi, tako pa očitno meni tudi zakonodajalec, ki ob sprejemanju ZDavP-2 takega pravila ni zapisal (77. člen ZDavP-2, ki bo podrobneje obravnavan v nadaljevanju, tega ne določa, celo nasprotno, določa, da so poleg listinskih dopustna tudi vsa druga – ustrezna in primerna – dokazna sredstva). Prav tako je nesmiselno vse davčne postopke metati v isti koš, saj so zelo različni, upoštevati pa je treba tudi status davčnega zavezanca, predvsem ali je dolžan voditi dokumentacijo in evidence ali ne. Položaj enih in drugih ni enak, zato splošno stališče, ki velja za vse davčne postopke in vse zavezance, ne more vzdržati. To pomeni, da je treba v konkretni zadevi, upoštevaje vse njene okoliščine in status davčnega zavezanca, ugotoviti ustreznost in primernost posameznega dokaza. Uporabiti je torej treba 164. člen ZUP. Strinjati se je mogoče, da je sprotno dokumentiranje dejstev, ki so pomembna za obdavčenje, pomembno tako z vidika nadzora kot lažjega dokazovanja. Vendar pa bi bilo pretirano trditi, da nikoli ni mogoče nobenega dejstva v davčnem postopku dokazati drugače kot z listino.

6. točke obrazložitve pritrdilnega ločenega mnenja, da v davčnih postopkih, drugače od drugih, ne gre za poseg v 22. člen URS, če se dokazi omejijo na listinske.

Stališče davčnih organov in sodišč ni življenjsko, saj administracija za davčne namene, ki nimajo nobenega pravno-poslovnega smisla, privede do tega, da se zavezanci manj ukvarjajo s tem, kako bodo uspešno poslovali, ampak predvsem s tem, ali imajo vse potrebne listine, ki bi jih od njih morda zahtevali davčni organi, čeprav ni nikjer določeno, da bi te listine morali imeti. To bi pomenilo popolno birokratizacijo. Zavezanci morajo imeti predvsem listine, ki so v poslovnem smislu običajne,²⁸ in tiste, ki jih od njih izrecno zahteva davčna zakonodaja.

2.2. Splošna ureditev po ZDavP-2

Veljavni²⁹ ZDavP-2 v 77. členu (dokazila) določa:

»Če ta zakon ali zakon o obdavčenju ne določa drugače, dokazuje zavezanec za davek svoje trditve v davčnem postopku praviloma s pisno dokumentacijo ter poslovnimi knjigami in evidencami, ki jih vodi v skladu s tem zakonom ali zakonom o obdavčenju, lahko pa predlaga tudi izvedbo dokazov z drugimi dokaznimi sredstvi.«

2.2.1. Dokazovanje z nelistinskimi dokazi ni izključeno

Citirana določba torej predpisuje, katera dokazna sredstva lahko predlaga zavezanec za davek za dokazovanje resničnosti svojih trditev,³⁰ ne določa pa, katera dokazna sredstva lahko izvede davčni organ. To pomeni, da za davčni organ velja ZUP, za zavezanca pa najprej ZDavP-2 in šele podrejeno ZUP. Če

²⁸ Davčni zavezanec, ki se ukvarja s finančnimi lizingi, mi je nekoč dejal, da če bi želeli spoštovati zahteve, da so dolžni vsak avtomobil izročiti stranki osebno, kot je od njih zahteval davčni organ, bi morali zaposliti dodatne ljudi, kar pa pomeni, da ne bi bili več konkurenčni.

²⁹ Identično določbo je imel tudi prej veljavni Zakon o davčnem postopku (ZDavP-1, Ur. l. RS, št. 21/06 –UPB2) v 96. členu, medtem ko njegov predhodnik ZDavP ni urejal vprašanja dokazil v davčnih postopkih, zato se je glede tega podrejeno (subsidiarno) uporabljalo ZUP. Ravno tako predhodnika ZDavP, in sicer Zakon o davkih občanov (ZDO, Ur. l. SRS, št. 36/88, SRS, 8/89, SFRJ, št. 83/89, SRS, št. 5/90, RS, št. 48/90, 8/91, 10/91, 17/91-I – ZUDE, 14/92 – ZOMZO, 7/93, 8/93, 13/93 – ZP-G, 66/93 – ZP-H, 12/94, 1/95, 77/95, 18/96 – ZDavP, 77/96, 80/97, 86/98, 91/98 – ZDavP-C, 1/99 – ZNIDC, 7/99, 28/99, 110/99, 116/00, 106/01, 112/02, 1/04, 128/04, 4/06, 117/06 – ZDVP, 117/06 – ZDDD, 133/06, 119/07, 24/08 – ZDDKIS, 119/08, 104/09, 103/10, 91/11 in 97/12) ter Zakon o Agenciji Republike Slovenije za plačilni promet, nadziranje in informiranje (ZAPPNI, Ur. l. RS, št. 48/94, 18/95 – odločba US, 58/95, 18/96 – ZDavP, 87/97, 54/99 – odločba US, 30/02 – ZPlaP in 80/04 – ZUARLPP) nista vsebovala določbe glede dokaznih sredstev, s katerimi lahko zavezanci dokazujejo svoje trditve v davčnem postopku.

³⁰ Dokumentacija je po stališču Ustavnega sodišča pisno izražena trditev o poslovnem dogodku, v katerem sodelujejo osebe in predmeti (7. točka obrazložitve odločbe US RS U-I-397/98 z dne 21. marca 2002).

bi 77. člen ZDavP-2 določal, da je zavezančev dokazovanje omejeno na listine, bi bil njegov procesni položaj v primerjavi s položajem organa bistveno slabši. Tudi to je razlog, da citirane določbe ni mogoče razlagati tako, da lahko zavezanci za davek dokazujejo svoje trditve le z listinami,³¹ davčni organ pa kot dokazilo lahko uporabi katerokoli primerno in ustrezno dokazno sredstvo.

Treba je upoštevati, da mora davčni zavezanec po 76. členu ZDavP-2³² svoje trditve dokazati. Skupek določb o dokaznem bremenu in generalni omejitvi dokaznih sredstev na listinske dokaze (pa naj bo to zaradi razlage 77. člena ZDavP-2 ali zaradi posebne narave davčnega postopka, obravnavane zgoraj) bi pomenil, da bodo davčni zavezanci dolžni plačati davek le zato, ker nimajo listine, ki bi dokazovala okoliščine poslovnega dogodka, čeprav vpisi v poslovne knjige sploh niso problematični in čeprav morda ne bi bilo nikakršnih znamenj, kaj šele dokazov, da so obračunali in plačali premalo davka.

2.2.2. Listine po 77. členu ZDavP-2

ZDavP-2 v 77. členu določa, da zavezanec dokazuje svoje trditve praviloma »s pisno dokumentacijo ter poslovnimi knjigami in evidencami, ki jih vodi v skladu s tem zakonom ali zakonom o obdavčenju«, kar pomeni, da je očitno zakonodajalec predpisal, da zavezanec praviloma (primarno) dokazuje svoje trditve na dva načina:

- s pisno dokumentacijo,
- s poslovnimi knjigami in evidencami.

³¹ Enako T. Jerovšek in drugi, nav. delo, str. 199; A. Kobač, nav. delo (2011a), str. 199. Enako stališče je zavzela tudi vlada v predlogu zakona o davčnem postopku, EVA 2006-1611-0024, št. 00712-40/2006/21, 14. september 2006, str. 8 in 191, kjer je izrecno navedeno: »Praviloma se vsa dejstva v davčnem postopku dokazujejo s pisno dokumentacijo oziroma listinami, lahko pa zavezanec za davek predlaga tudi druga dokazna sredstva po ZUP (priče, izvedence ...).« S tem ko je Državni zbor RS tak predlog sprejel, gre pravzaprav za zakonodajalčevo razlago.

³² Izrazoslovje tega člena ni najboljše in bi lahko kazalo na to, da se dokazuje le z listinami. V prvem odstavku je namreč navedeno, da je zavezanec dolžan za svoje trditve v postopku »predložiti« dokaze. Le dokazi, ki imajo fizično obliko in s katerimi stranka lahko razpolaga ali jih pridobi, se lahko predložijo (174. člen ZUP). Na prvi pogled se zdi, kot da zakon meri na listine v širšem smislu. Izvedbo drugih dokazov (npr. priče, izvedenci, zaslišanje stranke, ogled) stranka zgolj »predlaga«, saj jih po naravi stvari ne more »predložiti«. Vendar pa bi bila taka razlaga določbe napačna. Tudi ZUP v 140. členu, ki se sicer nanaša zgolj na postopke, začete na zahtevo stranke, pri uporabi teh dveh pojmov ni konsistenten. Medtem ko ju v drugem odstavku jasno loči, da stranka predlaga dokaze in jih tudi predloži, če je to mogoče, pa v tretjem odstavku 140. člena ZUP določa, kakšne so posledice, če stranka ne »predloži« dokazov, ne pa, kakšne so posledice, če ne »predlaga« dokazov. Očitno je torej s pojmom »predloži« mišljena tako fizična predložitev kot tudi predlaganje izvedbe dokazov, ki jih stranka ne more predložiti, bodisi ker jih po naravi stvari ni mogoče bodisi ker nima dokaza.

Vprašanje pa je, ali se citirani stavek za vejico nanaša na oba načina dokazovanja ali zgolj na zadnjega. Ker gre za izjemo od splošnega pravila po drugem odstavku 164. člena ZUP, je treba 77. člen ZDavP-2 razlagati restriktivno, kar pomeni, da se nanaša zgolj na listine, ki jih zavezanci vodijo v skladu z materialnimi in procesnimi davčnimi zakoni. Ne nanaša pa se morda na listine, ki jih zavezanci vodijo v skladu z nedavčnimi zakoni oziroma ki jih vodijo po podzakonskih (davčnih ali nedavčnih) predpisih.³³ Obveznost dokumentiranja in vodenja evidenc iz 77. člena ZDavP-2 velja predvsem za zavezance, ki opravljajo dejavnost, ne pa za druge zavezance. V prid te razlage govori tudi dejstvo, da če bi imel zakonodajalec v mislih katerekoli listine (dokumentacijo), ne bi posebej izpostavljal pisne dokumentacije ter poslovnih knjig in evidenc, ki jih zavezanci vodijo v skladu z davčno zakonodajo, ampak bi enostavno uporabil pojem »dokumentacija« ali »listine«. Zakonodajalec torej ne bi posebej pojasnjeval, na katero dokumentacijo meri. Opozoriti pa velja tudi, da 77. člen ZDavP-2 omenja le davčno dokumentacijo, ki jo vodi zavezanec za davek, ki dokazuje določeno svojo trditev v postopku, ne velja pa enako za davčno dokumentacijo drugega zavezanca za davek, ki ni stranka postopka. To velja omeniti, ker davčni organi od zavezancev zahtevajo, naj predložijo davčno dokumentacijo svojih poslovnih partnerjev, za pridobitev katere nimajo zavezanci, v nasprotju z davčnimi organi, nobenih pooblastil.

2.2.3. V čem je prednost listinskih dokazov

V literaturi so deljena stališča o tem, ali daje 77. člen ZDavP-2 tam naštetim listinam prednost pred drugimi dokazi ter s tem posega v načelo proste presoje dokazov. Nekateri avtorji menijo, da imajo vse listine prednost pred drugimi dokazanimi sredstvi,³⁴ medtem ko drugi takemu stališču nasprotujejo z argumentacijo, da taka razlaga pomeni iskanje formalne, in ne materialne resnice v davčnih postopkih.³⁵ Pri tem velja omeniti, da zadnji ne utemeljijo, zakaj 77. člen ZDavP-2 primarno omenja (nekatero) listine, šele sekundarno pa dovoljuje dokazovanje z vsemi drugimi (ustreznimi in primernimi) dokaznimi sredstvi. Dr. Jerovšek in dr. Kovačeva, ki spadata v prvo skupino, pa menita,³⁶ da imajo vse listine prednost pred drugimi dokaznimi sredstvi zaradi načela

³³ Obveznost dokumentiranja po ZDavP-2 je predpisana v 31. členu, hranjenja pa v 32. členu. Podobno vsebino imata denimo tudi 85. in 86. člen ZDDV-1.

³⁴ T. Jerovšek in drugi, nav. delo, str. 199; T. Jerovšek in P. Kovač, nav. delo (2008), str. 127; V. Jerovšek Verbič, nav. delo, str. 7.

³⁵ A. Kobal, nav. delo (2011a), str. 199; A. Kobal, nav. delo (2011b), str. 563 in 570–573.

³⁶ T. Jerovšek in P. Kovač, nav. delo (2008), str. 127.

ekonomičnosti postopka (14. člen ZUP).³⁷ Davčni organi so dolžni med več primernimi in ustreznimi dokazili izvesti tista, ki so verodostojnejša, cenejša in hitrejša. Iz vsebine načela ekonomičnosti postopka izhaja,³⁸ da ne sme iti na račun načel zakonitosti, zaslišanja stranke in materialne resnice.³⁹ Načelo je torej podrejeno tem načelom. Če obstajajo listine iz 77. člena ZDavP-2, ki verodostojno izkazujejo trditve, po tem stališču ni razloga, da bi davčni organi izvajali tudi druge dokaze, saj bi bilo to neekonomično. Te listine pa se štejejo za vsebinsko verodostojne, dokler se ne ugotovi drugače. Da listine iz 77. člena ZDavP-2, ki jih je predložil zavezanec, ne vsebujejo pravih podatkov, mora pojasniti in dokazati davčni organ, in to lahko stori z vsemi (primernimi in ustreznimi) dokaznimi sredstvi. Po tem pa ima zavezanec možnost dokazovati nasprotno, in to z vsemi dokaznimi sredstvi, in ne le listinami, kot je pogosto stališče davčnih organov. Na ta način lahko ugotovimo, da bi se ob formalni pravilnosti dokumentacije, ki jo je zavezanec dolžan voditi po davčnih zakonih, moralo šteti, da je tudi vsebinsko pravilna. Posledično pa, da je zavezanec dolžan dokazovati vsebinsko pravilnost šele, če davčni organ prej izkaže, da je dokumentacija vsebinsko napačna. Obratno pa seveda velja, če ima zavezančeva dokumentacija formalne pomanjkljivosti.⁴⁰

Stališče, da imajo listine iz 77. člena ZDavP-2 prednost zaradi načela ekonomičnosti postopka, je prepričljivo. Da prednosti nimajo vse listine, ampak le dokumentacija, ki so jo davčni zavezanci dolžni sestavljati in voditi po (materialnih in procesnih) davčnih zakonih, izhaja tudi iz tega, da bi bil sicer 77. člen ZDavP-2 povsem nepotreben. Če bi to veljalo za vse listine, bi zadostovala razlaga drugega odstavka 164. člena in 14. člena ZUP.

Listine iz 77. člena ZDavP-2 imajo torej prednost, nikakor pa to ne pomeni, da dejstev ni dopustno dokazovati z vsemi drugimi dokaznimi sredstvi, če je predlagani dokaz v konkretnem primeru ustrezen in primeren za dokazovanje zatrjevanega dejstva. Toda to je ocena, ki jo mora narediti davčni organ z vso

³⁷ Ne pojasnita sicer izrecno, ali to velja za vse listine ali le za tiste, ki so navedene v 77. členu ZDavP-2. Menim pa, da bi moralo to veljati za slednje, saj so to listine, ki jih mora za davčne namene voditi in hraniti zavezanec.

³⁸ To je razvidno iz njegove vsebine, po kateri je treba postopek voditi hitro, s čim manjšimi stroški in čim manjšo zamudo za stranke in druge udeležence v postopku, vendar tako, da se priskrbi vse, kar je potrebno, da se lahko pravilno ugotovi dejansko stanje, zavarujejo pravice in pravne koristi stranke ter izda zakonita in pravilna odločba.

³⁹ T. Jerovšek in P. Kovač, nav. delo (2010), str. 63.

⁴⁰ Avstrijski BAO v prvem odstavku 163. člena izrecno določa domnevo vsebinske pravilnosti, če so poslovne knjige in evidence zavezanca vodene v skladu z zakonodajo in po formalni plati neoporečne. To pomeni, da v tem primeru davčnim zavezancem ni treba dokazovati vsebinske pravilnosti vpisov, saj se ta domneva. In se zato zavezancem ni treba vnaprej braniti, ko še ni ugotovljena nobena nepravilnost.

skrbnostjo in z uporabo pravil ZUP. Gre predvsem za to, da listine po 77. členu ZDavP-2 dokazujejo pravilnost vpisov v davčne evidence.

2.2.4. Zavezanec nima dokumentacije, ki jo je dolžan voditi

Težava se pojavi, kadar zavezanec, ki je dolžan voditi in hraniti dokumentacijo, te nima oziroma je ne predloži. Če so izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 68. člena ZDavP-2,⁴¹ se izvede ugotovitev davčne osnove z oceno (cenitvijo). Kadar pa gre za manjkajoče listine, ki se nanašajo na dogodke, ki so vknjiženi v poslovni in davčni dokumentaciji, pa se je v osnovi strinjati s stališčem, da vpisov v poslovne knjige ni mogoče dokazovati drugače kot z listinami. Gre namreč za veliko (poslovnih) dogodkov, natančne podatke o vrednostih, poslovnih partnerjih (imena oziroma firme, naslovi, davčne številke), količini ipd. Dokazovanje posameznih vpisov v poslovne knjige z drugimi dokaznimi sredstvi kot z listinami praviloma res ni primerno v smislu 164. člena ZUP. To pa ne pomeni, da gre že zato samodejno izključiti vse dokaze, ki bi bili predlagani za dokaz pravilnosti vpisa v davčne evidence, ampak bo morala uradna oseba pri presoji predlaganega nelistinskega dokaza oceniti, ali je primeren in ustrezen. Za dokazovanje vpisov v poslovne knjige bo praviloma edini primeren dokaz ustrezna listina. Glede dokazovanja drugih dejstev, ki so pomembna za odločitve v davčnem postopku, pa je nabor primernih in ustreznih dokazil bistveno širši. Verjetno ni celo nič ožji kot v vseh drugih (upravnih) postopkih.

Davčni organ mora v odločbi pojasniti, zakaj dokaz, ki ga (substancirano) predlaga zavezanec, ni ustrezen ali primeren za dokazovanje določenega dejstva. Upravna in sodna praksa se glede tega vprašanja ni razvila ravno zaradi generalnih stališč davčnih organov in sodišč, da v davčnih zadevah sploh (ne glede na to, ali gre za dokazovanje vpisa v evidence ali za dokazovanje drugih

⁴¹ Davčni organ lahko ugotovi predmet obdavčitve s cenitvijo in na tej podlagi odmeri davek, če:

- zavezanec za davek ne vloži davčne napovedi ali ne predloži obračuna davka davčnemu organu ali ju vloži oziroma predloži brez podatkov, potrebnih za ugotovitev davčne obveznosti;
- fizična oseba ne napove dohodkov;
- ugotovi, da temelji davčna napoved oziroma obračun davka na neresničnih ali nepravilnih podatkih;
- ugotovi, da napovedani prihodki oziroma prihodki, izkazani v obračunu davka, niso sorazmerni napovedanim odhodkom oziroma odhodkom, izkazanim v davčnem obračunu, razen če davčni zavezanec navede upravičene razloge;
- zavezanec za davek na zahtevo davčnega organa ne predloži poslovnih knjig in evidenc, ki jih je dolžan voditi, ali so knjige in evidence vsebinsko napačne ali če kažejo take bistvene formalne pomanjkljivosti, ki upravičujejo dvom o njihovi vsebinski pravilnosti;
- delodajalec ne predloži podatkov o davčnem odtegljaju od dohodkov iz zaposlitve.

dejstev) ni mogoče dokazovanje brez listin oziroma tudi zaradi pravil o predložitvi listin kot formalnih predpostavk za uveljavljanje pravic po računovodskih standardih in na področju davka na dodano vrednost.⁴² Vrhovno sodišče RS pa je v eni od davčnih zadev že zavzelo stališče glede primernosti predlaganega dokaza z zaslišanjem prič, češ da je glede na okoliščine neprimeren, saj je bilo spornih več kot tisoč računov.⁴³ Ni pa navedlo, da je predlagani dokaz neprimeren *per se*, kar je pravilno, saj je stranka dokazovala pravilnost prejetih računov. Listine so torej obstajale, dokazovala pa so se torej druga dejstva. Vendar pa so tudi za dokazovanje teh pomembne okoliščine, kot so oddaljenost poslovnih dogodkov, njihova množičnost ipd., ki prispevajo k temu, da predlagani dokaz ne bo primeren in ustrezen.

Velja pa opozoriti še na pravočasnost in način, kako morajo zavezanci v postopkih predlagati dokaze. Zavezanci, ki želijo dokazati svoje trditve, morajo to storiti pravočasno (praviloma pred izdajo prvostopenjske odločbe), predvsem pa morajo svoje dokazne predloge substancirati.⁴⁴ Tega pogosto ne storijo. In v teh primerih davčnim organom ni treba izvajati dokazov, saj so bodisi predlagani prepozno ali pa neustrezno (nesubstancirano).

Iz navedenega torej izhaja, da bo brez kakršnihkoli listin zavezanec težko dokazal svoje trditve. To bo verjetno prej izjema kot pravilo. Vendar pa mu je treba dati možnost. Napačna je trenutna praksa, ko je šlo stališče glede dokazovanja tako daleč, da se kot primarna ne zahteva listinska dokumentacija samo glede osnovnih listin, potrebnih za vknjižbe (npr. računov), ampak celo za listine, za katere ni pravne podlage, ki bi določala izdelavo in hranjenje te dokumentacije (npr. prevzemni zapisniki). To je dokumentacija, ki je 77. člen ZDavP-2 niti ne omenja med prednostnimi dokazili. Nerazumno in brez pravne podlage je stališče davčnih organov, da bi moral imeti zavezanec vsak svoj korak listinsko dokumentiran zaradi davčnih potreb. Če država meni, da je neko področje

⁴² Pred tem pa tudi prometnega davka.

⁴³ Gre za sodbo X Ips 203/2009 z dne 29. junija 2011. Zavezanec je predlagal zaslihanje oseb na bencinskih servisih, ki naj bi potrdile, da so tam dejansko kupovale gorivo in da so ob tem prejele sporne račune. Zaslihanj prič, ki jih je predlagal že v upravnem postopku, prvostopenjsko sodišče ni izvedlo, ker je ocenilo, da za odločitev v upravnem sporu niso potrebna ter da jih ni bil dolžan izvesti niti davčni organ. Vrhovno sodišče je pojasnilo, da opustitev izvedbe predlaganih dokazov lahko pomeni kršitev načela kontradiktornosti (kršitev pravice do dokaza), vendar ne, če je predlagano dokazno sredstvo neprimerno, upošteva konkretne okoliščine obravnavnega primera, to je, da je spornih več kot tisoč računov, da je zavezanec imel možnost predložiti listinske dokaze ter da dokaznih predlogov ni konkretiziral do te mere, da bi se zaslihanja dejansko lahko izvedla (ni navedel, o čem naj bi osebe konkretno pričale, niti ni navedel konkretnih oseb, ki naj bi se zaslišale).

⁴⁴ Pri zaslišanju npr. morajo navesti konkretne osebe, ki naj bodo zaslišane, pojasniti, kaj bodo povedale ter od kod vedo, kar bodo povedale.

problematično in bi zahtevalo natančnejšo ureditev, ima možnost tudi glede tega predpisati način dokumentiranja, vodenja in hranjenja evidenc. Ne more pa država na normativni ravni nekega področja ignorirati, potem pa v davčnih postopkih kot dokazilo zahtevati listine in prepovedati dokazovanje z drugimi dokaznimi sredstvi.⁴⁵

2.2.5. Zavezanci, ki niso dolžni sestavljati, voditi in hraniti dokumentacije

Obveznosti glede dokumentiranja se nanašajo predvsem na zavezance, ki opravljajo dejavnost. To je treba upoštevati pri zavezancih, ki nimajo takih obdavčljivih virov. Če zanje ne veljajo obveznosti glede dokumentiranja, je še toliko manj razumljivo, da davčni organi od njih zahtevajo, naj svoje trditve dokažejo z listinskimi dokazi, češ da drugačen način dokazovanja (generalno) ni mogoč. Za te osebe prvi del 77. člena ZDavP-2 sploh ne velja, saj niso dolžni voditi nobene davčne dokumentacije, ampak lahko svoje trditve dokazujejo z vsemi ustreznimi in primernimi dokaznimi sredstvi po ZUP. Davčni organi od njih ne morejo zahtevati dokumentacije, če je te niso dolžne voditi.^{46, 47}

2.3. Nekatere druge dokazne omejitve (ZDavP-2, ZDoh-2)

Nekatera pravila glede dokazil, s katerimi davčni zavezanci dokazujejo svoje trditve, vsebujejo tudi materialni davčni zakoni, pa tudi ZDavP-2. Ni namen te točke predstaviti vseh, ampak zgolj opozoriti bralca, da obstajajo. Tako denimo ZDoh-2 določa, da lahko zavezanec za davek z računi dokazuje upravičenost do olajšave za investiranje v osnovno kmetijsko in osnovno gozdarsko dejav-

⁴⁵ Tak način ravnanja omogoča arbitraren način odločanja.

⁴⁶ Ni si npr. mogoče zamisliti, da bi prodajalec stanovanja, ki bi uveljavljal oprostitev pri plačilu dobička iz kapitala po 2. točki drugega odstavka 96. člena Zakona o dohodnini (ZDoh-2, Ur. l. RS, št. 13/11 – UPB7, 24/12, 30/12, 40/12 – ZUJF, 75/12, 94/12 in 102/12), dokazoval svoje triletno bivanje v stanovanju s pisnim dokazilom. To dokazilo bi bila kvečjemu njegova zapisana izjava oziroma izjava njegovih bližnjih ter sosedov.

Kako naj oseba, ki je od staršev prejela darilo (v obliki premičnih stvari ali denarja), ki je po Zakonu o davku na dediščine in darila (ZDDD, Ur. l. RS, št. 117/06) oproščeno plačila davka, dokazuje prejem darila drugače kot s pričanjem in lastno izjavo, saj ni ravno pogosto, da bi se o tem pisali primopredajni zapisniki.

⁴⁷ Zanimivo je stališče hrvaških sodišč: Upravno sodišče Republike Hrvaške je v sodbi Us-5272/2004, v kateri je stranka z lastno izjavo, podano pred notarjem, dokazovala, da je dohodke, ki jih je davčni organ obdavčil, pridobila že pred letom obdavčitve, in sicer z varčevanjem ter dedovanjem, zavzelo stališče, da davčni organ ni pojasnil, zakaj strankini izjavi ne verjame. S tem je zavzelo jasno stališče, da je izjava stranke, če ni drugih dokazov (enako velja tudi po 188. členu slovenskega ZUP), dokazno sredstvo, ki se lahko uporabi tudi v davčnih postopkih. Do dokaza se je treba opredeliti in ga ni mogoče zavrniti z razlogom, češ da tak dokaz ni dovoljen.

nost (73.a člen) ter da lahko zavezanec za davek, ki oddaja nepremičnine v najem, z računi uveljavlja dejanske stroške vzdrževanja pri oddajanju v najem (77. člen). ZDavP-2 v 273. in 328. členu določa, da lahko zavezanec dokazuje v tujini plačan davek z listino, ki jo izda tuji davčni organ, ali drugimi dokumenti, ki nedvomno dokazujejo davčno obveznost ali plačilo davka zunaj Republike Slovenije.

2.4. Pravo EU in dokazna sredstva

Razmerje med pravnim redom EU in pravnimi redi držav članic te organizacije temelji na načelih avtonomnosti, primarnosti (supremacije) in neposredne učinkovitosti.⁴⁸ Predpisi EU procesnega prava skoraj ne urejajo, zato je uporaba materialnega prava EU še vedno odvisna od procesnih pravil v posamezni državi članici. Gre za t. i. načelo procesne avtonomije držav članic.⁴⁹ Ne glede na procesno avtonomijo pa je Sodišče EU v več zadevah priznalo potrebo po učinkovitem uveljavljanju prava EU v vseh državah članicah in vzpostavilo nekatere zahteve.⁵⁰ V temeljnih zadevah *Rewe*⁵¹ in *Comet*⁵² je Sodišče EU pojasnilo prvo zahtevo, ki pravi, da morajo veljati enaka procesna pravila v postopkih, v katerih se uporablja nacionalno pravo države članice, na katerega ne vpliva pravo EU, in v postopkih, v katerih se neposredno uporablja pravo EU ali nacionalno pravo, ki je posledica prava EU. Gre za t. i. načelo prepovedi diskriminacije ali načelo ekvivalence.⁵³ Za ta članek pa je pomembnejše načelo učinkovitosti, po katerem nacionalna procesna pravila ne smejo v praksi povsem onemogočati ali preveč omejevati uveljavljanja pravic, ki izvirajo iz prava EU.⁵⁴ To drugo načelo izhaja iz več odločb Sodišča EU, npr. *San Giorgio*⁵⁵ in *Dounias*⁵⁶. V nasprotju s pravom EU je zato nacionalno pravilo, ki v davčnih zadevah dokazno breme prelaga na zavezance, če ti v praksi ne morejo ali izredno težko

⁴⁸ Poenostavljeno o vsebini teh načel F. Grad, nav. delo, str. 35–43.

⁴⁹ M. Lang in drugi, nav. delo, str. 16–17.

⁵⁰ V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 649.

⁵¹ Sodba Sodišča EU *Rewe-Zentralfinanz eG in Rewe-Zentral AG proti Landwirtschaftskammer für das Saarland* (33/76) z dne 16. decembra 1976.

⁵² Sodba Sodišča EU *Comet BV proti Produktschap voor Siergewassen* (45/76) z dne 16. decembra 1976.

⁵³ M. Lang in drugi, nav. delo, str. 17.

⁵⁴ Prav tam, str. 17.

⁵⁵ Sodba Sodišča EU *Amministrazione delle Finanze dello Stato proti SpA San Giorgio* (199/82) z dne 9. novembra 1983.

⁵⁶ Sodba Sodišča EU *Kharalambos Dounias proti Ipourgos Ikononikon* (C-228/98) z dne 3. februarja 2000.

uresničujejo svoje pravice, ki izvirajo iz prava EU.⁵⁷ Upošteva je to stališče tuje teorije, s katerim se je moč strinjati, je torej vprašljivo stališče slovenskih davčnih organov in sodišč, ki zahtevajo od davčnega zavezanca, identificiranega za DDV, ki predloži račun, da še z drugimi listinami (poleg računa) dokaže, da je bila dobava opravljena. Njegov dokazni predlog za izvedbo nelistinskih dokazov pa zavrnejo kot nedovoljen v davčnih postopkih. Gre torej še za dodaten argument, ki poleg navedenih utemeljuje, da je trenutna davčna in sodna praksa napačna. Stališče Sodišča EU pa ne prepoveduje omejitve dokazovanja na listinske dokaze, če je dokaz neprimeren.

3. LISTINE KOT FORMALNI POGOJ ZA UVELJAVLJANJE PRAVIC V DAVČNIH ZADEVAH

Listine, ki imajo predpisano vsebino, pa niso samo dokazno sredstvo v davčnih zadevah, ampak so po nekaterih materialnih predpisih tudi pogoj, da lahko zavezanci za davek sploh uveljavljajo svoje pravice. V teh primerih imajo listine torej dvojno vlogo: so eno od dokaznih sredstev in so formalni pogoj za uveljavljanje pravic. Davčni organi in tudi sodišča, ki preverjajo njihove odločitve, morajo ti dve vlogi strogo ločiti. Iz obrazložitev upravnih in sodnih odločb⁵⁸ pa pogosto izhaja, da osebe, pristojne za odločanje, ne ločijo med vlogama in obrazložijo, da zavezanci ne morejo dokazati nekaterih dejstev, ker zakon predpisuje obvezno dokazovanje z listinami, čeprav bi morali napisati, da zato, ker zavezanec ni predložil listine, ni izpolnil formalnega pogoja za uveljavljanje pravic in je torej povsem vseeno, ali se je obdavčljiv dogodek zgodil in bi ga lahko dokazal z drugimi dokaznimi sredstvi.⁵⁹ Take položaje (poznamo oziroma)⁶⁰ smo poznali pri obdavčevanju dohodkov (dobičkov) pravnih in fizičnih oseb iz

⁵⁷ M. Lang in drugi, nav. delo, str. 23–24.

⁵⁸ V sodbi I U 1628/2009 z dne 12. oktobra 2010 je Upravno sodišče RS navedlo, da 9. in 11. člen ZDDPO (Ur. l. RS, št. 14/03 – UPB1, 40/04 – ZDDPO-1 in 107/05 – odločba US RS) predpisujeta uporabo listinskih dokazov, kar ne drži, kajti 9. in 11. člen ZDDPO sta nepotovala na SRS 1993 in 2001, po katerih je bila verodostojna knjigovodska listina formalni pogoj za knjiženje v poslovne knjige, ne pa dokaz. SRS namreč niso mogli razveljaviti ZUP in ZDavP glede dokaznih sredstev.

⁵⁹ Ta razlika ni pomembna le za davčne zadeve, ampak za morebitne kazenske zadeve, ki bi sledile davčnemu postopku. V kazenskem pravu namreč neizpolnjevanje formalnih pogojev za uveljavljanje pravic ne more biti razlog za ugotovitev kazenske odgovornosti. Zavezanec bo tako moral plačati davek, ker ni izpolnil formalnega pogoja za uveljavljanje pravic, čeprav se je obdavčljivi dogodek zgodil, ne bo pa mogel biti kazensko odgovoren za davčno utajo, ker se ta pravzaprav ni zgodila.

⁶⁰ V nadaljevanju pojasnujem, zakaj se davčni organi od leta 2006 ne smejo več sklicevati na to, da zavezanci niso predložili verodostojne knjigovodske listine, vendar pa se to še naprej dogaja.

opravljanja dejavnosti ter jih še vedno poznamo na področju davka na dodano vrednost pri uveljavljanju pravice do odbitka vstopnega davka.

3.1. Verodostojne knjigovodske listine po Slovenskih računovodskih standardih

Verodostojne knjigovodske listine so računovodski pojem. Podatki iz računovodskega izkaza poslovnega izida so v Sloveniji temelj za določitev davčne osnove za davek od dohodka (dobička) pravnih in fizičnih oseb iz dejavnosti, davčni predpisi pa glede nekaterih vprašanj posegajo v ta računovodska pravila.⁶¹ Tako ureditev imamo v Sloveniji od 1. januarja 1994, ko so se zakoni s področja obdavčitve dohodka (dobička) pravnih in fizičnih oseb iz dejavnosti začeli sklicevati na računovodske standarde.⁶² Od takrat se niso spreminjali le zakoni s področja obdavčitve dohodkov (dobičkov) fizičnih in pravnih oseb iz dejavnosti, ampak tudi Slovenski računovodski standardi (SRS). Prvi SRS so se začeli uporabljati 1. januarja 1994,⁶³ drugi 1. januarja 2002,⁶⁴ zdaj veljavni pa 1. januarja 2006.⁶⁵ Pomembne spremembe za ta članek veljajo od zadnjih standardov, zato bo ločeno prikazana ureditev po SRS 1994 in 2002 ter ureditev po SRS 2006.

Verodostojne knjigovodske listine so listinska dokazila po ZUP in ZDavP-2. Vendar pa SRS ne omejujejo in niso nikdar omejevali dokaznih sredstev, saj

⁶¹ M. Odar: komentar k 12. členu ZDDPO-2, v: S. Jerman in M. Odar, nav. delo, str. 126.

⁶² Za obdobje od 1. januarja 1994 do 31. decembra 2004 glej 9., 10. in 11. člen ZDDPO ter 41. člen Zakona o dohodnini (ZDoh, Ur. l. RS, št. 71/93, 1/95 – odločba US RS, 2/95 – odločba US RS, 7/95, 14/96 – odločba US RS, 18/96 – ZDavP, 44/96, 68/96 – odločba US RS, 82/97 – odločba US RS, 87/97, 1/99 – ZNIDC, 36/99 – odločba US RS in 118/03 – odločba US RS); za obdobje od 1. januarja 2005 do 31. decembra 2006 glej 11. člen Zakona o davku od dohodkov pravnih oseb (ZDDPO-1, Ur. l. RS, št. 33/06 – UPB2 in 117/06 – ZDDPO-2) in 35. člen Zakona o dohodnini (ZDoh-1, Ur. l. RS, št. 59/06 – UPB4, 69/06 – odločba US RS in 117/06-ZDoh-2); ter za obdobje po 1. januarju 2007 glej 12. člen Zakona o davku od dohodkov pravnih oseb (ZDDPO-2, Ur. l. RS, št. 117/06, 90/07, 56/08, 76/08, 92/08, 5/09, 96/09, 110/09 – ZDavP-2B, 43/10, 59/11, 24/12, 30/12 – ZDDPO-2H in 94/12) in 48. člen ZDoh-2.

⁶³ M. Odar, nav. delo, str. 5.

SRS 1994 niso bili objavljeni v Uradnem listu, ampak jih je zgolj v knjižni obliki izdala Zveza računovodij, finančnikov in revizorjev Slovenije. V Uradnem listu št. 69/1993 je bil objavljen le Sklep o določitvi Slovenskih računovodskih standardov. Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-251/00 z dne 23. maja 2002 ugotovilo, da tak način objave ni bil v neskladju z Ustavo RS, kajti standardi so splošni akt za izvrševanje javnih pooblastil, saj jih izdaja Inštitut za revizijo, in ne predpis.

⁶⁴ Ur. l. RS, št. 107/01, 13/03, 43/04, 83/04, 28/05, 89/05, 9/06 in 119/08.

⁶⁵ Ur. l. RS, št. 118/05, 9/06, 20/06, 70/06, 75/06, 3/07, 12/08, 1/10, 80/11, 2/12 in 64/12.

tega v skladu s hierarhijo pravnih aktov (153. člen URS) niti niso mogli.⁶⁶ Verodostojne knjigovodske listine so bile kvečjemu formalni pogoj za vknjižbo poslovnega dogodka v poslovne knjige, prek tega pa tudi formalni pogoj za uvrstitev računovodskih vknjižb v davčni obračun. Če zavezanec ni predložil listine ali jo je predložil, vendar ta po oceni davčnega organa ni ustrezala pravnemu standardu verodostojne knjigovodske listine, je bila to formalna ovira za vknjižbo poslovnega dogodka v poslovne in s tem davčne evidence, ni pa pomenilo, da zavezanec ne more dokazati nastanka davčno relevantnega dogodka z drugimi dokaznimi sredstvi. Učinek je bil morda enak, vendar iz drugačnih razlogov. Zdaj je vprašanje verodostojnih listin kot formalnega pogoja za knjiženje poslovnih dogodkov preteklost, kajti veljavni SRS 2006 glede knjigovodskih listin in poslovnih knjig ni obvezen.

3.1.1. Ureditev po SRS 1994 in SRS 2002

SRS 1994 in 2002 so bili v celotnem obsegu obvezni za vse osebe, ki so bile glede na statusno zakonodajo dolžne voditi poslovne knjige po računovodskih standardih (npr. gospodarske družbe). To pomeni, da sta zanje veljala tudi SRS 21 (1994 in 2002) z naslovom Knjigovodske listine in 22 z naslovom Poslovne knjige.⁶⁷ Na ta standarda so se davčni organi in sodišča sklicevali z obrazložitvijo, da listine, ki jih je predložil zavezanec za davek, ne ustrezajo pravnemu standardu⁶⁸ verodostojne knjigovodske listine iz SRS 1994 in 2002, torej niso take, pri kontroli katerih lahko strokovno usposobljene osebe, ki niso sodelovale v poslovnih dogodkih, na njihovi podlagi popolnoma jasno in brez dvomov spoznajo naravo in obseg poslovnih dogodkov.⁶⁹ Brez verodostojnih

⁶⁶ Iz 4. in 7. točke obrazložitve odločbe US RS U-I-251/00 z dne 23. maja 2002 izhaja, da so računovodski standardi splošni akt za izvrševanje javnih pooblastil. Ti pa so hierarhično nižji od zakonov in zato ni mogoča razlaga, da bi standardi omejevali dokazna sredstva le na listine, če zakonodaja omogoča dokazovanje z vsemi sredstvi, ki so ustrezna in primerna.

⁶⁷ V 3. točki Uvoda k SRS 1994 je izrecno zapisano, da mednarodni računovodski standardi, po katerih so se zgledovali SRS, ne poznajo standardov, ki jih urejajo SRS od 19 do 23 in 27 do 29. V 2. točki uvoda k SRS (2002) ni bilo več izrecno navedeno, kateri standardi ne temeljijo na mednarodnih, še vedno pa vsebujejo izjavo o tem, da slovenski standardi pokrivajo področja, ki jih mednarodni ne.

⁶⁸ Da gre za pravni standard, je pojasnilo Vrhovno sodišče RS v 11. točki obrazložitve sodbe X Ips 1678/2006 z dne 15. aprila 2010.

⁶⁹ Pri definiciji SRS 1993 in 2001 nista omenjala resničnosti poslovnega dogodka. Zato je vprašljivo stališče komentatorjev (B. Svilar in A. Šircelj, nav. delo, str. 60–61) ZDDPO, ki sta navedla, da iz te definicije izhaja resničnost dogodka. Njuna logika bi pomenila, da listina, ki ustreza definiciji verodostojne knjigovodske listine, dokazuje, da se je poslovni dogodek res zgodil. Strokovno usposobljena oseba pa verjetno zgolj na podlagi preverbe, ali je mogoče iz nje ugotoviti naravo in obseg poslovnega dogodka, še ne more oceniti, ali

knjigovodskih listin pa vknjižbe v poslovne knjige niso bile dopustne. Ker so davčni obračuni za davek od dohodka (dobička) iz dejavnosti fizičnih in pravnih oseb temeljili na računovodskih izkazih, izdelanih po SRS 1994 in 2002, so morali zavezanci tudi za davčne potrebe predložiti listine, ki so ustrezale pravnemu standardu verodostojne knjigovodske listine. Predložitev verodostojnih knjigovodskih listin je bila torej formalni pogoj za sestavljanje davčnih obračunov – imela je dvojno naravo, po eni strani je bila formalni pogoj za vknjižbo, po drugi pa eden od dokazov, da je poslovni dogodek res nastal. Če zavezanec take listine ni predložil davčnemu organu, ni izpolnjeval formalnega pogoja za vknjižbo in je bilo povsem vseeno, ali se je poslovni dogodek zgodil ali ne. Dokazovanje nastanka poslovnega dogodka z drugimi listinami pa ni bilo smiselno, če npr. odhodki niso bili priznani zaradi formalnih pomanjkljivosti, kajti oba pogoja sta morala biti kumulativno izpolnjena.⁷⁰

3.1.2. Ureditev po SRS 2006

Z začetkom uporabe zdaj veljavnih SRS 2006 so davčni organi izgubili možnost utemeljevanja svojih odločitev s tem, da določena listina ni verodostojna knjigovodska listina v smislu računovodskih standardov. V 2. točki Uvoda k SRS ja namreč zapisano:

»Podjetje mora pri svojem predpisanem zunanjem poročanju upoštevati SRS od 1 do 15, od 17 do 19, od 24 do 27 in tiste določbe drugih SRS, na katere se naštetih sklicujejo ali nanašajo, ter Uvod v SRS. Uporaba drugih SRS ni obvezna, temveč se priporoča predvsem pri notranjem poročanju; ti drugi SRS se imenujejo računovodski standardi zgolj iz formalnih razlogov. Po svoji vsebini so namreč pravila skrbnega računovodenja.«

se je poslovni dogodek res zgodil, ampak lahko ugotovi le naravo in obseg poslovnega dogodka, ne pa tudi njegove resničnosti. Verodostojna knjigovodska listina je v tem primeru torej le eden od dokazov o resničnosti poslovnega dogodka. Predvsem pa je formalni pogoj za vknjižbo poslovnega dogodka v računovodske in posledično temu v davčne evidence.

⁷⁰ Težko se je strinjati s stališči avtorjev (npr. K. Ožbolt, nav. delo, str. 75), ki trdijo, da je bilo s formalnostjo poseženo v načelo materialne resnice in načelo zaslišanja stranke, kajti predložitev listine (formalni pogoj) je bilo materialnopravno, in ne procesnopravno vprašanje. Če bi namreč SRS 1994 in 2002 omejevali dokazovanje, predpisano v zakonih, bi taka razlaga kršila 153. člen URS, ki določa hierarhijo pravnih aktov, kar je že bilo omenjeno. S tem pa, ko so se zakoni, ki so urejali obdavčitev dohodkov (dobičkov) fizičnih in pravnih oseb iz dejavnosti, sklicevali na računovodske standarde, je bilo dano zakonsko pooblastilo za določitev načina uresničevanja materialnih pravic. Računovodski standardi torej niso posegli v procesno, ampak v materialno pravo. Menim pa, da so se na SRS 1994 in 2002 davčni organi lahko sklicevali le pri obdavčitvi dohodka (dobička) fizičnih in pravnih oseb iz dejavnosti, ne pa na področjih drugih davkov (npr. dohodnina, davek na dodano vrednost). Enako stališče, ki pa je v praksi prezrto, je zavzelo tudi Vrhovno sodišče RS v 17. točki obrazložitve sodbe X Ips 1678/2006 z dne 15. aprila 2010.

SRS (2006) 21 in 22 sta formalno torej računovodska standarda, ker sta del besedila, v vsebinskem (materialnem) smislu pa ne gre za računovodska standarda. Splošna akta sta torej le formalno, ne pa vsebinsko, pri čemer je ključna vsebina, in ne forma, kar izhaja iz ustavnosodne prakse.⁷¹

Ta rešitev je logična, kajti nekateri zavezanci za davek, ustanovljeni po Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1),⁷² se lahko odločijo ali so celo dolžni voditi svoje poslovne knjige v skladu z Mednarodnimi standardi računovodskega poročanja (prvi, deseti in enajsti odstavek 54. člena ZGD-1), ki pa ne vsebujejo določb o knjigovodskih listinah, poslovnih knjigah in podobno.⁷³ Če bi pravila (tudi davčna) ostala taka kot pred uveljavitvijo SRS 2006, bi imeli glede zahtev po vodenju knjig in sestavljanju knjigovodskih listin dve kategoriji zavezancev, kar bi bilo problematično z vidika enakosti pred zakonom (14. člen URS).

S SRS 2006 so davčni organi izgubili materialno podlago, da bi kot formalni pogoj za vknjižbe v izkaze poslovnega izida in s tem posledično tudi za obračune davka od dohodka (dobička) iz dejavnosti fizičnih in pravnih oseb zahtevali predložitev listin, ki ustrezajo pravnemu standardu verodostojnih knjigovodskih listin. Za druge davke (npr. davek na dodano vrednost, dohodnina) pa je to veljalo že prej, saj davčni obračuni ali odločbe niso temeljili na računovodskih evidencah, sestavljenih po računovodskih standardih, čeprav je (bila) praksa pogosto drugačna.⁷⁴

⁷¹ Prim. 4. točko obrazložitve odločbe US RS U-I-251/00 z dne 23. maja 2002.

⁷² Ur. l. RS, št. 65/09 – UPB3, 33/11, 91/11, 100/11 – sklep US RS, 32/12 in 57/12.

⁷³ K. Ožbolt, nav. delo, str. 75.

⁷⁴ Gre tudi za stališče Vrhovnega sodišča RS, ki je v praksi pogosto prezrto. To je v 17. točki obrazložitve sodbe X Ips 1678/2006 z dne 15. aprila 2010 navedlo: »Po presoji Vrhovnega sodišča revident neutemeljeno izpodbija sodbo sodišča prve stopnje v delu, ki se nanaša na odmero davka od osebnih prejemkov od domnevnih stroškov reprezentance (nakup malic, gostinskih storitev, blaga po izbiri), vendar ne zato, ker listine, iz katerih ti stroški izhajajo, niso verodostojne listine v smislu SRS (1994) 21.9., saj se ta razlog po presoji Vrhovnega sodišča ne more uporabiti za odmero davka od osebnih prejemkov, ampak zgolj vprašanje priznanja odhodkov pri odmeri npr. davka od dobička pravnih oseb ali davka od dohodkov iz dejavnosti, kajti le ta dva se sklicujeta na SRS 1994.«

Po drugi strani pa je Vrhovno sodišče RS (po moji oceni napačno) v sodbi X Ips 239/2011 z dne 23. maja 2012 navedlo, da je bilo plačilo odbitega vstopnega davka na dodano vrednost zavezancu naloženo zato, ker ni imel verodostojnih listin v smislu računovodskih standardov o tem, da bi zanj družbi A in B opravili dela po spornih računih, saj razen računov in tipskih pogodb o tem ni imel drugih listin, naknadno predložene listine pa je davčni organ pravilno ocenil za neverodostojne. Menim, da ni mogoče zgolj zato, ker naj listina ni verodostojna v smislu računovodskih standardov, zavezancu za davek onemogočiti pravico do odbitka vstopnega davka na dodano vrednost. V ZDDV-1 namreč ni zakonske podlage, po kateri bi bil odbitek vstopnega davka na dodano vrednost odvisen od tega, ali listine ustrezajo pravnemu standardu verodostojne knjigovodske listine iz računovodskih standardov.

Če bi želeli davčni organi ohraniti formalni pogoj, tako da bi lahko zavezanci za davek od dohodka (dobička) fizičnih in pravnih oseb iz dejavnosti uveljavljali svoje pravice le ob predložitvi listin z določeno kvaliteto, bi moral to zakonodajalec v materialni zakonodaji (ZDDPO-2 in ZDoh-2) izrecno predpisati, podobno kot to velja na področju davka na dodano vrednost pri uveljavljanju odbitka vstopnega davka, kar bo pojasnjeno v nadaljevanju. Smiselno pa bi bilo, da bi vsebino in obliko take listine natančno predvidel in se ne bi zadovoljil z zelo odprto generalno klavzulo, kot je to veljalo za verodostojne knjigovodske listine po SRS 1994 in 2002, ki omogoča arbitrarno odločanje.

3.2. Računi po ZDDV-1 z vidika odbitka vstopnega davka

Računi po ZDDV-1 imajo z vidika odbitka vstopnega davka na dodano vrednost dvojno naravo. Po eni strani dokazujejo nastanek opravljene dobave in davčnim organom omogočajo nadzor,⁷⁵ po drugi strani pa so (v nekaterih primerih) formalni pogoj za uveljavljanje dobitka vstopnega davka na dodano vrednost.⁷⁶ Tako izhaja iz 67. člena ZDDV-1, pa tudi iz ustaljene prakse Sodišča EU.⁷⁷ ZDDV-1 ne določa ničesar o tem, kako se dokazuje dobava blaga ali storitev. Zato se glede tega uporabljajo splošna dokazna pravila v vsaki posamezni državi članici,⁷⁸ torej ob upoštevanju načela procesne avtonomije. Gre za dokazovanje skladno z ZDavP-2 in ZUP, ki pa mora biti hkrati skladno z načeli prepovedi diskriminacije in učinkovitosti, kot sta bili obravnavani zgoraj.⁷⁹ Račun je torej zgolj eden od dokazov, ni pa edini. Račun mora zavezanec imeti zaradi izpolnjevanja formalnih pogojev za dobitok, ne velja pa, da bi moral dejstva dokazovati le z listinami, in ne tudi drugače (npr. prevzemni zapisniki).

4. SKLEP

Davčnoprocesna teorija in (upravna ter sodna) praksa se glede vprašanja, s katerimi dokazi lahko zavezanci v postopkih dokazujejo svoje trditve, v Sloveniji

⁷⁵ B. Terra in J. Kajus, nav. delo, str. 1149.

⁷⁶ Prim. M. Vraničar in N. Beč, nav. delo, str. 505–506.

⁷⁷ Npr. 52. točka obrazložitve sodbe v združenih zadevah *Mahagében Kft proti Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága* (C-80/11) in *Péter Dávid proti Nemzeti Adó- és Vámhivatal Észak-alföldi Regionális Adó Főigazgatósága* (C-142/11) z dne 21. junija 2012.

⁷⁸ Prim. 32. točko sodbe Sodišča EU v zadevi *Bonik EOOD proti Direktor na Direkcija »Obžalvane i upravljenje na izpalnenieto« – Varna pri Centralno upravljenje na Nacionalnata agencija za prihodite* (C-285/11) z dne 6. decembra 2012.

⁷⁹ Točka 2.4.

ne bi mogla bolj razlikovati.⁸⁰ Medtem ko praksa zavzema ustavnopravno sporno stališče, da so dopustni zgolj listinski dokazi, je teorija enotna, da to ne drži. Pravne podlage za omejevanje dokaznih sredstev ni niti v 77. členu ZDavP-2 niti v posebni naravi davčnih postopkov, po kateri so nelistinski dokazi avtomatično izključeni kot neprimerni in neustrezni, ne da bi se ocenjevali njihovi ustreznost in primernost v posamezni zadevi. Zadnje smiselno izhaja tudi iz odločbe US RS U-I-397/98 z dne 21. marca 2002. Ob nespremenjeni upravni in sodni praksi bo verjetno treba o pravilnosti stališča prej ali slej »povprašati« Ustavno sodišče RS, ki bo, upam, sprejelo to presojo v obravnavo, saj gre za pomembno pravno vprašanje. Zdi se, da upravna in sodna praksa napačno razume meta obrazložitev pravkar citirane odločbe Ustavnega sodišča in vseh ločenih mnenj k njej. Menim, da iz vseh obrazložitev izhaja, da je treba ločevati med dokazovanjem vpisov v davčne evidence in dokazovanjem drugih dejstev, ki so pomembna za odločitev. Ni nerazumna zahteva, da brez listin enostavno ni mogoče sestaviti davčnih izkazov, kadar gre za osebe, ki opravljajo dejavnost, saj je to že zaradi številnih dogodkov po naravi stvari praktično nemogoče. Vendar pa je primere, ko se dokazujejo vpisi, treba ločevati od primerov, ko se dokazujejo dejstva, ki so bila podlaga za izdane listine. Prav tako ta razlaga loči med zavezanci, ki so poslovni subjekti in so po zakonodaji dolžni voditi poslovne in davčne evidence, ter med zavezanci, ki ne opravljajo dejavnosti. Od prvih je razumno zahtevati, da imajo vpise v davčne evidence dokumentirane, medtem ko je pri drugih, ki jim davčnih evidenc ni treba voditi, taka zahteva pretirana.

Tako bo zavezanec, ki opravlja dejavnost, praviloma moral razpolagati z listino. Z njo bo namreč dokazoval pravilnost vpisa. Glede drugih dejstev pa je izbira mogočih dokaznih sredstev bistveno širša. V vsakem primeru pa mora davčni organ predlagane dokaze oceniti z vidika primernosti in ustreznosti v smislu drugega odstavka 164. člena ZUP. Napačna je pavšalna obrazložitev, češ da lahko zavezancu v davčnih zadevah dokazujejo vse (!) svoje trditve zgolj listinsko. Zaradi takega stališča morajo nekateri zavezanci, ki bi lahko v konkretnih zadevah dokazali svoje trditve z drugimi dokaznimi sredstvi, plačati

⁸⁰ Podoben primer na področju upravnega procesnega prava je tudi vprašanje razlage načela materialne zakonitosti po 6. členu ZUP v postopkih na zahtevo strank, kadar se med reševanjem zadeve na prvi stopnji predpis spremeni v škodo stranke, pa je organ hkrati kršil zakonski instrukcijski rok, v katerem bi moral zadevo obravnavati. Medtem ko upravna in sodna praksa menita, da je treba uporabiti veljavni (torej novi in za stranko manj ugoden) predpis, večji del teorije zavzema stališče, da je v korist stranke treba uporabiti predpis, ki je prenehal veljati. Dodatno pa je zadeve v nekaj primerih zapletlo še Ustavno sodišče RS, ki je v nekaj zadevah s področja državljanstva, o katerih več let ni bilo odločeno, kasnejši predpisi pa so bistveno otežili pravico do pridobitve državljanstva, odločilo, da je treba vlagateljem zahtev priznati pravico, če so jo izpolnjevali po starih predpisih.

davke, in to neutemeljeno. Poleg tega pa davčnim organom tudi ne bo treba izvajati vseh dokazov, ki jih predlaga zavezanec, če bodo že izvedli dokaze, ki bodo imeli močnejšo dokazno moč, in bodo izključevali dokaze, ki jih predlaga zavezanec.⁸¹

Pomembno je tudi, da davčni organi in sodišča ločijo med primeri, v katerih je predložitev listine za zavezanca formalni pogoj za uveljavljanje pravice na davčnem področju, in primeri, v katerih je ta lista dokaz. Če gre za formalni pogoj, kot to denimo velja za račune pri odbitkih vstopnega davka na dodano vrednost, potem umanjkanje listine pomeni, da zavezanec pravice nima, ne glede na to, ali bi mu morda uspelo dokazati dobavo. Podobno je pred 1. januarjem 2006 veljalo tudi za uveljavljanje odhodkov pri ugotavljanju davčne osnove za davek od dohodka (dobička) fizičnih in pravnih oseb. Ker so se računovodski standardi, ki so to določali, spremenili, pa danes to ne velja več, čeprav se davčni organi v praksi na to (prejšnjo) ureditev še naprej sklicujejo. Od odločitve zakonodajalca je odvisno, ali bo spet vzpostavil ta formalni pogoj, do takrat pa so take obrazložitve sporne.

Morda bo tudi ta prispevek pripomogel k zblizanju stališč teorije in prakse oziroma spodbudil še druge teoretične razprave, da bi se področje dokazovanja uredilo na način, da bi bilo poskrbljeno za interese proračuna, vendar ne na račun ustavnih pravic zavezancev.

⁸¹ Tako je tudi stališče ustaljene avstrijske sodne prakse. C. Ritz, nav. delo, str. 485.

Literatura

- Vilko Androjna: Upravni postopek in upravni spor. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1977. (citirano kot 1977a)
- Vilko Androjna: Zakon o splošnem upravnem postopku: s komentarjem in sodno prakso; in Zakon o upravnih taksah. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1977. (citirano kot 1977b)
- Vilko Androjna in Erik Kerševan: Upravno procesno pravo. GV Založba, Ljubljana 2006.
- Rupko Godec in Tone Jerovšek: Predpisi o upravnem postopku in upravnem sporu z uvodnimi pojasnili. ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1993.
- Franc Grad: Evropsko ustavno pravo: prvi del: ustavno pravo Evropske unije. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.
- Božo Grafenauer in Janez Breznik: Upravno pravo: procesni del: upravni postopek in upravni spor. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Saša Jerman in Marjan Odar: Zakon o davku od dohodkov pravnih oseb s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2008.
- Tone Jerovšek in Gorazd Trpin (ur.): Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP) s komentarjem. Nebra, Ljubljana 2004.
- Tone Jerovšek in drugi: Zakon o davčnem postopku s komentarjem. Davčno izobraževalni inštitut in Davčno finančni raziskovalni inštitut, Ljubljana in Maribor 2008.
- Tone Jerovšek in Polonca Kovač: Posebni upravni postopki. Fakulteta za upravo, Ljubljana 2008.
- Tone Jerovšek in Polonca Kovač: Upravni postopek in upravni spor. Fakulteta za upravo, Ljubljana 2010.
- Vanja Jerovšek Verbič: Problematika dokazovanja in dokaznega bremena v davčnem ugotovitvenem postopku, v: Davčno-finančna praksa, XII (2011) 11, str. 5–10.
- Aleš Kobal: Vprašanja dokaznega bremena v ZDavP-2, v: Gospodarski subjekti na trgu – novosti in aktualna vprašanja gospodarskega prava. Pravna fakulteta, Inštitut za gospodarsko pravo, Maribor 2011, str. 189–200. (citirano kot 2011a)
- Aleš Kobal: Dokazni postopek kot bistvena sestavina davčnih inšpekcijskih nadzorov, v: Podjetje in delo, XXXVII (2011) 3-4, str. 550–574. (citirano kot 2011b)
- Michael Lang in drugi (ur.): Procedural Rules in Tax Law in the Context of European Union and Domestic Law. Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2010.

- Marjan Odar: Novim Slovenskim računovodskim standardom na pot, v: Slovenski računovodski standardi 2006. 6. izdaja, Slovenski inštitut za revizijo, Ljubljana 2011, str. 5–6.
- Kristina Ožbolt: Verodostojna knjigovodska listina kot dokazno breme v davčnem inšpekcijskem postopku, v: Zbornik referatov 10. davčne konference Slovenskega inštituta za revizijo. Slovenski inštitut za revizijo, Ljubljana 2010, str. 67–79.
- Christoph Ritz: Bundesabgabenordnung kommentar. Linde, Dunaj 2011.
- Branka Svilar in Andrej Šircelj: Zakon o davku od dobička pravnih oseb s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1998.
- Janez Šinkovec: Prosta presoja dokazov v davčnem postopku, v: Davčno-finančna praksa, I (2000) 9, str. 11–15.
- Janez Šinkovec in Boštjan Tratar: Zakon o davčnem postopku s komentarjem. Oziris, Lesce 2002.
- Ben Terra in Julie Kajus: Introduction to European VAT. Volume 1. IBFD, Amsterdam in Hornbaek 2011.
- Mateja Vraničar in Nevenka Beč: Zakon o davku na dodano vrednost s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2007.

SKUPNA POLITIKA KAZENSKIH PREGONOV EU – PILOTSKI PRIMERI VARSTVA OKOLJA, INTELEKTUALNE LASTNINE IN IGER NA SREČO

Martina Repas,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*

Rajko Knez,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*

Janja Hojnik,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
docentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*

1. UVOD

Ker se mednarodni kriminal in terorizem ne ozirata na nacionalne meje, je v EU potrebna skupna politika kazenskega pregona, saj lahko sodelovanje med sodišči različnih držav zavira različna razlaga posameznih kaznivih dejanj. Kljub pomembnosti sodelovanja držav članic na kazenskem področju, zlasti po 11. septembru 2001, je pristojnost za sprejemanje pravil za doseganje teh ciljev s stališča suverenosti držav članic tradicionalno občutljiva tema. Pravosodno sodelovanje v kazenskih zadevah se je po sklepih iz Tampereja razvijalo predvsem na podlagi vzajemnega priznavanja, v skladu s katerim mora biti sodna odločba, ki jo izda ena država članica, sprejeta in priznana tudi v vseh drugih državah članicah.¹ Sčasoma je bilo nadgrajeno v precej bolj zavezujoče določbe za države članice. Zaradi očitnega nezaupanja med državami članicami se je pri pripravi Lizbonske pogodbe okrepilo stališče, da je za učinkovito delovanje vzajemnega priznavanja potreben resnejši pristop k poenotenju za-

¹ Več o tem glej v M. Pezdirc, nav. delo, str. 15.

konodaj držav članic.² To danes omogočata 82. in 83. člen Pogodbe o delovanju EU³ (v nadaljevanju: PDEU), ki dajeta pravno podlago za oblikovanje enotnih (čeprav minimalnih) materialno- in procesnopравnih pravil kazenskega prava EU.⁴ V teh pravilih mora EU upoštevati razlike med pravnimi sistemi in izročili držav članic.⁵

EU pa ima tudi mimo pravil PDEU o sodelovanju v kazenskih zadevah znatne možnosti za poseganje v pristojnosti držav članic glede določanja politike kazenskega pregona. Gre za implicitne pristojnosti, ki jih je imela EU že več let pred Lizbonsko pogodbo in na katere se EU sklicuje takrat, ko je določanje kazenskih sankcij potrebno za učinkovito izvajanje materialnega prava EU. Članek obravnava tri taka področja – pravo varstva okolja v EU, pravice intelektualne lastnine EU in pravila čezmejnega igranja na srečo v EU –, na katerih prihaja do posega v pristojnosti držav članic na področju določanja kazenskih sankcij, in to mimo novega poglavja o kazenskem sodelovanju. Vsa tri področja so za EU pilotna oziroma sistemsko vzročna – varstvo okolja, ker upravno in civilno pravo v znatni meri nista učinkovita, kaznovalna politika in kriminologija pa še imata veliko prostora za učinkovito ukrepanje. Varstvo intelektualne lastnine, ker harmonizirana kazenska pravila na tem področju pomenijo učinkovito dopolnitev civilnopравnih sankcij in tako vodijo tudi do učinkovitejšega zatiranja kršitev pravic intelektualne lastnine. Področje iger na srečo pa je pilotno zato, ker kljub nepripravljenosti držav članic za harmonizacijo področja na ravni EU Sodišče EU s široko razlago določb PDEU o prostem pretoku storitev omejuje suverenost držav članic za določanje kazenskega pregona kršiteljev nacionalnih pravil o igranju na srečo, to pa utegne imeti pomembne posledice tudi za kazenski pregon kršiteljev drugih področij gospodarskega prava. Čeprav je izbranim trem področjem, ki so predmet članka, skupno to, da je vsako v svojem smislu pilotno, pa se razlikujejo po stopnji pripravljenosti držav članic za prepustitev dela suverenosti za določanje politike kazenskega pregona institucijam EU – od varstva okolja, kjer je ta pripravljenost že bila uzakonjena v harmonizacijski zakonodaji, do iger na srečo, kjer ekonomski interesi držav članic preprečujejo sprejem tovrstne harmo-

² M. Avbelj, nav. delo, str. 134–144.

³ Prečiščeni različici Pogodbe o Evropski uniji in Pogodbe o delovanju Evropske unije, UL C 83, 30. marec 2010, str. 47–201.

⁴ M. Bošnjak, nav. delo, str. 19.

⁵ V tem smislu je Slovenija sprejela Zakon o sodelovanju v kazenskih zadevah z državami članicami Evropske unije (ZSKZDČEU), Ur. l. RS, št. 102/07. Kmalu po uveljavitvi Lizbonske pogodbe (objavljena v UL C 306, 17. december 2007, str. 1–229, v veljavi od 1. decembra 2009) je bila sprejeta prva direktiva s tega področja, in sicer Direktiva 2010/64/EU o pravici do tolmačenja in prevajanja v kazenskih postopkih, UL L 280, 26. oktober 2010, str. 1–7.

nizacijske zakonodaje, področje intelektualne lastnine pa se giblje v vmesnem prostoru večletnih pogajanj v Svetu EU. Kot je pojasnjeno v nadaljevanju, pa na nobenem od treh področij posegi EU v nacionalno politiko kazenskega pregona, ki se sklicujejo na implicitne (nezapisane) pristojnosti EU, v posameznih državah članicah ne potekajo brez kontroverznih odzivov.

2. VARSTVO OKOLJA

2.1. Okoljska kriminaliteta in pristop EU

Človekovo onesnaževanje okolja, gospodarstva in industrije v sodobni dobi presega zgodovinske izkušnje tega področja. Varstvu okolja in varstvu narave EU v začetnih letih obstoja ni namenjala velike pozornosti. Šele Sodišče EU je opozorilo na varstvo okolja kot enega osrednjih ciljev te ekonomske integracije, temu pa je za tem sledila tudi zakonodaja. Njen obseg se je v EU zlasti povečal, potem ko je varstvo okolja postalo »nova politika Skupnosti« (angl. *new policy area*) v Pogodbi o Evropski skupnosti iz Maastrichta.⁶ Akti EU s področja varstva okolja so po eni strani številčni, po drugi strani pa izrazito kompleksni.⁷ Hkrati s številčnostjo predpisov pa se je začelo povečevati tudi število dejanj, ki so bila nezakonita. EU je kaznovalno politiko dolgo prepustila državam članicam ter je zgolj po načelu *command and control* (predpiši in nadzoruj; gre za predpise upravnega prava za vertikalne odnose, torej med državo in posameznikom) sprejemala predpise, države članice pa so jih morale ustrezno prenesti (izvesti, implementirati) v nacionalno zakonodajo in določiti sankcije.

Vendar pa je bilo kaj kmalu jasno, da zgolj generalno pravilo in dolžnost držav članic, da sprejmejo ustrezne sankcije, ki bodo imele preprečevalni učinek na področju varstva okolja, ne bo dovolj. To pravilo, ki je posledica odločitev Sodišča EU, se danes zrcali v direktivah. Te kot generalno pravilo določajo, da morajo biti sankcije držav članic za primere kršitve izvedbenih predpisov direktiv določene tako, da morajo imeti odvrtačilne in preprečevalne učinke. Področje varstva okolja je namreč specifično; na eni strani ni subjekta, ki bi se lahko postavil zase in za svoje pravice (okolje namreč ne more govoriti in ne more biti stranka pred sodiščem), po drugi strani pa funkcija odškodnine kot instituta za satisfakcijo in hkrati instituta, ki bi imel preprečevalen učinek, ne more dosežati rezultatov, kajti v okolju je odškodnina lahko omejena samo na stroške povrnitve prejšnjega stanja (*restitutio in integrum*, tj. referenčno stanje). Če k temu dodamo še dejstvo, da veliko držav članic ni imelo določb za

⁶ R. Knez, nav. delo, str. 1322.

⁷ A. Klenovšek, G. Meško, nav. delo, str. 50–63.

kazniva dejanja zoper okolje, potem je veliko manevrskega prostora za posameznike, predvsem pa za gospodarske subjekte (kjer nastaja največ odpadkov, predvsem nevarnih) za naraščanje števila okolju škodljivih ravnanj.

Obdobje (vsaj) zadnjih 20 let lahko torej vidimo kot obdobje, v katerem je varstvo okolja začelo pridobivati pomen s sprejemanjem zakonodaje. EU, ki je najprej prisegala na upravnopravno varstvo, ki naj ga izvajajo države članice, je razvoj varstva okolja nadaljevala v smeri civilnopravnega varstva. Tako je bila sprejeta Direktiva 2004/35/ES o okoljski odgovornosti v zvezi s preprečevanjem in sanacijo okoljske škode,⁸ ki združuje upravni in civilni pristop. Tako okolju, ki je subjekt brez glasu, določa varstvo s strani države (torej upravno-pravno varstvo), omogoča pa nekatere pravne institute in značilnosti v postopku, ki so značilne za civilnopravno varstvo (na primer povrnitev v prejšnje stanje, zahteva po finančnem jamstvu, številna dokazna sredstva, prevalitev dokaznega bremena). Na ta način je EU po dolgih letih usklajevanj sprejela akt, ki je iz varstva v zasebnem interesu (angl. *private law remedies*) in sistema v javnem interesu (angl. *public law remedies*) uporabila tiste pravne institute, ki so kompatibilni, in vzpostavila hibridni sistem upravno-pravnega in civilnopravnega varstva.⁹ Ta sistem deluje tako *ex ante* kot tudi *ex post*.

Civilno pravo kot nadgradnja upravnega prava, ko gre za vprašanje ustreznosti sankcij, ni izpolnilo pričakovanj. Kot omenjeno, je poglobitni razlog v tem, da odškodninska odgovornost za škodo, povzročeno okolju, dolgo ni bila definirana, odškodnina za tradicionalno škodo (škoda, ki ima lastnika) pa je, kljub obrnjenemu dokaznemu bremenu in objektivni odgovornosti v primeru nevarnih snovi ali nevarnih dejavnosti, za posameznike težko dosegljiva.¹⁰

Zato je EU leta 2003 skušala narediti korak naprej k sistemu kazenskega varstva z okvirno odločbo (2003/80) o kazenskopravnem varstvu okolja in od držav članic doseči, da uvedejo kazenskopravne sankcije za kršitve določb glede varstva okolja. To okvirno odločbo je Komisija EU uspešno izpodbijala pred Sodiščem EU, ker ni bila sprejeta na ustrezni pravni podlagi.¹¹ Ne gre za to, da bi bila Komisija EU proti uvedbi kazenskopravnih sankcij za kršitve pravil varstva okolja – ravno nasprotno. Ker EU nima pristojnosti na področju kazenskega prava, je treba določiti ustrezno pravno podlago in ustrezen zakonodajni postopek sprejemanja zakonodaje, ki bi EU omogočil, da države članice zaveže k takemu cilju. Tako je bila zaradi razveljavitve omenjene okvirne

⁸ UL L 143, 30. marec 2004, str. 56–75.

⁹ M. Juhart, nav. delo, str. 107.

¹⁰ Prav tam, str. 114–116.

¹¹ Zadeva C-176/03, Komisija proti Italiji, z dne 13. septembra 2005, ZOdl., str. I-7879.

odločbe leta 2008 sprejeta Direktiva 2008/99/ES o kazenskopravnem varstvu okolja^{12,13} (v nadaljevanju: Direktiva 2008/99/ES), ki je bila v Republiki Sloveniji implementirana s spremembami Kazenskega zakonika¹⁴ (v nadaljevanju: KZ-1) jeseni 2011.

2.2. Kriminaliteta na področju varstva okolja – širši vidik

Področje varstva okolja je močno regulirano, pa vendar težko vedno govorimo o tem, da je okolje, v katerem živimo, zdravo in primerno za življenje. Gledano s stališča zakonodajec, dobimo občutek, da sta, na eni strani zakonodajalec v EU in posledično z izvedbo njegove zakonodaje v nacionalni pravni sistem tudi nacionalni zakonodajalec naredila veliko, da spremenimo antropocentrični odnos do okolja; na drugi strani pa, da so mednarodni akti tudi povečali varstvo okolja in narave. Kljub temu marsikatera področja varstva okolja in s tem tudi zdravja ljudi očem širše javnosti ostajajo skrita; na primer, da so nekatera območja za pridelavo hrane onesnažena (na primer Padska nižina), da so v naši okolici vodni viri zastrupljeni (na primer Dravsko polje, Goričko), da smo kmetijska zemljišča porabili za gradbena in da je samooskrba z živilskimi proizvodi tako nizka, da s tem ogrožamo nacionalno varnost,¹⁵ da škropimo sadovnjake in vinograde s kancerogenimi pesticidi¹⁶. Kljub temu da v vseh primerih ne gre za kazniva dejanja ali za kriminalno dejavnost, pa ne gre spregledati, da zakonodaja (in s tem pravo kot veda) vedno ni izpolnila pričakovanj. Na eni strani biologi in filozofi,¹⁷ na drugi strani pa tudi pravniki¹⁸ opozarjajo, da svet kot celota tudi na področju varstva okolja nima transnacionalnih mehanizmov, ki bi jih moral imeti, da bi lahko tudi nedržavni in korporativni akterji odločilno vplivali na zdravo življenjsko okolje. To vprašanje dobro opisuje Bučar Ručman,¹⁹ ki je mnenja, da mora država prevzeti zaščito državljanov pred različnimi oblikami ogrožanj, med katerimi so v današnjem času vse bolj

¹² Direktiva 2004/35/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. aprila 2004 o okoljski odgovornosti v zvezi s preprečevanjem in sanacijo okoljske škode, UL L 143, 30. april 2004, str. 56–75.

¹³ Direktiva 2008/99/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. novembra 2008 o kazenskopravnem varstvu okolja (besedilo velja za EGP), UL L 328, 6. december 2008, str. 28–37.

¹⁴ Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1B), Ur. l. RS, št. 91/11, z dne 14. novembra 2011.

¹⁵ A. Komat, nav. delo, str. 127–136.

¹⁶ Prav tam, str. 183–193.

¹⁷ A. Komat, nav. delo, in Boštjan M. Župančič, nav. delo, str. 19.

¹⁸ R. Walters, nav. delo, str. 227.

¹⁹ A. Bučar Ručman, nav. delo, str. 122–124.

v ospredju »nevidne« grožnje (kamor spada tudi zelena kriminaliteta). Te naloge varstva pa današnje državne tvorbe ne opravljajo več.^{20, 21}

2.3. Kazenskoopravno varstvo v sistemu pravnega varstva okolja

Tako kot v vseh modernih pravnih sistemih tudi na področju varstva okolja ločimo med varstvom v zasebnem in varstvom v javnem interesu (angl. *private law remedies* in *public law remedies*). Kot opisano je okolje subjekt, ki mu je treba oba sistema varstva prilagoditi, saj sam ne more govoriti zase. Tako je treba določiti subjekt, ki ga bo varoval in stopil v njegov položaj. Ta subjekt je država, ki pa ni lastnica okolja, narave oziroma naravnih virov, temveč njihov skrbnik. Prav tako je treba v okviru obeh sistemov pravnega varstva določiti ustrezne sankcije, ki lahko dosežejo predvsem preventivni namen. Teorija namreč razlikuje med tremi sistemi varstva okolja: (i) kurativni, (ii) preventivni in (iii) slutenjski model.²² Medtem ko je kurativni koncept že preživet, o čemer so nas prepričale velike katastrofe, kot so na primer Černobil, Bopal, Seveso in Mehiški zaliv, večina zakonodaje, tako mednarodne, evropske kot tudi nacionalne, trenutno najbolj sledi preventivnemu sistemu. Slutenjski model pa je model, ki mu sledi predvsem področna zakonodaja, kot je na primer zakonodaja na področju gensko spremenjenih organizmov. Z drugimi besedami, preventivni model zahteva tudi sankcije, ki bodo preventivno in v zadostni meri strah zbujajoče delovale na onesnaževalce. Ker pa to na področju varstva okolja ni dovolj, se je nujno treba opredeliti tudi glede vidika kriminalitete na področju varstva okolja. KZ-1 določa kazniva dejanja zoper okolje²³ in predvideva sankcije tako *ex ante* (*preventiva*) kot tudi *ex post* (*kurativa*) narave, vendar pa se zaplete pri opredelitvi, da so te norme blanketne narave. Tudi sodba Vrhovnega sodišča RS VS I Ips 96/2000 namreč določa, da je kaznivo dejanje obremenjevanja in uničenja okolja ter prostora po prvem odstavku 333. člena KZ blanketno kaznivo dejanje, ki je lahko storjeno le s kršitvijo *zakonov in drugih predpisov, ki urejajo varstvo okolja*. Vrhovno sodišče RS v obrazložitvi nadaljuje, da tej ugotovitvi prav tako pritrjuje razlaga vsebine abstraktnega opisa tega kaznivega dejanja. Izvršitveni načini po prvem odstavku 333. člena KZ, ki so posledica kršitve predpisov, so v čezmernem onesnaženju okolja ali v čezmerni rabi in izkoriščanju naravnih dobrin.²⁴ To so tipična področja, ki jih

²⁰ Prav tam, str. 128.

²¹ Okoljski kriminaliteti je sicer iz različnih zornih kotov veliko prostora namenjeno v tematski številki revije *Varstvoslovje* (št. 1/2011).

²² N. de Sadeleer, nav. delo, str. 14–19.

²³ Glej določbe 332. do 347. člena oziroma 32. poglavje KZ-1: Kazniva dejanja zoper okolje, prostor in naravne dobrine.

²⁴ Glej tudi stališča D. Florjančič, nav. delo (2012), str. 17–18.

urejajo okoljevarstveni predpisi. A navedeno pomeni, da Slovenija z izvedbo kazenskopravne zakonodaje v praksi ne more dosegati popolnih učinkov (tudi spremembe KZ-1 iz jeseni 2011 se ne nanašajo na to stališče,²⁵ ki ga je Vrhovno sodišče RS izreklo v omenjeni sodbi).²⁶ Menim, da gre za konservativen pristop (kljub temu da se zavedamo zahteve kazenskega prava po vnaprejšnji natančni določenosti),²⁷ ki ni ustrezen, niti na ravni direktive²⁸ kot tudi ne na ravni nacionalne zakonodaje. To, da se kazenskopravno varstvo okolja pogojuje s kršitvijo upravnopravnih predpisov, dejansko namreč pomeni, da je treba vsako dejanje opisati kot pravni dejanski stan, to pa je na področju varstva okolja izredno kompleksno. Upravno pravo varstva okolja je v veliki meri zelo abstraktno; na primer zapoveduje ohranjanje dobrega stanja in ne prepoveduje natančno določenega ravnanja. Če nekdo izlije plinsko olje v naravo, prav tako ravnanje ni nikjer prepovedano. Bi pa moralo biti, da bi lahko uporabili tudi kazenskopravno varstvo. To je podobno, kot če bi za umor predpisali, da je kazniv zgoj, če se izvrši na način, ki ga prepoveduje upravno pravo (na primer če nekdo ne zaščiti ustrezno električne inštalacije, bo dejanje, katerega posledica je smrt nekoga, tudi kaznivo dejanje, če pa nekdo nekoga zabode z nožem, pa ne, kajti ravnanje z nožem ni nikjer določeno). Zato je blanketno normo težko napolniti z upravnopravno zakonodajo s področja varstva okolja, to pa povzroči prepad med cilji in smislom kazenskopravnega varstva okolja. Gre za vprašanje spoštovanja načela določenosti v zakonu (*lex certa*).²⁹ Povzročitev velike škode okolju lahko namreč nastane na zelo različne načine (na primer z razlitjem nevarnega tovora, posekom gozda, zanetenjem požara, odstrelom), zato tudi iz pragmatičnega zornega kota ni smiselno navajati vsakega posameznega ravnanja in menim, da bi se bilo treba, brez škode z vidika načela pravne varnosti, odmakniti od razlage, da so tovrstna določila blanketne norme. Na ta način bi presegli pomanjkljivo aplikacijo kazenskopravnih pravil v

²⁵ Več o vsebini direktive in primerjavi s KZ-1 glej pri D. Florjančič, nav. delo (2010), str. 12–14. Direktiva je sicer tudi posledica sodbe Sodišča EU v zadevi C-176/03, 13. september 2005, ZOdl., str. I-7879, v kateri je kot splošno pravilo zapisalo, da niti kazensko pravo niti pravila kazenskega postopka ne spadajo v pristojnost EU, vendar pa obenem poudarilo, da to splošno pravilo ne prepreči zakonodajalcu EU, da sprejme ukrepe, ki se nanašajo na kazensko pravo držav članic EU, če je to nujno, da se zagotovi, da so pravila varstva okolja popolnoma učinkovita v primeru, da je uporaba učinkovitih, sorazmernih in odvračilnih kazenskih sankcij s strani pristojnih nacionalnih organov nujen ukrep za boj proti hudim okoljskim kršitvam (pristop je Sodišče EU potrdilo tudi v zadevi C-440/05, *Komisija proti Svetu in Parlamentu*, 23. oktobra 2007, ZOdl., str. I-9097). To je pomenilo, da lahko kazenske sankcije vsebujejo tudi instrumenti, sprejeti v okviru prvega stebra.

²⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS, Kazenskega oddelka, z dne 16. aprila 2003.

²⁷ Glej tudi pri M. Juhart, nav. delo, str. 113.

²⁸ Glej 2. in 3. člen Direktive 2008/99.

²⁹ Primerjaj tudi stališča D. Florjančič, nav. delo (2012), str. 17–20.

praksi. Člen 332 KZ-1 (sprememba iz leta 2011)³⁰ je vnesel spremembe in implementiral Direktivo 2008/99, a kaznivo dejanje še vedno pogojuje s kršitvijo predpisov (a tudi direktiva v 2. in 3. členu, v katerih zahteva, katera dejanja se morajo opredeliti za kazniva, določa vezanost na nezakonitost; to je na kršitev zakonodaje EU).

Drugače pa je v mednarodnem pravu; 8. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah (v nadaljevanju: EKČP) je pravni temelj, ki ga Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) uporablja za odločanje glede varovanja okolja. Določba je,³¹ tako kot druge določbe EKČP, abstraktna (varstva okolja sploh ne omenja), pa vendar je ESČP pod njo uvrstilo vrsto primerov varstva okolja – med drugim tudi znani primer z dne 30. januarja 2000 o razlitju cianida v reko Săsar, ki je prešel v reko Tiso in Donavo vse do Črnega morja.³² ESČP pojasnjuje, da onesnaževanje okolja vpliva na človekovo zasebno in družinsko življenje ter nasploh na njegovo dobrobit (angl. *well-being*). Država pa ima dolžnost, da varuje osebe z različnimi ukrepi (sistem dovoljenj, pogojevanje za začetek opravljanja dejavnosti, nadzor nad dejavnostmi, pogoji za varno obratovanje, monitoring oziroma spremljanje ter opazovanje itd.).

Primerjava te odločitve z omenjeno sodbo Vrhovnega sodišča – stališče, da je kaznivo dejanje obremenjevanja in uničenja okolja ter prostora mogoče storiti le s kršitvijo predpisov, ki urejajo varstvo okolja (in da mora opis tega kaznivega dejanja zato vsebovati navedbo predpisa s področja varstva okolja ter v zvezi z njim tudi konkretna dejstva in okoliščine, s katerimi se opredeljujejo ravnanja storilca (storitve ali opustitve v zvezi s predpisanimi obveznostmi), ki niso v skladu s temi predpisi, in posledice, ki so nastale zaradi protipredpisnega delovanja) – ni v skladu s pristopom ESČP in EKČP, ki pa se v Sloveniji neposredno uporablja (ne samo s strani sodišč, ampak tudi upravnih organov). Z drugimi besedami: nekdo, ki s prometno nesrečo povzroči škodo v okolju (na primer razlitje nevarne snovi) in uniči okolje, ne bo storil kaznivega dejanja, ker ni mogoče dokazati, da krši predpis varstva okolja. Če konkretna dejstva in okoliščine v zakonodaji varstva okolja niso zapisani, kaznivega dejanja ni.

³⁰ KZ-1, Ur. l. RS, št. 91/11 – UPB2, 50/12.

³¹ Glasi se: »Pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja
Vsakdo ima pravico do spoštovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja, doma in dopisovanja.

Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen, če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato, da se prepreči nered ali kaznivo dejanje, da se zavaruje zdravje ali morala, ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.«

³² Glej na primer zadevo z dne 17. marca 2009, *Affaire Tătar c. Roumanie*, Requête, št. 67021/01.

2.4. Kriminalna dejavnost na področju okolja in vloga prava

Kljub številnim predpisom na področju varstva okolja pravo nezadovoljivo varuje okolje, kar je razvidno ravno iz porasta kriminalitete.^{33, 34} Po mnenju nekaterih teoretikov je kriminaliteta posledica (pre)strogih pravil,³⁵ a k temu je treba dodati še te razloge: (i) tradicionalno in zgodovinsko je dojemanje okolja kot dane vrednote skladno z antropološkim, in ne ekocentričnim pristopom, (ii) nizka je stopnja zavedanj pomembnosti okolja v družbi ter s tem nekritično dojemanje in spremljanje škodljivih dejanj, tudi takih, ki spadajo na področje kriminalitete,³⁶ (iii) prisotna sta socializacija stroškov varstva okolja in napačno sprejemanje družbe, da socializacija stroškov ni težava, (iv) kazniva dejanja na področju varstva okolja je mogoče storiti razmeroma preprosto (na primer odvrženje odpadkov v morje, tudi večje količine, ponoči ali daleč stran od javnosti, izpust škodljivih emisij v vremensko ugodnem času, ko ni stalnega monitoringa), (v) stroški sanacije, tudi če je povzročitelj znan in jih mora plačati, primeroma vedno ustrezajo izračunu ekonomskih koristi v primerjavi s stroški legalne obravnave odpadkov ali odnosa do okolja sploh.

Dodatno k vsemu navedenemu je z vidika prava pomembno, da je na področju civilnega prava pri tradicionalni škodi mogoča tudi odškodnina za nematerialno škodo, ki je lahko velikokrat višja od materialne škode. Na področju varstva okolja pa odškodnina za nematerialno škodo ne igra nobene vloge; okolju namreč odškodnine za nematerialno škodo nikoli ne moremo določiti, saj mu to ni pravno priznana škoda. Ravno odškodnina za nematerialno škodo pa v primerih tradicionalne škode vsebuje poglobljen element preprečevalnega učinka prihodnjih škodnih dejanj (povzročitelj mora zaradi odškodnine za nematerialno škodo plačati več, kot znaša materialna škoda, na področju varstva okolja pa je slednja omejena samo na materialno škodo).

Zaradi navedenih razlogov je na področju varstva okolja nujno nadgraditi sistem varstva upravnopravnega oziroma vertikalnega varstva (angl. *command and control*) in sistem civilnopravnega varstva (sistem plačila preventivnih stroškov in stroškov škod za škodo v okolju kot tudi za tradicionalno škodo) s sistemom kazenskopravnega varstva in s tem s posegom na področje kriminalitete na področju varstva okolja.

³³ A. Bučar Ručman, nav. delo, str. 118–120.

³⁴ Direktiva 2008/99/ES, 2. točka uvodnih določil.

³⁵ A. Klenovšek, G. Meško, nav. delo, str. 56.

³⁶ A. Bučar Ručman, nav. delo, str. 121.

Čas, ko je večina držav članic prepričana, da lahko z upravnopravnimi predpisi in vnosom civilnopravnih ukrepov tako na področje preventivnih ukrepov kot tudi odškodninske odgovornosti za škodo v okolju sledijo načelu vzdržnega oziroma trajnostnega razvoja, je minil. Pokazalo se je, da so nujni tudi ukrepi kazenskopravne politike in v odsotnosti tega prepričanja v vseh državah članicah je EU začela delovati v tej smeri, kar pa je pripeljalo do težav glede pristojnosti EU pri določanju kaznovalne politike.

V Sloveniji pogrešamo bolj protagonističen odnos do urejanja kaznivih dejanj na področju varstva okolja. Prej omenjena sodba Vrhovnega sodišča RS je (zaradi zakonodaje), generalno gledano, ovira za učinkovito izvajanje kazensko-pravnega varstva na področju varstva okolja. Iz zakonodaje se ne zrcali dovolj pogumen pristop, ki bi sodni praksi omogočal bolj proaktivno razlago. Kriminaliteta tega področja (oziroma po nekaterih avtorjih okoljska kriminaliteta)³⁷ ima več maneverskega prostora, kar je slabo tako za okolje kot tudi za stanje v družbi. Pravo si tako kot osrednje sredstvo družbenih odnosov na področju sankcij in kaznovalnega prava v celoti ne more privoščiti takih pomanjkljivosti, ki omogočajo porast kriminalitete, če pa jih zazna, se mora nemudoma odzvati in pomanjkljivost odpraviti.

V kriznih obdobjih, tudi v obdobju gospodarske in finančne krize, ko je pridobivanje finančnih sredstev, potrebnih za preživetje ali normalno delovanje posameznika, oteženo, se poveča tudi kriminaliteta, kajti posamezniki so za pridobitev finančnih koristi pripravljeni storiti tudi dejanja, ki jih sicer ne bi. To so lahko tudi kazniva dejanja ali vsaj nezakonita dejanja, pri čemer pa lažje storijo dejanja, ki jih zakonodaja zaradi svoje neustreznosti težko preganja. Če so to tudi hkrati dejanja, ki jih je mogoče storiti lažje, hitreje oziroma bolj skrito očem javnosti, sta kumulativno izpolnjena dva pogoja, ki pač ne moreta prispevati k zmanjšanju kriminalitete.

Področje ukrepov kazenskega prava zaradi kršitev pravic intelektualne lastnine za korak zaostaja za področjem okolja; medtem ko pravila EU pri slednjem že zahtevajo prilagojeno nacionalno zakonodajo, ima EU na področju pravic intelektualne lastnine to vprašanje šele namen urediti.

³⁷ A. Bučar Ručman, nav. delo, str. 120, in A. E. Bottoms, P. Wiles, nav. delo, str. 305.

3. VLOGA EU PRI DOLOČANJU KAZENSKIH UKREPOV ZARADI KRŠITEV PRAVIC INTELEKTUALNE LASTNINE

3.1. Ozadje poseganja EU na področje kazenskih ukrepov v zvezi s kršitvijo pravic intelektualne lastnine

Piratski in ponarejeni proizvodi (piratska glasba in filmi, ponarejene torbice idr.), ki kršijo pravice intelektualne lastnine (patent, avtorska in sorodne pravice, znamka, model itd.), se proizvajajo in prodajajo že od nekdaj, res pa je, da piratstvo in ponarejanje nikoli nista bila tako enostavna in hitra, kot sta danes, v času moderne tehnologije. Po podatkih Komisije EU³⁸ so v letu 2010 carinski organi v EU na zunanjih mejah EU zasegli 103 milijone proizvodov, ki so domnevno kršili pravice intelektualne lastnine,³⁹ in s tem preprečili izvoz takih proizvodov v EU. To je, gledano v smislu individualnih proizvodov, sicer manj kot v letih 2009 in 2008, drastično pa se je povečalo število primerov, ko je pristojni organ blago zadržal, ki se je s 43.572 leta 2009 na 79.112 leta 2010 skoraj podvojilo, kar je gotovo povezano s povečano spletno prodajo v tem letu.

Komisija EU je v Zeleni knjigi o boju proti ponarejanju in piratstvu na notranjem trgu⁴⁰ leta 1998 navedla, da sta ponarejanje in piratstvo prerasla v mednarodni pojav s precejšnjim učinkom na gospodarsko in socialno raven v smislu varstva potrošnikov, zlasti javnega zdravja in varnosti.

S širjenjem piratskih in ponarejenih proizvodov pa so se krepili tudi ukrepi proti kršitvam in kršiteljem na vseh ravneh, naprej na nacionalni, nato na mednarodni ravni in na ravni EU. Tako so torej tudi zakonodajni organi EU korenito posegli v ureditev pravic intelektualne lastnine, tudi v ureditev kršitev teh pravic, in sicer (a) na področju carinskih ukrepov s sprejemom Uredbe ES št. 1383/2003 o carinskem ukrepanju zoper blago, glede katerega obstaja sum, da krši določene pravice intelektualne lastnine, in o ukrepih, ki jih je treba sprejeti zoper blago, glede katerega je bilo ugotovljeno, da je kršilo take pravice,⁴¹ in (b) s harmonizacijo na področju civilnih sankcij, ki so določene z Direktivo 2004/48/ES o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine⁴² (v nadalje-

³⁸ Glej Poročilo Komisije EU o carinskem izvrševanju pravic intelektualne lastnine, <http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/statistics/statistics_2010.pdf> (27. 10. 2012).

³⁹ O pojmu intelektualne lastnine in pravic, ki spadajo v obseg tega pojma, glej 2. člen Konvencije o ustanovitvi Svetovne organizacije za intelektualno lastnino (Ur. l. SFRJ – MP, št. 31/79 in 4/86, Ur. l. RS – MP, št. 9/92, 3/01 in 3/07).

⁴⁰ Komisija EU, Zelena knjiga o boju proti ponarejanju in piratstvu na notranjem trgu, COM (98) 569, 1998.

⁴¹ UL L 196, 2. avgusta 2003, str. 7–14.

⁴² UL L 157, 30. aprila 2004, str. 45–86.

vanju: Direktiva 2004/48). Civilni ukrepi (prepoved nadaljnjih kršitev pravic intelektualne lastnine, odstranitev proizvodov iz gospodarskih tokov in njihovo uničenje, odškodnina) so pomembni in so v veliko pomoč osebam, katerih pravice intelektualne lastnine so kršene. Ne glede na to pa so velika dopolnitev civilnih ukrepov tudi kazenski ukrepi,⁴³ katerih namen je kaznovati in odvrniti od kršitev najbolj razvpite oziroma predrzne kršitelje: večkratne kršitelje, organizirane kriminalne skupine idr.

Zakonodajna dejavnost EU glede kazenskih ukrepov zaradi kršitev pravic intelektualne lastnine se je za zdaj končala le s poskusom; tudi zaradi dvoma o pristojnosti EU na tem področju.⁴⁴ Sodelovanje policije in pravosodja v kazenskih zadevah je namreč do uveljavitve Lizbonske pogodbe spadalo v tretji steber, v okviru katerega se problematika s tega področja ni urejala s sekundarnim pravom EU, ampak s konvencijami, okvirnimi sklepi ipd.⁴⁵ Po Lizbonski pogodbi, ki odpravlja tritebrno strukturo, tudi za področje kazenskega prava veljajo temeljna načela EU.⁴⁶ Sprejem Lizbonske pogodbe, ki odpravlja tritebrno strukturo, pa lahko vpliva na nadaljevanje »poskusnega dela« zakonodajnih organov EU na tem področju.

Prvi pravni akt na mednarodni ravni, ki vsebuje določbe tudi o kazenskih ukrepih zaradi kršitev pravic intelektualne lastnine, je Sporazum o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine⁴⁷ (v nadaljevanju: Sporazum TRIPs), ki zavezuje države članice Svetovne trgovinske organizacije, med katerimi je tudi EU. Ta članicam nalaga, da zagotovijo ustrezne kazenske in civilne ukrepe zoper kršitelje pravic intelektualne lastnine. S sprejemom Sporazuma TRIPs se je tako začela harmonizacije tega vprašanja v okviru EU, čeprav so še vedno obstajale razlike v ureditvah držav članic, kar imetnikom teh pravic ne omogoča enake ravni varstva v celotni EU.⁴⁸ Sporazumu TRIPs se je pred kratkim pridružil še en akt, Trgovinski sporazum proti ponarejanju, sklenjen med EU in njenimi članicami ter nekaterimi drugimi, predvsem neevropskimi državami.⁴⁹

⁴³ O ekonomskih vidikih kazenskega izvrševanja pravic intelektualne lastnine glej pri A. Wechsler, nav. delo.

⁴⁴ Prav tako posamezni avtorji menijo, da ne obstajajo utemeljeni razlogi, ki bi opravičevali sprejem harmonizacijskih ukrepov, ker naj kazenski ukrepi ne bi bili potrebni za normalno delovanje notranjega trga, kar je pogoj za sprejem harmonizacijskih ukrepov po 95. členu Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti: UL C 321E, 29. decembra 2006, str. 37–331 (R. Hilty, A. Kur in A. Peukert, nav. delo).

⁴⁵ J. Gibson, nav. delo, str. 6–7.

⁴⁶ A. Šugman Stubbs, nav. delo, str. 1022–1023.

⁴⁷ Ur. l. RS – MP, št. 36/95.

⁴⁸ Predlog Direktive o kazenskih ukrepih, COM (2005) 276 končno, Bruselj, 12. 7. 2005.

⁴⁹ Čeprav ta sporazum ne spreminja zakonodaje EU, ker je ta znatno naprednejša od trenutnih mednarodnih standardov, je vendarle pomemben, ker vpeljuje novi mednarodni

3.2. Kazenski ukrepi in zahteve iz Sporazuma TRIPs

Sporazum TRIPs v členu 61 določa, da morajo članice zagotoviti kazenske postopke in kazni, ki se uporabljajo vsaj pri zavestnem ponarejanju znamk⁵⁰ ali piratstvu avtorskih pravic⁵¹ v trgovinsko pomembnem obsegu.^{52, 53} Pri tem iz navedene določbe izhajata dve omejitvi. Prva je, da se zahteva obvezna uvedba kazenskih ukrepov le za kršitve dveh pravic intelektualne lastnine: znamke in avtorske pravice, druga pa, da morajo članice obvezno zagotoviti kazenske ukrepe za primere zavestnega ponarejanja in piratstva v trgovinsko pomembnem obsegu. Kazenske sankcije zaradi kršitev drugih pravic intelektualne lastnine članice lahko uvedejo, saj Sporazum TRIPs tega ne prepoveduje. Prav tako 61. člen Sporazuma TRIPs določa ukrepe, ki naj jih članice uvedejo. To sta zaporna kazen in/ali denarna kazen, ki mora biti dovolj visoka, da odvrača od takih dejanj, in sorazmerna višini kazni za ustrezna kazniva dejanja. To torej pomeni, da morajo imeti ukrepi dve lastnosti: biti morajo zadostni, da preprečijo ponarejanje in piratstvo, in teža sankcije mora biti usklajena s sankcijami za druge kršitve primerljive teže.

Pri tem Sporazum TRIPs ne določa, katere kršitve so primerljive, zato imajo članice diskrecijo določiti, kako te standarde iz Sporazuma TRIPs uporabiti in katera so kazniva dejanja primerljive teže v nacionalnem kontekstu.⁵⁴ Prav tako pa se postavljajo vprašanja, kako razlikovati med piratstvom in kršitvijo avtorskih pravic, med blagom s ponarejeno znamko in kršitvami znamk in kaj sploh pomeni trgovinsko pomemben obseg.⁵⁵ Kot sredstva za boj proti piratstvu in ponarejanju Sporazum TRIPs prav tako predvideva odvzem, zaplembo

standard, ki bo imetnikom pravic EU, ki izvažajo v države zunaj EU in so trenutno žrtve sistematično razširjenih kršitev njihovih pravic, zagotovil nekatere koristi.

⁵⁰ V skladu z opombo 14(a) člena 51 Sporazuma TRIPs je blago s ponarejeno znamko tisto blago, vključno z embalažo, ki brez dovoljenja imetnika znamke nosi oznako, ki je identična veljavno registrirani znamki za zadevno blago ali ki je v bistvenih vidikih ni mogoče razlikovati od znamke in ki zato krši pravice imetnika take znamke po pravu države uvoza.

⁵¹ V skladu z opombo 14(b) člena 51 Sporazuma TRIPs je piratsko blago kopija, ki je napravljena brez soglasja imetnika pravice ali osebe, ki je z njegove strani pooblaščen v državi proizvodnje in ki je narejeno neposredno ali posredno iz izdelka, kjer bi izdelava take kopije pomenila kršitev avtorske ali sorodne pravice po pravu države uvoza.

⁵² G. Tritton, nav. delo, str. 54.

⁵³ Navaja se celo, da sta danes piratstvo in ponarejanje v trgovinsko pomembnem obsegu bolj privlačna od prometa z mamili, ker je potencialno mogoče pridobiti velik dobiček brez tveganja za hude pravne sankcije. Glej M. Blakeney, nav. delo (2008), str. 149.

⁵⁴ Prav tam.

⁵⁵ Prav tam.

in uničenje blaga, ki krši pravico intelektualne lastnine, in kateregakoli drugega materiala ter orodja, ki se uporabljajo pri kaznivem dejanju.

3.3. Predlog Direktive EU o kazenskih ukrepih

Predlog Direktive 2004/48/ES iz leta 2003 se je nanašal na ureditev civilnih in kazenskih sankcij glede kršitev pravic intelektualne lastnine. Temu, prvotnemu predlogu je sledil sprejem Direktive 2004/48/ES o izvrševanju pravic intelektualne lastnine, pri čemer so bili kazenski ukrepi izključeni,⁵⁶ tako da ta direktiva zajema zgolj civilne ukrepe na področju kršitev pravic intelektualne lastnine. Razlog za izključitev kazenskih ukrepov je bil v zadržku EU glede vpletanja na tako občutljivo področje prava, kot je kazensko pravo,⁵⁷ poleg tega je pred Lizbonsko pogodbo, kot smo že omenili, sodelovanje policije in pravosodja na področju kazenskih zadev spadalo v tretji steber, kar je pomenilo dvom o pristojnosti EU po sprejemu sekundarnih pravnih aktov EU.

Komisija EU je najprej predlagala direktivo o kazenskih ukrepih za zagotavljanje uveljavljanja pravic intelektualne lastnine (leta 2005), v istem predlogu pa tudi okvirno odločbo z namenom zagotavljanja učinkovitejšega boja proti kršiteljem pravic intelektualne lastnine. Prvi instrument je bil predlagan v okviru prvega stebra, drugi pa v okviru tretjega. Vendarle tak dvojni pristop ni trajal dolgo zaradi sprejete odločitve Sodišča EU v zadevi *Komisija proti Svetu in Parlamentu*.⁵⁸ Zadevna odločba, predmet spora, se je nanašala na varstvo okolja, zaradi česar se postavlja vprašanje o možnosti njene širše interpretacije, tako da bi zajemala tudi področja, ki z varstvom okolja niso povezana. Komisija EU je odločbo interpretirala široko in je združila predlog direktive in okvirne odločbe v skupno direktivo (2006),⁵⁹ saj je menila, da so predlagani kazenski ukrepi bistvenega pomena za boj proti hudim kršitvam pravic intelektualne lastnine.

3.4. Vsebina predlagane direktive o kazenskih ukrepih

Predlog direktive o kazenskih ukrepih ni kontroverzen le zaradi vprašanja zakonodajne pristojnosti organov EU na področju kazenskega prava, ampak tudi zaradi vsebine. V nadaljevanju kratko predstavljamo vsebino predloga direktive o kazenskih ukrepih iz leta 2006 in nekatera nerešena vprašanja, pri čemer

⁵⁶ Glej tudi Poročilo Evropskega parlamenta, A5-0468/2003, str. 30–31.

⁵⁷ M. Walter, S. von Lewinski, nav. delo, str. 1200.

⁵⁸ Zadeva C-176/03, 13. septembra 2005, ZOdl., str. I-7879. Glej več o tem v opombi 28.

⁵⁹ COM (2006) 168 končno, Bruselj, 26. 4. 2006.

pa pregled in analiza vsebine predloga direktive kažeta, da je bil precej skop v določbah in je v veliki meri odseval obstoječe nacionalno pravo držav članic EU. Poudariti pa je treba, da je Komisija EU predlog direktive o kazenskih ukrepih septembra 2010 umaknila, da bi sprejela novi predlog, kot to izhaja iz Akcijskega načrta Komisije EU.⁶⁰

Predlog direktive o kazenskih ukrepih se nanaša na vse pravice intelektualne lastnine, ki so predvidene v zakonodaji EU (na primer znamka in model EU) in nacionalni zakonodaji posameznih držav članic EU, vključno s patenti, ki so bili predmet kritike,⁶¹ zaradi česar se je kasneje Komisija EU strinjala z njihovo izključitvijo iz tega predloga.

Člen 3 predloga direktive o kazenskih ukrepih nalaga državam članicam, da vse namerne kršitve pravic intelektualne lastnine v trgovinsko pomembnem obsegu, vključno s poskusom kršitve, pomočjo oziroma podporo in spodbujanjem k takim kršitvam, določijo za kazniva dejanja. Pri tem predlog direktive ne definira pojmov namerne kršitve in trgovinsko pomembnega obsega. Slednji pojem je povzet iz Sporazuma TRIPs, v katerem pa prav tako ni definiran. Evropski parlament je zato predlagal dopolnitev, pri čemer bi se kot namerne kršitve štela vsaka premošljena in zavestna kršitev pravice z namenom pridobivanja gospodarske koristi v trgovinsko pomembnem obsegu,⁶² ki pa je Komisija EU ni sprejela. Pojem trgovinsko pomemben obseg pa bi pomenil vsako kršitev pravic intelektualne lastnine z namenom pridobitve gospodarske koristi, ki pa izključuje ravnanja posameznikov za osebne in nedonosne namene.⁶³ To naj bi bil tudi namen Sporazuma TRIPs, saj bi bila v primeru ozke interpretacije tega pojma tudi prodaja ene same nezakonite kopije zgoščenke inkriminirana. Komisija EU je to definicijo oziroma kvantitativni test zavrnila, ker bi neupravičeno omejeval obseg direktive.⁶⁴ Res pa je, da taka definicija iz pojma trgovinsko pomembnega obsega dejansko izključuje nekatere najhujše kršitve, kot so skupine za »svoboden« internet (to so sofisticirane in zelo organizirane skupine, ki naj bi bile vir za več kot 90 odstotkov piratskih filmov, glasbe in računalniških programov, ki so danes dostopni na spletu). Te skupine tega ne počnejo zaradi pridobivanja gospodarske koristi, ampak zato, da so prve, ki objavijo neko vsebino na spletu.⁶⁵

⁶⁰ COM (2010)171, str. 37.

⁶¹ J. Gibson, nav. delo, str. 9–12.

⁶² Stališče Parlamenta, 25. april 2007, EP-PE_TC1-COD(2005)0127.

⁶³ Prav tam.

⁶⁴ J. Gibson, nav. delo, str. 12–16.

⁶⁵ L. Peets, nav. delo, str. 14.

Predlog direktive loči dve vrsti sankcij: tiste, ki jih lahko sodišče izreče za vsako kršitev, in tiste, ki jih lahko izreče le ob obstoju nekaterih pogojev v konkretnem primeru. V prvo skupino spadajo zaporna kazen, denarne kazni in zaplomba, v drugo pa vse druge,⁶⁶ kot so: uničenje blaga, ki krši pravico intelektualne lastnine, popolno ali delno trajno ali začasno zaprtje podjetja, začasna ali trajna prepoved opravljanja gospodarske dejavnosti, postavitvev pod sodni nadzor, objava sodnih odločb idr. Člen 5 predloga direktive za fizične osebe določa največ štiriletno zaporno kazen, kadar je dejanje storjeno v kriminalni združbi⁶⁷ ali kadar gre za tveganje zdravja in varnosti. Določene pa so tudi denarne kazni za fizične in pravne osebe, in sicer: največ 100.000 evrov za manj hude kršitve in največ 300.000 evrov za hude kršitve (torej kršitve, ki jih storijo kriminalne združbe, in kršitve, ki pomenijo tveganje za zdravje in varnost). Pri tem se postavlja vprašanje, ali štiriletna zaporna kazen dejansko pomeni harmonizacijo nacionalnega prava držav članic EU, upoštevajoč, da različne države članice določajo različna pravila glede predčasne izpustitve iz zapora.⁶⁸

V zadnjem poglavju članka je v ospredju področje iger na srečo, ki najbolj neposredno zadeva javne finance držav članic in je zato pripravljenost držav članic za prepustitev pristojnosti za določanje politike kazenskega pregona institucijam EU tukaj najmanjša. To pa nadomešča Sodišče EU, ki nastopa kot sekundarni zakonodajalec in odsotnost harmonizacijske zakonodaje o igrah na srečo nadomešča s široko razlago neposredno učinkovitih določb PDEU glede prostega pretoka storitev.

4. BOJ ZOPER KRIMINALITETO POD GRAVITACIJSKO SILO PROSTEGA PRETOKA IGER NA SREČO V EU

4.1. Regulacija čezmejnega igranja na srečo v EU

Prirejanje iger na srečo je načeloma prepovedano v pravnih sistemih večine držav članic.⁶⁹ Glavni razlog za to prepoved je v visokem tveganju goljufij in drugih kaznivih dejanj, igre na srečo pa imajo tudi slabe posledice za posa-

⁶⁶ J. Gibson, nav. delo, str. 16.

⁶⁷ Ta je v Okvirni odločbi definirana kot strukturirano združenje več kot dveh oseb, ustanovljeno za določeno obdobje, ki usklajeno deluje zaradi kršitve pravic intelektualne lastnine. Strukturirano združenje pa je združenje, ki ni naključno formirano in nima nujno formalno definiranih nalog članov, kontinuiteta članstva ali razvita struktura pa prav tako nista nujni.

⁶⁸ J. Gibson, nav. delo, str. 17–18.

⁶⁹ Načelna prepoved igranja na srečo, razen če pravo izrecno predvideva izjeme, tako na primer velja v Avstriji, Belgiji, na Cipru, Danskem, Finskem, v Franciji, Nemčiji, Grčiji, na Irskem, v Luksemburgu, na Nizozemskem in Slovaškem (glej European Commission,

meznika in družbo. Obenem večina pravnih sistemov v Evropi dopušča različne izjeme k temu načelu. Glavni zgodovinski razlog za to je dejstvo, da se je popolna prepoved izkazala za neučinkovito in je vodila do nezakonitih in povsem nenadzorovanih iger na srečo. Države so spoznale, da je boljša pot za nadzor teh tveganj ta, da se izjemoma, pod strogim državnim nadzorom, dovoli izvajanje nekaterih iger na srečo.⁷⁰ Pomembna »stranska« prednost državno nadzorovanih iger na srečo je v tem, da se dobički v zvezi z njimi lahko uporabijo za javne namene – za podporo športnih organizacij, invalidskih društev ipd. Prav velika finančna sredstva, ki so povezana z igrami na srečo, so osrednji razlog za to, da želijo države članice EU obdržati zaprte meje za te storitve.⁷¹ V skladu s tem je Evropski svet leta 1992 odločil, da ne bo urejal iger na srečo na ravni EU, saj je tovrstno urejanje na ravni EU, upoštevajoč načelo subsidiarnosti, neustrezno in ga bodo boljše in lažje uredile države članice same. Na podlagi teh sklepov je Komisija EU odstopila od svojih načrtov glede ureditve iger na srečo na ravni EU, tako da so te ostale nekakšna kvaziizključna pristojnost držav članic, upoštevajoč pri tem temeljna načela prava EU. Igre na srečo torej niso urejene na ravni EU, ampak na nacionalni ravni. Vse države članice so naložile stroge omejitve za dejavnost organizacije iger na srečo, da bi tako nadzirale in omejevale njihovo ponudbo na svojem ozemlju.

Čeprav imajo države članice obsežne pristojnosti na področju urejanja iger na srečo, je Sodišče EU na to področje posegalo. V svoji sodni praksi je raziskovalo, do katere mere lahko države članice omejujejo čezmejno igralništvo in kdaj so te omejitve usklajene z določili PDEU. Medtem ko si EU prizadeva odpreti meje za igre na srečo in vzpostaviti enotni trg tudi za to vrsto storitev, države članice še naprej iščejo načine za ohranitev omejitev čezmejne ponudbe iger na srečo. Čeprav je glavni razlog za to običajno finančne narave, vedoč, da Sodišče EU tovrstnih omejitev prostemu pretoku storitev ne sprejema, države članice vse bolj intenzivno poudarjajo povezanost iger na srečo s kriminaliteto kot razlog, ki naj opraviči ohranitev nacionalnih ovir za čezmejno igranje na srečo in kazenske sankcije za kršitelje nacionalnih prepovedi čezmejnega ponujanja in igranja na srečo.

Staff working paper accompanying document to the Green Paper on on-line gambling in the Internal Market. SEC (2011) 321, str. 7.

⁷⁰ Državni nadzor se izvaja na treh ravneh: v obliki nadzora prireditelja iger, prek določanja dovoljenih vrst in obsega iger na srečo ter prek varstva igralca na srečo – potrošnika.

⁷¹ V številnih državah članicah (na primer na Češkem, Danskem, v Nemčiji, na Madžarskem, Nizozemskem, Slovaškem in Švedskem) je prepovedano omogočati udeležbo pri igrah na srečo v tujini. Podobno je prepovedano tudi namerno sodelovanje pri nezakonitih igrah na srečo, ki jih ponujajo tuji operaterji, ki nimajo dovoljenja pristojnega nacionalnega organa v državi članici, kjer biva potrošnik. Pogosto je prepovedano tudi spletno igranje na srečo, zlasti če ponudniki teh iger nimajo nacionalnih dovoljenj za prirejanje iger na srečo.

4.2. Igranje na srečo in kriminaliteta

Sklicevanje držav članic na povezanost iger na srečo s kriminaliteto je v veliki meri utemeljeno. Dejavnost iger na srečo je bila namreč od nekdaj tesno povezana s kriminaliteto.⁷² Posebej razširjene so goljufije – na primer nedovoljena uporaba kreditnih kartic, ki je lahko povezana tudi s krajo identitete in vnaprej dogovorjenimi izidi tekem, kadar posameznik ali skupina skuša vplivati na rezultat dogodka, na primer športnega dogodka ali igre s kartami.⁷³ O goljufiji govorimo tudi, če skupina igralcev nedovoljeno sodeluje proti drugemu igralcu (na primer goljufije pri pokru). Zlasti množične so te vrste goljufij:

- igralcem se ne izplača dobiček. Tipični primer so na primer goljufije pri loteriji, kadar nezakoniti ponudnik storitev, ki nima licence za prirejanje iger na srečo, stopi v stik s potrošniki in od njih zahteva, naj vplačajo določen znesek (upravna pristojbina) ali predložijo osebne informacije (bančne podatke), preden je mogoče izplačati nagrado. Pri takih goljufijah gre pogosto za lažno sklicevanje na dovoljenja, ki jih podeljujejo evropski organi za igre na srečo;
- kraja identitete in vprašanja, povezana z varstvom podatkov. To vključuje nedovoljeno uporabo osebnih informacij druge osebe za prevzem identitete te osebe in tako dostop do virov ali do kredita in drugih ugodnosti v imenu te osebe;
- manipulacija izida z nedovoljenim poseganjem v programsko opremo, povezano z igro, ali s podkupovanjem oseb, vključenih v prirejanje iger ali dogodkov.⁷⁴

Druga pogosta oblika kaznivih dejanj v zvezi z igranjem na srečo zadeva pranje denarja.⁷⁵ Pri tem poznamo dve skrajnosti: na eni strani pranje denarja vključuje kompleksne čezmejne dejavnosti, s katerimi se prikriva kaznivost velikih kaznivih dejanj, tako da so osebe in premoženje, vključeni v te dejavnosti, prikazani kot zakoniti; na drugi strani pa vsakršne dejavnosti, s katerimi se skriva, prikriva ali likvidira iztržek kakršnegakoli kaznivega dejanja ne glede na znesek.

Med drugimi kaznivimi dejanji, ki so lahko povezana z igrani na srečo, so:⁷⁶

⁷² B. Dubovšek, B. Kurež, nav. delo, str. 171–172.

⁷³ Komisija EU, Zelena knjiga o spletnih igrah na srečo na notranjem trgu. COM (2011) 128 konč., str. 6.

⁷⁴ Prav tam, str. 26–27.

⁷⁵ O tem M. Ahtik, nav. delo, str. 325–339.

⁷⁶ Komisija EU, Zelena knjiga o spletnih igrah na srečo na notranjem trgu. COM (2011) 128 konč., str. 29.

- storitve iger na srečo ponudi nezakonit ponudnik storitev (na primer kriminalne združbe ali posamezniki, vpleteni v kriminalno dejavnost);⁷⁷
- nedovoljene spletne igre na srečo, ki jih ponuja ponudnik storitev, ki ima licenco za prirejanje iger na srečo;
- davčna utaja (kadar mora uporabnik plačati davek na dobiček);
- oderuško posojanje denarja;
- kriminalne dejavnosti, ki se izvajajo za financiranje uporabe storitev iger na srečo (na primer kraja); ter
- financiranje terorizma.

Razvoj interneta in globalizacija povezanost igranja na srečo s kriminaliteto samo še stopnjujeta.⁷⁸ Posledično je večina od navedenih kaznivih dejanj tesno povezana prav s trgov s spletnih storitev iger na srečo. Pri teh je verjetnost kaznivih dejanj najvišja, saj država nima ustreznega nadzora nad njimi. Po ocenah sodeč, je za vsako licenčno spletišče vsaj pet spletišč, ki ponujajo spletni poker ali športne stave, brez licence. Podatki namreč kažejo, da je več kot 85 odstotkov od 14.823 aktivnih igralnic v Evropi obratovalo brez licence.⁷⁹

Kljub tesni povezanosti iger na srečo in kriminalitete pa je vprašanje, ali to dejstvo opravičuje ovire držav članic za čezmejno igranje na srečo – bodisi v obliki popolne prepovedi ali omejitve v obliki dovoljenj in državnih monopolov. V odsotnosti harmonizacijske zakonodaje je ključna vloga določanja ravnotežja med bojem zoper kriminaliteto in prostim pretokom storitev pripadla Sodišču EU. To pa v zadnjih letih s svojimi odločitvami vse bolj razburja države članice.

4.3. Boj zoper kriminaliteto pri igranju na srečo v EU

4.3.1. Omejevanje prostega pretoka storitev igranja na srečo v EU

Čeprav je bilo Sodišče EU sprva precej strpno do nacionalne zakonodaje, ki omejuje čezmejno igranje na srečo,⁸⁰ je v novejši sodni praksi postalo bolj stro-

⁷⁷ Po ocenah francoskega poročila o kibernetiki kriminaliteti in igrah na srečo približno tisoč spletnih strani za prirejanje iger na srečo neposredno upravljajo kriminalne združbe – glej v prejšnji opombi naveden dokument.

⁷⁸ O tem A. Završnik, nav. delo, str. 248–264, in N. Peršak, nav. delo, str. 191–198.

⁷⁹ CERT-LEXSI (Laboratoire d'Expertise en Securite Informatique) Cyber-criminality in Online Gaming, <www.lexsi.com/telecharger/gambling_cybercrime_2006.pdf> (19. 3. 2007).

⁸⁰ Glej na primer zadevo C-124/97, *Markku Juhani Läära, Cotswold Microsystems Ltd in Oy Transatlantic Software Ltd proti Kihlakunnansyyttäjä* (Jyväskylä) in Suomen valtio, 21. september 1999, ZOdl., str. I-6067; zadevo C-67/98, *Questore di Verona proti Diego Zenatti*, 21. oktobra 1999, ZOdl., str. I-7289, in zadevo C-6/01, *Associação Nacional de Ope-*

go in začelo resneje presoati sorazmernost nacionalnih omejujočih pravil v tem sektorju.⁸¹ To potrjuje odmevna zadeva *Gambelli*,⁸² v kateri je Sodišče EU poudarilo, da če vlade držav članic spodbujajo potrošnike k udeležbi pri loteriji, igrah na srečo in stavah, da bi s tem dobile finančne koristi za javne namene, se vlade teh držav ne morejo sklicevati na javni red in skrb za zmanjšanje priložnosti za stave, da bi s tem upravičile zadevni ukrep.⁸³

Čeprav je Sodišče EU prost pretok storitev opredelilo kot temeljno načelo prava EU, obenem poudarja, da se lahko omejitve prostega opravljanja storitev organizatorjev iger na srečo utemeljijo s kulturnimi, moralnimi ali religioznimi pomisleki, zlasti če bi se šlo za nedopustno, da se zasebni dobički pridobijo z izkoriščanjem socialnih težav oziroma šibkosti igralcev in njihove nesreče. V skladu z lestvico vrednot vsake od držav članic in glede na diskrecijsko pravico, ki jo imajo, lahko država članica torej omeji izvajanje iger na srečo tako, da ga zaupa javnim ali dobrodelnim subjektom.⁸⁴

4.3.2. Kazenske sankcije za igralce iger na srečo čez mejo kot kršitev prostega pretoka storitev

V tem okviru pa je zlasti sporno to, da Sodišče EU na podlagi 56. člena PDEU, ki na splošno zagotavlja prosti pretok storitev na trgu EU (mimo harmonizacijske zakonodaje EU s področja kazenskega prava, sprejem katere sicer omogoča Lizbonska pogodba, a je podvržena zapletenemu zakonodajnemu postopku na ravni EU), omejuje kaznovalno politiko držav članic za kršitelje nacionalne zakonodaje o igrah na srečo.⁸⁵ V zadevi *Placanica*⁸⁶ je namreč Sodišče EU poudarilo, da država članica ne more uporabiti kazenske sankcije za upravno obličnost, ki ni bila izpolnjena, in sicer če je izpolnitev te obličnosti onemogočila ali otežila opravljanje storitev v nasprotju s pravom EU. V tem

radores de Máquinas Recreativas (Anomar) in drugi proti Estado português, 11. september 2003, ZOdl., str. I-8621.

⁸¹ Glej tudi A. Littler: Has the ECJ's Jurisprudence in the Field of Gambling Become more Restrictive when Applying the Proportionality Principle?, v: A. Littler, nav. delo, str. 15–40.

⁸² Zadeva C-243/2001, *Piergiorgio Gambelli in drugi*, 6. novembra 2003, ZOdl., str. I-13031. Podobno tudi v nedavni zadevi C-212/08, *Société Zeturf Limited v Premier ministre*, sodba z dne 30. junija 2011, še neobjavljena v ZOdl.

⁸³ Več o tem D. Doukas, J. Anderson, nav. delo, str. 239.

⁸⁴ Združeni zadevi C-447/08 in C-448/08, *Sjöberg in Gerdin*, 8. julija 2010, ZOdl., str. I-6921, točka 43.

⁸⁵ D. Doukas, nav. delo, str. 242.

⁸⁶ Združene zadeve C-338/04, C-359/04 in C-360/04, *Kazenski postopki proti Massimilianu Placanicu, Christianu Palazzeseju, Angelu Sorricchiju*, 6. marec 2007, ZOdl., str. I-1891.

smislu Italija ni mogla uporabiti kazenskih sankcij za izvajanje organizirane dejavnosti pobiranja stav brez koncesije ali dovoljenja policije zoper osebe, kot so bili Placanica in drugi.⁸⁷ S tem je Sodišče EU torej odločilo, da kazenska zakonodaja ne more omejiti temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja pravo EU, in s tem olajšalo nadaljnjo liberalizacijo v sektorju iger na srečo. Nacionalna sodišča morajo v vsakem primeru posebej presoditi, ali kazenska sankcija, predvidena za vsako osebo, ki se od doma prek interneta poveže s tujimi jemalci stav, ni pretirana sankcija, upoštevajoč sodno prakso Sodišča EU, zlasti če oblasti spodbujajo igre na srečo. V tem smislu je Sodišče EU že nakazalo, da se mu ne zdi sorazmerna zaporna kazen v primerih, če posredniki olajšujejo storitve stav pri tujih jemalcih stav. Glede na to, da je tveganje goljufij opravičljiv razlog za izključitev imetnikov licence za prirejanje iger na srečo iz drugih držav članic, je Sodišče EU v zadevi *Gambelli* poudarilo, da utegnejo biti metode nadzora nad računi in dejavnostmi teh podjetij sorazmernejši ukrep kot popolna prepoved dejavnosti. Čeprav je torej nacionalno sodišče pristojno presojati, ali domača zakonodaja izpolnjuje pogoje za dovolitev ovir pretoku storitev, mora pri tem upoštevati navedena vodila Sodišča EU o opravičljivosti omejujočih ukrepov za svobodno ustanavljanje in opravljanje storitev.

4.3.3. Enotna definicija nezakonitih iger na srečo v EU

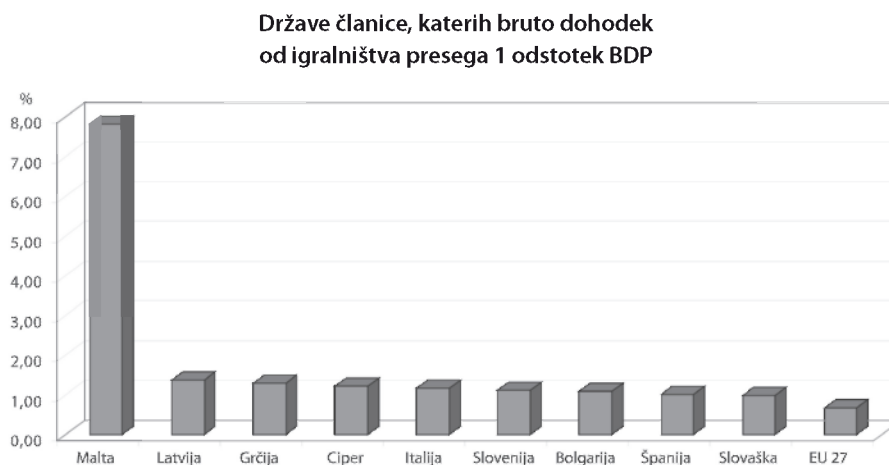
Po vrsti sodb Sodišča EU, v katerih je to prepovedalo nacionalne omejitve igranja na srečo kot nesorazmerno omejitev prostega opravljanja storitev, danes države članice preučujejo alternativne načine za preprečevanje kriminalitete na področju iger na srečo, tako da dajejo prednost bolj sodelovalnim mehanizmom, v okviru katerih bi povezali pristojne nacionalne organe držav članic v boju zoper kazniva dejanja na tem področju. Prvi korak v tej smeri je dogovor na ravni EU o tem, kaj nezakonito igranje na srečo sploh vključuje. Na podlagi poročila o napredku, ki ga je maja 2010 izdalo špansko predsedstvo Svetu EU, so finančni ministri namreč dosegli soglasje glede skupne definicije nezakonitega igranja na srečo, ki so opredeljene kot »igre na srečo, pri katerih izvajalec ne spoštuje nacionalnih pravil države, v kateri ponuja storitve, pri čemer so ta pravila v skladu z načeli Pogodbe o EU«.⁸⁸ S tem so se države članice odzvale na stalne pozive Sodišča EU, da morajo države članice »začeti konstruktivno debato in si izmenjati stališča glede koncepta nezakonitega igranja na srečo«. Danes tako zgolj Malta *a priori* zagovarja stališče, da je področje iger na srečo v njeni izključni avtonomiji in da ne vidi razlogov za pobude na ravni EU s tega področja. Ta država namreč izdaja ugodna dovoljenja za ponudbo internetnih

⁸⁷ Več o tem R. Knez, J. Hojnik, nav. delo, str. 177–179.

⁸⁸ Council of the EU, Legal framework for gambling and betting in the Member States of the European Union, Presidency Progress Report, 2010, str. 5–6.

iger na srečo in ima ugodne davčne stopnje za ponudnike iger na srečo na njihovem ozemlju. Posledično od tega sektorja pobere znatna finančna sredstva (glej prikaz).

Prikaz: Bruto dohodki od iger na srečo kot odstotek BDP (2008)



Vir: European Commission, Staff working paper accompanying document to the Green Paper on on-line gambling in the Internal Market. SEC (2011) 321, str. 9.

Čeprav ni realno pričakovati, da bo Komisija povsem liberalizirala igralniški sektor v EU, je jasno, da se države članice ne bodo mogle sklicevati na pomembne cilje v javnem interesu, vključno s potrebo po omejevanju kriminalitete, povezane z igrami na srečo, da bi opravičile nacionalne omejitve na tem področju, medtem ko je glavni cilj, ki mu s tem sledijo, varovanje nacionalnega trga pred tujo konkurenco. Izzive, ki jih predstavlja soobstoj različnih regulativnih modelov, kažejo številne predhodne odločitve Sodišča EU na tem področju ter nastanek številnih in obsežnih tako imenovanih sivih⁸⁹ in črnih spletnih trgov v državah članicah. Posledično je mogoče ugotoviti, da se države pri izvrševanju nacionalnih predpisov srečujejo s številnimi izzivi, ki zastavljajo vprašanje o morebitni potrebi po boljšem upravnem sodelovanju med pristojnimi nacionalnimi organi.

⁸⁹ Pojem sivi trg se pogosto uporablja za opis dejanskega ali pravnega stanja v okviru zakonodaje EU (v zvezi z na primer vzporednim uvozom blaga). Uporablja se za opis trgov, ki jih sestavljajo ponudniki z ustrežno licenco v eni državi članici ali več, ki ponujajo spletne igre na srečo v drugih državah članicah, ne da bi za to pridobili dovoljenje v skladu z ustrežno nacionalno zakonodajo. Nasprotno s tem se izraza nezakoniti ali črni trg uporabljata za opis trgov, na katerih ponudniki brez licence skušajo ponujati spletne igre na srečo.

5. SKLEP

Lahko sklenemo, da pravo EU po različnih poteh vse bolj intenzivno vpliva na nacionalno kaznovalno politiko in pravo, ne da bi pri tem imelo jasno pristojnost.

Kriminaliteta na področju okolja in narave je z vse strožjimi okoljevarstvenimi predpisi dobila večje razsežnosti in število kaznivih dejanj tega področja narašča. Z umestitvijo področja o kazenskopravnem sodelovanju med državami članicami v tretji steber PES je EU morala najprej dokazati, da sploh lahko posega v kaznovalno politiko tudi na področju varstva okolja. Direktiva 2008/99/ES zahteva, da države članice spremenijo oziroma dopolnijo pravila kazenskega prava in določijo kazniva dejanja zoper okolje. Upoštevati pa je treba tudi nove tehnične pristope zakonodaje na področju varstva okolja, ki pa velikokrat ne prepovedujejo, temveč zapovedujejo določeno ravnanje v smislu pozitivnega ukrepanja; z drugimi besedami, ne določajo vedno natančnih prepovedi. V takih okoliščinah mora tudi kazenskopravna zakonodaja upoštevati, da lahko pride do škode v okolju na zelo različne načine, ki jih vnaprej ni mogoče natančno predvideti in ki lahko pomenijo kršitev področne zakonodaje ali pa kršitve v zakonodaji sploh ni mogoče najti.

Na področju pravic intelektualne lastnine je EU civilne ukrepe zoper kršitve teh pravic želela dopolniti s kazenskimi ukrepi, ki vsekakor pomenijo pomembno dopolnitev za najhujše primere kršitev, vendarle pa je za zdaj zakonodajna pobuda ostala zgolj na ravni predloga, ki pa je bil pred kratkim celo umaknjen. Glede na Lizbonsko pogodbo pa je vsekakor pričakovati nadaljnje zakonodajne pobude zaradi različnosti ureditve teh vprašanj v nacionalnih zakonodajah držav članic, kar ni dobro za normalno delovanje notranjega trga. Skladnost ureditve kazenskih ukrepov v nacionalnih zakonodajah držav članic pa bi pripomogla tudi k izboljšanju pravnega varstva imetnikov pravic intelektualne lastnine.

Končno področje iger na srečo kaže učinek pravil EU, ki zagotavljajo delovanje enotnega trga, na nacionalno kaznovalno pravo in politiko držav članic za boj proti kriminaliteti na tem področju. Kljub ostremu jeziku Sodišča EU pa to ne zahteva vzpostavitve odprtega evropskega trga v tem sektorju. Svobodna konkurenca bi namreč povečala ponudbo iger na srečo, in ker dejavnost temelji na predpostavki, da mora velika večina izgubiti, da manjšina obogati, bi to vodilo do (neželenega) povečanja izgub v proračunih gospodinjestev.

Rdeča nit vseh treh področij je vse večji vpliv EU na področje nacionalne politike kazenskega pregona, čeprav se ta vpliv kaže v različnih smereh. Področji varstva okolja in intelektualne lastnine prežema zavedanje EU, da nujno po-

trebuje ukrepanje kazenskega prava, saj smo morali spoznati, da niti trg niti upravno pravo in civilno pravo ne morejo popolnoma ali ustrezno odigrati družbe vloge in učinkovitosti. Žal v celoti tega ni spoznala tudi EU v upravno-institucionalnem delu, temveč je na to nakazalo – in končno tudi razrešilo – Sodišče EU samo. Kriminaliteta – tako v EU v celoti kot v Sloveniji – bo tako presojana v novih pravnih okvirih. Ponovno pa smo potrebovali EU, da nam je to povedala in zaukazala. A to še ni vse; pomemben del je zdaj na državah članicah – na vrsti sta aplikacija in preganjanje manj vidnih groženj, ki pa so družbeno zelo pomembne. Po drugi strani pa je vpliv prava EU na nacionalno kaznovalno politiko na področju iger na srečo diametralno nasproten, saj tukaj EU države članice omejuje pri preganjanju ponudnikov iger na srečo v smislu, da ponudnikov iger na srečo ne smejo doleteti kazenske sankcije, če izkoriščajo svobodo pretoka storitev v nasprotju z nacionalnim pravom, ki prepoveduje igre čez mejo v nasprotju s pravom EU. V tem smislu bi bilo pomembno, če bi imeli enotno definicijo kaznivega prirejanja iger na srečo na ravni EU, vendar pa soglasja glede take definicije ni, ekonomski interesi od iger na srečo pa pritiskajo v smeri, da se vsaka država članica zase zavije v vato in da institucijam EU prepovedo kakršnokoli poseganje v nacionalne ureditve iger na srečo. Zaradi odprtih meja med državami članicami (in zlasti teritorialne neomejenosti interneta) se bodo tako kot na področju varstva okolja postopno tudi na področjih intelektualne lastnine in iger na srečo torej države članice morale odločiti med vztrajanjem pri suverenosti in učinkovitim kazenskim pregonom.

Literatura

- Meta Ahtik: Ekonomska analiza preprečevanja pranja denarja, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 58 (2007) 4, str. 325–339.
- Matej Avbelj: Območje svobode, varnosti in pravice, v: Vatovec, K., Accetto, M., Hojnik, J., Smrkolj, M.: *Lizbonska pogodba z uvodnimi pojasnili*. GV Založba, Ljubljana 2010.
- Michael Blakeney (ur. Cottier, T., Véron, P.): *Concise International and European IP Law: TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology*. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.
- Michael Blakeney: International Proposals for the Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights: International Concern with Counterfeiting and Piracy, v: *Intellectual Property Quarterly*, (2009) 1, str. 1–26.
- Marko Bošnjak: Novosti v kazenskem pravu EU po Lizbonski pogodbi, v: *Pravna praksa*, (2008) 14, str. 19–21.
- Anthony Edward Bottoms in Paul Wiles: *Environmental Criminology*, v: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (ur.): *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press, New York 1997.
- Aleš Bučar Ručman: Okoljska kriminaliteta skozi pogled zelene kriminologije, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 60 (2009) 2, str. 118–130.
- Nicolas de Sadeleer: *Environmental Principles – From political slogans to legal rules*. Oxford University Press, Oxford 2005.
- Dimitrios Doukas: In a Bet there is a Fool and a State Monopoly: Are the Odds Stacked against Cross-border Gambling, v: *European Law Review*, 36 (2011), str. 242–262.
- Dimitrios Doukas in Jack Anderson: Commercial Gambling without Frontiers: When the ECJ Throws, the Dice is loaded, v: *Yearbook of European Law*, 27 (2008), str. 237–276.
- Bojan Dubovšek in Bojan Kurež: Množično igralništvo in kriminaliteta, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 62 (2011) 2, str. 168–176.
- Damijan Florjančič: Kazniva dejanja zoper okolja, prostor in naravne dobrine v KZ-1 (po noveli KZ-1B), v: *Pravna praksa*, (2012) 37, str. 17–20.
- Damijan Florjančič: Nujna uskladitev KZ-1 z Direktivo o kazenskopravnem varstvu okolja, v: *Pravna praksa*, (2010) 45, str. 12–14.
- Johanna Gibson: The Directive Proposal on Criminal Sanctions, dostopno na spletni strani: <<http://ssrn.com/abstract=1857174>> (26. 9. 2011).
- Reto Hilty, Annette Kur in Alexander Peukert: Statement of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Pro-

- posal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Criminal Measures Aimed at Ensuring the Enforcement of Intellectual Property Rights, dostopno na spletni strani: <www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/directive_of_the_european_parliament_and_of_the_council_on_criminal_measures_aimed_at_ensuring_the_enforcement_of_intellectual_property_rights.pdf> (11. 10. 2011).
- Miha Juhart: Okoljska odgovornost – med javnim in zasebnim pravom, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani. LXVIII/2008, str. 107–127.
- Ana Klenovšek in Gorazd Meško: Kriminološki vidiki mednarodne trgovine z odpadki, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 62 (2011) 1, str. 50–63.
- Rajko Knez in Janja Hojnik: Notranji trg EU. Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2009.
- Anton Komat: Simbiotski človek. Samozaložba, Domžale 2008.
- Leigh Phillips: EU court backs right to restrict online gambling, Euobserver, 4. junij 2010, <<http://euobserver.com/22/30213>> (21. 9. 2011).
- Alan Littler: Has the ECJ's Jurisprudence in the Field of Gambling Become more Restrictive when Applying the Proportionality Principle?, v: Littler, A., Fijnaut, C.: The Regulation of Gambling – European and National Perspectives. Martinus Nijhoff Publishers, 2007, str. 15–40.
- Katarina Matejčič: Unpis: Če ne bodo ubogali, jih bomo pa kaznovali, v: Finance, 6. april 2010.
- Miran Mitar: Nekatero dileme v razmerjih med varstvom okolja in varnostjo sodobne družbe, v: Varstvoslovje, 13 (2011) 1, str. 20–29.
- Vlado Odar in Bojan Dobovšek: Organizirana ekološka kriminaliteta, v: Varstvoslovje, 13 (2011) 1, str. 53–71.
- Lisa Peets: Criminal Sanctions Remain Complex – The EU Criminal Sanction Directive, Copyright World, Issue 173, str. 12–14, dostopno na spletni strani: <www.cov.com/files/Publication/dcec2370-19ad-4c59-976f-32b0e780fcc1/Presentation/PublicationAttachment/f7b0b80e-d70b-4b97-8156-33ceed6c03ce/Criminal_Sanctions_Remain_Complex.pdf> (3. 11. 2011).
- Nina Peršak: Virtualnost, (ne)moralnost in škodljivost: normativna vprašanja nekaterih oblik kiberkriminalitete, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 60 (2009) 3, str. 191–198.
- Matevž Pezdirc: Načelo vzajemnega priznavanja kazenskih sodnih odločb v EU, v: Pravna praksa, (2008) 27, str. 15–17.
- Dušan Pichler: Odgovornost za okoljsko škodo po ZVO-1B, v: Podjetje in delo, 35 (2009) 6-7, str. 1312–1319.

- Rajko Knez: Konkurenčno pravo in varstvo okolja, v: Podjetje in delo, (2011) 6-7, str. 1321–1332.
- Iztok Rakar in Bojan Tičar: Nekatera vprašanja upravnopravnega varstva okolja v Republiki Sloveniji, v: Varstvoslovje 13, (2011) 1, str. 5–19.
- Katja Šugman Stubbs: Analiza nekaterih novosti na področju kazenskega prava po Lizbonski pogodbi, v: Podjetje in delo, (2010) 6-7, str. 1021–1028.
- Tritton Guy in drugi: Intellectual Property in Europe. Sweet & Maxwell, London 2008.
- Katarina Vatovec: Konec monopola nad prirejanjem iger na srečo v Nemčiji?, v: Pravna praksa, (2010) 36, str. 26–27.
- Michel Walter in Silke von Lewinski: European Copyright Law – A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2010.
- Reece Walters: Food Crime, Regulation and the Biotech Harvest, v: European Journal of Criminology, (2007) 4, str. 217–235.
- Andrea Wechsler: Criminal Enforcement of Intellectual Property Law – An Economic Approach, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper, (2005) 11.
- Aleš Završnik: Kibernetična kriminaliteta: (kiber)kriminološke in (kiber)viktimološke posebnosti »informatijske avtoceste«, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 56 (2005) 3, str. 248–264.
- Boštjan M. Župančič: Prva od suhih krav. Cankarjeva založba, Ljubljana 2009.

INSTITUT SILE IN GROŽNJE V MEDNARODNEM KAZENSKEM PRAVU¹

Sabina Zgaga,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, docentka
za kazensko pravo na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru*

1. UVOD

Skrajna sila je stanje sedanje nevarnosti za legitimne interese storilca ali tretje osebe, ki jo je mogoče odvrniti le s poškodovanjem legitimnih interesov druge osebe.² Ima dve bistveni značilnosti: stanje nevarnosti in odvrčanje te ter dejstvo, da se nevarnost odvrča proti tretji osebi in ne proti viru nevarnosti.

Kompulzivna sila in grožnja sta instituta, najbolj sorodna skrajni sili. Ta instituta sta sicer bolj specialna v viru nevarnosti in v obliki (človeška grožnja oziroma sila), a se v kontinentalnih pravih bodisi po izrecni zakonski določbi bodisi po presoji teorije in sodne prakse zanju uporabljajo kar pravila (ene ali vseh urejenih oblik) skrajne sile.³ Drugače je to urejeno v pravnih sistemih *common law*, v katerih gre za povsem ločen institut, za katerega veljajo tudi posebna pravila.⁴

Slovensko kazensko pravo pojmuje silo in grožnjo zelo široko, in sicer po eni strani kot nujni zakonski znak določenih kaznivih dejanj ali vsaj kot zakonski

¹ Članek je pripravljen na podlagi doktorske naloge z naslovom Skrajna sila v mednarodnem kazenskem pravu, ki jo je avtorica uspešno zagovarjala 20. aprila 2011 na Pravni fakulteti v Ljubljani pod mentorstvom dr. Damjana Korošca.

² H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 353, O. Triffterer, C. Rosbaud, H. Hinterhofer, nav. delo, str. 2, P. Novoselec, nav. delo, str. 202, B. Pavišič, V. Grozdanič, P. Veić, nav. delo, str. 126, A. Velkaverh, nav. delo, str. 517.

³ Za Nemčijo glej na primer K. Kühl, nav. delo, str. 206, 208, 226, G. Jakobs, nav. delo, str. 342, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 121 in za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 213 in 22. člen Kazenskega zakonika Hrvaške (v nadaljevanju KZ HR).

⁴ Za Veliko Britanijo glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 251 in za Združene države Amerike glej W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 628.

znak, ki pomeni kvalifikatorno okoliščino. Po drugi (in za ta članek tudi bolj relevantni) strani pa kot vse okoliščine, na podlagi katerih je storilec dejanja, ki izpolnjuje vse zakonske znake kaznivega dejanja, ravnal pod pritiskom sile ali grožnje, in na teh okoliščinah gradi svojo obrambo.⁵ To pojmovanje med drugim zajema tudi silobran in skrajno silo, zato je po mojem mnenju preširoko.

Če ni v besedilu drugače omenjeno, potem imam s silo in grožnjo v mislih ožjo kompulzivno silo, ko oseba nad storilcem izvaja silo, ki pa se ji je mogoče fizično upreti (torej ni absolutna), a je učinkovala na storilca tako, da je zaradi nje in pod njenim vplivom izvršil dejanje z zakonskimi znaki kaznivega dejanja, in grožnjo. Grožnja pomeni psihično prisilo, saj tretja oseba storilcu pove, kaj ga čaka, če ne bo izvršil takega dejanja.⁶ Tretja oseba izvaja kompulzivno silo ali grožnjo nad storilcem s posebnim namenom neposredno prisiliti storilca, da bi izvršil dejanje, ki ustreza definiciji kaznivega dejanja.

V članku predstavim ureditev sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu. V uvodnem delu predstavim ureditev elementov sile in grožnje, kakor je razvidna iz ureditve v Rimskem statutu,⁷ statutu in sodni praksi Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ)⁸ ter statutu in sodni praksi Nürnberškega sodišča. V nadaljevanju članka pa skušam ugotoviti, kakšen je vpliv sile in grožnje na obstoj kaznivega dejanja. S tem imam v mislih predvsem odgovor na vprašanje, ali sila in grožnja izključujeta protipravnost ravnanja ali le krivdo storilca, kar vpliva predvsem na pravico žrtve do silobrana in do presoje o udeležbi pri takem ravnanju. Če je protipravnost izključena, potem namreč žrtev takega ravnanja nima pravice do silobrana, v primeru izključitve krivde pa taka pravica še obstaja. Poleg tega je sodelovanje pri neprotipravnem ravnanju nujno neprotipravno, medtem ko razlog izključitve krivde učinkuje le na krivdo tistega udeleženca, pri katerem je podan. V nadaljevanju članka skušam oblikovati predlog ureditve sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu *de lege ferenda*.

Za podlago in primerjavo mednarodni kazenski ureditvi sem izbrala dva anglo-ameriška pravna sistema (Združene države Amerike ter Združeno kraljestvo

⁵ L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, K. Filipčič, M. Ambrož, nav. delo, str. 233, L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, K. Filipčič, V. Jakulin, nav. delo, str. 247, L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo, str. 194, D. Korošec, nav. delo, str. 74.

⁶ Glej L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, K. Filipčič, M. Ambrož, nav. delo, str. 234.

⁷ Mednarodna pogodba, ki je bila sprejeta julija 1998 v Rimu in je stopila v veljavo 1. julija 2002. Z njo je bilo ustanovljeno Mednarodno kazensko sodišče. Statut ima že 120 podpisnic.

⁸ Ustanovljeno leta 1993 z resolucijo Varnostnega sveta Organizacije Združenih narodov.

Velike Britanije in Severne Irske⁹), dva tipična predstavnika kontinentalnega pravnega sistema (Nemčijo in Avstrijo), hrvaško (kontinentalno) ureditev pa bom obravnavala zaradi naše skupne (pravne) preteklosti.¹⁰ Primerjalnopravna analiza je po mojem mnenju pomembna za obravnavo ureditve Rimskega statuta. Po mojem mnenju namreč Rimski statut pomeni kompromis med ureditvami pravnih sistemov *common law* in kontinentalnimi ureditvami. Za razumevanje tega kompromisa pa moramo najprej poznati izvirne ureditve v nacionalnih sistemih.

2. ELEMENTI SILE IN GROŽNJE

(angl. duress, nem. nötigungnotstand)

Sila in grožnja sta v Rimskem statutu prvič urejeni.¹¹ V statutu MKSJ nista bili urejeni,¹² omenja pa ju Poročilo generalnega sekretarja, in sicer v povezavi z ukazom nadrejenega. Poročilo namreč pravi, da lahko sodišče upošteva ukaz nadrejenega v povezavi z drugimi instituti, zlasti v povezavi s silo in grožnjo.¹³ To poročilo je vplivalo tudi na prakso MKSJ, saj je sodišče ta institut pogosto uporabilo prav v povezavi z ukazom nadrejenega.¹⁴ Relevantna je tudi določba odstavka 58 istega poročila, v skladu s katerim mora sodišče pri uporabi obrambe upoštevati splošna načela, ki jih je mogoče izvesti iz svetovnih pravnih sistemov.¹⁵ V statutu Nürnberškega sodišča sila in grožnja nista bili urejeni, a sta bili kljub temu pogosto uporabljeni, predvsem v povezavi z ukazom nadrejenega.¹⁶

⁹ V nadaljevanju Velika Britanija.

¹⁰ Pri tem slovenska ureditev ni posebej omenjena, ker je bila v času pisanja članka v spreminjanju, trenutno pa Kazenski zakonik – KZ-1 (Ur. l. RS, št. 55/08, 66//08, 39/09 in 91/11) v svojem 32. členu posnema nemško in hrvaško ureditev.

¹¹ W. Joecks, M. Miebach, nav. delo, str. 495, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 173, K. Ambos, nav. delo (1999a), str. 27.

¹² E. van Sliedregt, nav. delo, str. 20, A. A. Bowers, nav. delo (1999a), str. 151, C. M. Henson, nav. delo, str. 4, G. Knoops, nav. delo, str. 130, sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Stephena, par. 13, S. Linton, C. Reiger, nav. delo, str. 172, M. Ambrož, nav. delo, str. 66, K. Ambos, nav. delo (1998), str. 393, V. Epps, nav. delo, str. 994.

¹³ Poročilo Generalnega sekretarja OZN na podlagi 2. člena Resolucije VS št. 808, 1993, par. 57, <www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf> (12. 7. 2011).

¹⁴ Sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*.

¹⁵ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Stephena, par. 13, S. Linton, C. Reiger, nav. delo, str. 172.

¹⁶ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 39, M. Scaliotti, nav. delo, str. 133, 135, H. Jescheck, nav. delo (2004), str. 46, C. Nill-Theobald, 1998, str. 105. V primeru *Krupp* so se prvič uveljavili temeljni pogoji za silo in grožnjo: resna in nepopravljiva neposredna nevarnost, ravnanje je izvršeno za odvrnitev te nevarnosti, ni drugega primerne sredstva in ravnanje ni nesorazmerno v razmerju do grožnje. A. A. Bowers, nav. delo (2003a), str. 42.

2.1. Grožnja

Kakor za skrajno silo tudi za silo in grožnjo velja, da mednarodna sodišča ne obravnavajo posameznih elementov sistematično v dvojici grožnja in odvračanje grožnje, ampak obravnavajo njene posamezne elemente sporadično in nesistematično, kljub temu pa se mi zdi logično, da ju sama obravnavam sistematično.

Vir grožnje je človek. V Rimskem statutu je to določeno v prvem pododstavku, v katerem je določeno, da gre za grožnjo druge osebe.¹⁷ Enako je veljalo v sodni praksi MKSJ¹⁸ in Nürnberškega sodišča.¹⁹ Tudi v izbranih pravnih sistemih velja,²⁰ da gre za silo in grožnjo, kadar gre za neposredno grožnjo človeka, v vseh drugih primerih pa gre za splošnejšo skrajno silo. Kljub takemu razlikovanju v mednarodnem pravu se mi zdi bolj smiselna razlaga, da gre za silo in grožnjo pri neposredni in konkretni grožnji, za skrajno silo po drugi točki prvega odstavka 31. člena pa takrat, ko gre za splošnejšo nevarnost, pa čeprav ta izvira od človeka.

Grožnja mora biti tudi resnična. Ni dovolj, da je storilec zgolj (razumno) prepričan o njenem obstoju. Po nekaterih (nesprejetih) predlogih²¹ naj bi to sicer zadoščalo, a po sedanjem besedilu Rimskega statuta ni tako. Enako velja za sodno prakso Nürnberškega sodišča,²² čeprav je to v nekem drugem prime-

¹⁷ A. Eser, H. Kreicker, nav. delo, str. 340, M. Scaliotti, nav. delo, str. 155, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 175, O. Triffterer, nav. delo, str. 551, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, K. Ambos, nav. delo (1999b), str. 190, Y. Dinstein, nav. delo (2004), str. 246.

¹⁸ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14.

¹⁹ Sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480.

²⁰ Za Nemčijo glej na primer K. Kühn, nav. delo, str. 206, 208, 226, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 121 in za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 213, ter 22. člen KZ HR, za Veliko Britanijo J. C. Smith, nav. delo, str. 251, in za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 628.

²¹ Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties: General Principles of Criminal Law, December 1997, člen L, str. 2, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010), UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court: Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, str. 58, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010).

²² M. Scaliotti, nav. delo, str. 149, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 985, C. M. Henson, nav. delo, str. 14, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 18, C.

ru odločilo tudi nasprotno; obstoj nevarnosti se presoja glede na storilčevo (pošteno) prepričanje.²³ Zahtevo po resnični nevarnosti je mogoče razbrati tudi iz konkretnih dejanskih stanov primerov, v katerih je MKSJ obravnavalo ta institut.²⁴ Taka sodna praksa je v skladu z izbranimi kontinentalnimi pravnimi sistemi,²⁵ ne pa tudi z izbranimi britanskim in ameriškim pravnim sistemom, v katerih zadošča, da je storilec razumno prepričan, da obstaja grožnja.²⁶

Ne zadošča pa vsaka grožnja. V skladu z Rimskim statutom zadošča namreč le grožnja s smrtjo ali hudo oziroma trajajočo telesno poškodbo.²⁷ Kljub drugačnim predlogom grožnja premoženju ne zadošča,²⁸ prav tako ne grožnja s površinskimi ranami in psihičnim nasiljem brez fizične nevarnosti.²⁹ V isto smer kot Rimski statut je šla že sodna praksa MKSJ. Prvi je ta pogoj razvil sodnik *Cassese* v svojem ločenem mnenju v zadevi *Erdemović*,³⁰ ko je odločil, da gre celo za pravilo mednarodnega običajnega prava. Tako pravilo se je pred

Nil-Theobald, 1998, str. 248, sodba Nürnberskega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480, N. M. Restivo, 2006, str. 8.

²³ Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 174.

²⁴ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, sodba sodnega senata MKSJ *Mrda*, B. van Schaak, R. C. Slye, nav. delo, str. 847, glej še sodbe sodnega senata MKSJ *Bralo*, *Blaškić*, *Vasiljević*, *Češić*, ločeno mnenje sodnika Shahabuddeena v sodbi *Vasiljević*, ter ločeno mnenje sodnika Lindhoma v sodbi *Simić*, *Tadić*, *Zarić*, ter sodbo pritožbenega senata MKSJ *Jelišić*.

²⁵ Za Nemčijo glej na primer A. Schönke, H. Schröder, nav. delo, str. 702, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 120, in za Hrvaško B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, nav. delo, str. 127.

²⁶ Za Veliko Britanijo glej C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, nav. delo, str. 326, in za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 618.

²⁷ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 14, M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 175, O. Triffterer, nav. delo, str. 551, G. Knoops, nav. delo, str. 59, Non paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011). Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties: General Principles of Criminal Law, december 1997, člen L, str. 2, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010), M. Korte, nav. delo, str. 192.

²⁸ Working Group December 1997 Article L, str. 2

²⁹ O. Triffterer, 2008, str. 551, G. Knoops, 2008, str. 59, 132.

³⁰ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14, 16, P. Rowe, nav. delo, str. 216, G. Knoops, nav. delo, str. 72, sodba sodnega senata MKSJ *Simić*, *Tadić*, *Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 21. Cassesejevi pogoji so: huda grožnja življenju ali telesu, ni drugega primernegega načina za odvrnitev grožnje, sorazmernost odvrcaanja grožnje in grožnja ni sopovzročena s strani storilca.

tem razvilo tudi v praksi sodišč po drugi svetovni vojni.³¹ Zadošča le grožnja s fizično nevarnostjo oziroma grožnja življenju ali telesu.³²

Taka ureditev je v skladu z britanskim in ameriškim pravnim sistemom,³³ v katerih se je na silo in grožnjo mogoče sklicevati le v primeru nevarnosti za življenje in telo (čeprav nekatere ameriške zvezne države od tega že odstopajo), ter z nemškim sistemom,³⁴ v katerem je sklicevanje na silo in grožnjo po pravilih opravičljive skrajne sile dopustno le pri odvrščanju nevarnosti zoper življenje, telo in svobodo gibanja. Ni pa ta ureditev v skladu z drugimi izbranimi kontinentalnimi pravnimi sistemi.³⁵ Tu zavarovane pravne dobrine niso omejene na življenje in telo, ampak je sklicevanje na silo in grožnjo (na podlagi upoštevanja razmerja med dobrinami) načeloma dopustno pri nevarnosti za vse pravne dobrine.

Grožnja mora biti tudi neposredna.³⁶ Ta pogoj je obveljal že v sodni praksi MKSJ³⁷ in Nürnberškega sodišča. Po praksi slednjega mora biti odvrščanje grožnje tudi sočasno z grožnjo,³⁸ kaznivo dejanje mora biti izvršeno v času, ko grožnja deluje in traja,³⁹ oziroma grožnja mora biti neposredna.⁴⁰ Kot primer sodišče navaja vojaka, ki mu je ukazana izvršitev mednarodnega hudodelstva s pištolo, uperjeno neposredno proti njegovi glavi, sodišče pa je hkrati tudi odločilo, da ni nujno, da je grožnja tako neposredna.⁴¹

³¹ Sodbi Nürnberškega sodišča *High command*, str. 396, 509, in *Einsatzgruppen*, str. 488, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 985, W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389, J. J. Paust, nav. delo, str. 169.

³² Sodba Nürnberškega sodišča *High command*, citirano po C. Nill-Theobald, nav. delo, str. 248, N. M. Restivo, nav. delo, str. 8, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 155.

³³ Za Veliko Britanijo glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 258, in za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 614.

³⁴ Glej 35. člen nemškega Kazenskega zakonika (*Strafgesetzbuch*).

³⁵ Za Avstrijo glej D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 120, in za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 206 ter 22. člen KZ HR.

³⁶ Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), K. Ambos, nav. delo (2004), str. 850.

³⁷ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 16, in sodnika Lija, par. 5, W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389, P. Rowe, nav. delo, str. 216, C. M. Henson, nav. delo, str. 20, G. Knoops, nav. delo, str. 72.

³⁸ Y. Dinstejn, nav. delo (1985), str. 234, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 18, C. Nill-Theobald, nav. delo, str. 248, Y. Dinstejn, M. Tabory, nav. delo, str. 9.

³⁹ Y. Dinstejn, nav. delo (1985), str. 234, sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 467.

⁴⁰ M. Scaliotti, 2001, str. 149, sodba Nürnberškega sodišča *High command*, str. 396, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 985, 988, W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389, Human Rights Watch Digest, str. 507, C. M. Henson, nav. delo, str. 14, G. Knoops, nav. delo, str. 58, C. Nill-Theobald, nav. delo, str. 250, sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480, J. J. Paust, nav. delo, str. 169, N. M. Restivo, nav. delo, str. 8.

⁴¹ Sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 480.

Vsi izbrani pravni sistemi poznajo takšno ali drugačno merilo, ki omejuje časovni vidik učinkovanja sile in grožnje, zdi pa se, da vsaj praksa Nürnberškega sodišča dopušča širše časovno učinkovanje sile in grožnje kot le v tistem ožjem trenutku, v katerem je, kakor je reklo Nürnberško sodišče že v zadevi *Einsatzgruppen*, proti storilcu uperjena pištola. To je skladno tudi z zdaj popustljivejšo britansko sodno prakso (glej zlasti zadevo *Hudson in Taylor*), po kateri mora storilec izvršiti kaznivo dejanje, ko grožnja učinkuje, ko se zaveda, da bo uresničena, če ne izpolni ukaza, ni pa nujno, da takoj.⁴²

Grožnja mora biti zunanja, ločena od storilčeve osebnosti. Tako ne sme izvirati iz storilca, ampak iz tretje osebe. Zato se storilec ne more sklicevati na silo in grožnjo, če je njun vir storilčeva duševna motnja.⁴³ Enak pogoj se je pojavil v praksi MKSJ,⁴⁴ kar je v skladu tudi z ureditvami izbranih pravnih sistemov.⁴⁵

Grožnja mora biti uperjena zoper storilca ali zoper tretjo osebo. Besedilo Rimskega statuta se pri tretjih osebah ne omejuje na storilčevo družino in druge njemu bližje osebe, ampak dopušča odvracanje sile in grožnje zoper vsako tretjo osebo.⁴⁶ Enak pogoj se je razvil v sodni praksi MKSJ.⁴⁷ Tako široko dojetje tretjih oseb je *de iure* v skladu z izbranimi kontinentalnimi pravnimi sistemi,⁴⁸ *de facto* pa tudi z izbranimi pravnimi sistemoma *common law*.⁴⁹

V praksi MKSJ in Nürnberškega sodišča pa so se razvili še dodani pogoji, ki jih v besedilu Rimskega statuta ni in jih sodišče tudi še ni obravnavalo v svoji

⁴² R. v. Hudson and Taylor, Court of Appeal (Criminal Division), 17. marec 1971, <www.westlaw.com> (25. 1. 2012).

⁴³ G. Knoops, nav. delo, str. 59, M. Korte, nav. delo, str. 193.

⁴⁴ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14.

⁴⁵ Za Veliko Britanijo glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 258 in za Združene države Amerike glej W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 619. Glej tudi A. E. Hollaender, C. Mayerhofer, nav. delo, str. 108.

⁴⁶ E. van Sliedregt, 2003, str. 14, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 175, 176, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1019, G. Knoops, nav. delo, str. 132, Tentative Draft on General Principles of Criminal Law and Applicable Law, Proposal by Japanese Delegation, 1996, člen IV, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011). V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 850.

⁴⁷ W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389.

⁴⁸ Za Nemčijo glej na primer H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 480, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 120, in za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 206, ter 22. člen KZ HR.

⁴⁹ Za Združene države Amerike glej W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 619, za Veliko Britanijo J. C. Smith, nav. delo, str. 258.

praksi. V skladu s prakso MKSJ mora biti grožnja resna.⁵⁰ Enako velja za sodno prakso Nürnberškega sodišča.⁵¹ Grožnja mora doseči določen prag. Poleg tega mora biti grozeča škoda nepopravljiva. To velja za sodni praksi obeh sodišč (MKJS⁵² in Nürnberškega⁵³), tak pogoj pa ni določen v nobenem izbranem pravnem sistemu.

Dodatni pogoj, ki ga je razvilo Nürnberško sodišče, je, da mora biti grožnja jasna (angl. *clear and present threat*).⁵⁴ Po mojem mnenju ta pogoj pomeni, da mora biti grožnja lahko prepoznavna in očitna, in je s tem omejeno sklicevanje na silo in grožnjo.

2.2. Odvrčanje grožnje

Tudi glede odvrčanja grožnje so v Rimskem statutu določeni pogoji, še več pa jih je mogoče najti v sodni praksi MKSJ in Nürnberškega sodišča. Med grožnjo in odvrčanjem grožnje (v obliki izpolnitve biti inkriminacije) mora obstajati psevdovzročnost.⁵⁵ Storilec torej izpolni bit inkriminacije zato, da bi s tem odvrnil grožnjo, in ne zaradi drugih razlogov. Sklicevanje na silo in grožnjo mu tudi ne služi zgolj kot izgovor. Enak pogoj velja v sodni praksi Nürnberškega sodišča.⁵⁶ Tudi primerjalnopravno je to relevanten pogoj, zlasti v pravnih sistemih *common law*.⁵⁷

Ravnanje, izvršeno pod vplivom sile in grožnje, mora biti nujno⁵⁸ za odvrnitev sile in grožnje, kar pomeni, da ni druge možnosti za njuno odvrnitev. Drugi

⁵⁰ C. M. Henson, nav. delo, str. 20, sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Lija, par. 5.

⁵¹ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, 988, 989, Human Rights Watch Digest, str. 508, G. Knoop, nav. delo, str. 58, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 17, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 174.

⁵² Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 14, 16, P. Rowe, nav. delo, str. 216, sodba sodnega senata MKSJ *Simić, Tadić, Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 21.

⁵³ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, 988, Human Rights Watch Digest, str. 508, G. Knoop, nav. delo, str. 58, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 17, Digest of Law, v zbirki Law Reports, str. 174.

⁵⁴ Y. Dinstein, nav. delo (1985), str. 234, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 18, Y. Dinstein, M. Tabory, nav. delo (1996), str. 9.

⁵⁵ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1021, M. Korte, nav. delo, str. 204, 205, H. Olasolo, nav. delo, str. 243.

⁵⁶ Y. Dinstein, nav. delo (1985), str. 234, Y. Dinstein, M. Tabory, nav. delo, str. 10.

⁵⁷ Za Veliko Britanijo glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 253, za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 614.

⁵⁸ E. van Sliedregt, 2003, str. 14, M. Scaliotti, 2001, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 176, O. Triffterer, nav. delo, str. 551, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav.

avtorji ta pogoj opredeljujejo tudi kot odsotnost druge moralne odločitve.⁵⁹ Enako velja za sodno prakso MKSJ, v skladu s katero storilec izvrši bit inkriminacije zato, ker nima možnosti druge moralne odločitve⁶⁰ oziroma druge možnosti za odvrnitev grožnje in sile.⁶¹ Tudi v praksi Nürnberškega sodišča se je razvil pogoj, v skladu s katerim storilec ne bo obsojen, če ni imel možnosti druge moralne odločitve, a predvsem v povezavi z institutom ukaza nadrejenega. Določen pa je bil še dodaten pogoj, in sicer, da ni druge primerne možnosti za odvrnitev sile in grožnje.⁶² Ta pogoj, ki omejuje sklicevanje na silo in grožnjo, je znan tudi v vseh izbranih pravnih sistemih.⁶³

Ravnanje storilca mora biti tudi razumno.⁶⁴ Ta pogoj v presojo sile in grožnje vnaša objektivnost.⁶⁵ V zvezi s tem je relevantno, s stališča katere osebe presojamo razumnost storilčevega ravnanja. Očitno je, da zaradi objektivnosti merila tega ni mogoče presojati le s storilčevega stališča. Presojati ga je mogoče s stališča povprečnega državljana, povprečnega vojaka oziroma s stališča povprečnega pripadnika določene skupine. Objektivno merilo je tako mogoče z dodajanjem lastnosti in oženjem kategorij bolj ali manj subjektivizirati. Menim, da bi bilo primerno, da se to merilo čim bolj približa storilcu, to pa naj

delo, str. 1020, G. Knoops, nav. delo, str. 59, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, M. Korte, nav. delo, str. 194.

⁵⁹ Y. Dinstein, nav. delo (2004), str. 246.

⁶⁰ K. Kudo, nav. delo, str. 92.

⁶¹ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 16, in Lija, par. 5, P. Rowe, nav. delo, str. 216, C. M. Henson, nav. delo, str. 20, G. Knoops, nav. delo, str. 51, sodba sodnega senata MKSJ *Simić, Tadić, Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 22.

⁶² Human Rights Watch Digest, str. 508, G. Knoops, nav. delo, str. 58, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 17, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 174.

⁶³ Za Nemčijo glej H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 481, za Avstrijo D. Kienapfel, F. Höpfel, nav. delo, str. 60, za Hrvaško P. Novoselec, nav. delo, str. 207, za Veliko Britanijo J. C. Smith, nav. delo, str. 258, in za Združene države Amerike W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 614.

⁶⁴ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 14, M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 177, O. Triffterer, nav. delo, str. 551, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1020, G. Knoops, nav. delo, str. 59, Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011). Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties: General Principles of Criminal Law, December 1997, člen L, str. 2, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010), V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, M. Korte, nav. delo, str. 195.

⁶⁵ A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 177.

bi veljalo tako za silo in grožnjo kakor tudi za skrajno silo. Razumnost naj se presoja s stališča povprečnega vojaka, naborniškega ali profesionalnega, izkušenega ali mladega.

Podobno merilo se je razvilo v sodni praksi Nürnberškega sodišča; ravnanje mora biti tako, da bi ga tudi razumen človek razumel tako, da ni druge možnosti za odvrnitev grožnje.⁶⁶ Merilo razumnosti je podano tudi v tistih izbranih pravnih sistemih, v katerih se način odvrčanja sile in grožnje presoja po objektivnem merilu (to so vsi izbrani sistemi, razen britanskega).

V Rimskem statutu je določen še pogoj glede (kvantitativnega) razmerja med grožnjo in odvrčanjem grožnje. Storilec ne sme imeti v naklepu povzročitve hujše škode od tiste, ki je grozila, če bi se sila ali grožnja uresničila.⁶⁷ Ni pomembno, kakšno škodo je storilec dejansko povzročil, temveč to, kaj je imel storilec v naklepu. Lahko povzroči tudi večjo škodo od tiste, ki je grozila, a če tega ni imel v naklepu, je sklicevanje na silo in grožnjo dopustno.⁶⁸ Tudi pri sili in grožnji je dopustno, da storilec deluje z namenom odvrčanja večje ali enake škode od tiste, ki je bila povzročena. Pred sprejetjem Rimskega statuta so bili podani predlogi, ki so namesto subjektivnega vsebovali objektivno merilo, v skladu s katerim storilec ne sme povzročiti večje škode od grozeče, a je na koncu prevladalo subjektivno merilo.⁶⁹

Taka ureditev je vsekakor unikatna in je ni mogoče zaslediti niti v izbranih pravnih sistemih niti v dosedanji sodni praksi mednarodnega kazenskega prava. Povsod namreč ob predhodno določenem sorazmerju velja, da se kot izhodišče tehtanja upošteva objektivna lestvica dejansko poškodovanih oziro-

⁶⁶ Sodba Nürnberškega sodišča *High command*, str. 396, 509, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, W. Schabas, nav. delo (2009), str. 389, K. Kudo, nav. delo, str. 20, J. J. Paust, nav. delo, str. 169, Digest of Law, v zbirki Law Report, str. 172, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 120.

⁶⁷ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 15, M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 177, K. Ambos, nav. delo (1999a), str. 27, O. Triffterer, nav. delo, str. 552, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1022, G. Knoops, nav. delo, str. 59, M. Korte, nav. delo, str. 197.

⁶⁸ M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 177, O. Triffterer, nav. delo, str. 552, G. Knoops, nav. delo, str. 206, Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties: General Principles of Criminal Law, December 1997, člen L, str. 2, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2010), V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 442, K. Kudo, nav. delo, str. 22, C. Krefß, nav. delo, str. 152.

⁶⁹ Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011).

ma ogroženih dobrin, nato pa še druge okoliščine primera. Rimski statut pa uvaja popolnoma subjektivni pogoj, da ne šteje nastala škoda, ampak storilčev naklep. Nekateri avtorji opozarjajo, da je ta pogoj kompromis med skrajno silo (angl. *choice of evils*, upravičljiva skrajna sila), pri čemer mora biti nastala škoda manjša od grozeče, ter silo in grožnjo, pri kateri to ni relevantno ali pa se zanjo uporabljajo pravila opravičljive skrajne sile, v skladu s katero sta škodi lahko enaki, relevanten pa je subjektivni element: psihični pritisk na storilca.⁷⁰

Tak kompromis se mi zdi popolnoma neprimeren.⁷¹ Nastal je zaradi zelene združitve pravil skrajne sile ter sile in grožnje in predvsem zaradi nerazlikovanja med razlogi upravičenosti ter opravičenosti oziroma med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo. Taka ureditev, ki ureja zgolj eno obliko skrajne sile, brez preoblikovanja onemogoča uporabo druge oblike skrajne sile na podlagi splošnih načel, izvedenih iz notranjih pravnih redov, ali drugih pravnih virov na podlagi 21. člena. Na podlagi tega subjektivnega merila sorazmernosti se namreč ne more določiti, kateri element kaznivega dejanja izključuje institut iz odstavka d oziroma katero obliko skrajne sile ureja ta odstavek, katero pa bi bilo mogoče dodatno upoštevati na podlagi načel, izvedenih iz pravnih redov. V tem odstavku sta namreč upravičljiva in opravičljiva skrajna sila oziroma upravičljiva skrajna sila in opravičljiva sila in grožnja združeni, kar pomeni, da sta hkrati urejeni in zajeti obe obliki, a nobena popolno in pravilno. Če bi se oblikovalci statuta po drugi strani odločili za eno merilo, bi bilo drugo (in s tem drugo vrsto skrajne sile, ki še ne bi bila zajeta z alinejo d) še vedno mogoče uporabiti na podlagi kombinacije tretjega odstavka 31. člena in 21. člena, tako pa je to nemogoče. Iz zakonodajalčeve volje je namreč mogoče razbrati, da je želel imeti kompromis med tema dvema vrstama skrajnih sil, ne pa različnih in samostojnih oblik skrajnih sil.

Tako besedilo pomeni nazadovanje glede na predhodne predloge besedila, v katerih sta bili skrajna sila ter sila in grožnja ločeno urejeni na podlagi objektivnega merila sorazmernosti. Po tem predlogu storilec ne bi smel povzročiti večje škode od tiste, ki je grozila. Tako besedilo bi lahko bilo podlaga za učinek izključitve protipravnosti.⁷² Zdaj pa imamo opravka s kompromisom, na podlagi katerega ni mogoče *a priori* zagovarjati ne izključitve protipravnosti ne krivde.

⁷⁰ M. Scaliotti, nav. delo, str. 156, O. Triffterer, nav. delo, str. 552, G. Knoops, nav. delo, str. 59, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 851.

⁷¹ Tako tudi M. Korte, nav. delo, str. 198.

⁷² ELSA Handbook, str. 68, Non Paper by Sweden, 1996, str. 17, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011), Paper on Defenses Submitted by Informal Group Representing Various Legal Systems, 1997, točka d, <www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_3940/#results> (12. 7. 2011).

Taka ureditev sorazmerja med grožnjo in odvracanjem grožnje je v nasprotju tudi z izbranimi kontinentalnimi pravnimi sistemi. V teh pravnih sistemih se za silo in grožnjo uporabljajo bodisi pravila opravičljive skrajne sile (po katerih sta lahko škodi enaki) bodisi vseh uzakonjenih oblik skrajne sile (na primer na Hrvaškem, kjer nastala škoda ne sme biti nesorazmerno večja od grozeče, če se uporabljajo pravila o opravičljivi skrajni sili, oziroma mora biti povzročena manjša od grozeče, če gre za upravičljivo skrajno silo). V izbranih pravnih sistemih *common law* pa pogoj sorazmerja ni posebej določen. Določena je vsebina grožnje in omejitve, da se na silo in grožnjo ni mogoče sklicevati pri izpolnitvi biti inkriminacije naklepne usmrtitve. Celoten razpon v teh omejitvah je dopusten.⁷³ Kljub delni nedoločenosti pa je tudi v pravnih sistemih *common law* merilo objektivno, in ne subjektivno, v nasprotju z Rimskim statutom.

Tudi v praksi Nürnberškega sodišča je določeno objektivno merilo,⁷⁴ čeprav v različnih in med seboj težko združljivih oblikah. Po eni strani naj bi namreč bila škoda, ki je grozila, nesorazmerno večja od povzročene,⁷⁵ po drugi strani pa povzročena škoda ne sme biti nesorazmerno večja od grozeče.⁷⁶ To pa pomeni, da sta škodi lahko enaki, lahko pa je grozeča škoda celo manjša od povzročene, če le ni nesorazmerno manjša.

V praksi MKSJ se je razvil enak pogoj kot v praksi Nürnberškega sodišča.⁷⁷ Cassese pa je v svojem mnenju ta pogoj razlagal ozko v smeri prvega merila iz nürnberške sodne prakse; torej, da mora biti povzročeno zlo manjše od grozečega.⁷⁸

Poleg objektivnih pogojev mora biti podan tudi subjektivni element. Storilec se mora namreč zavedati obstoja grožnje in tega, da jo s svojim ravnanjem odvraca. Po večinskem mnenju ni dovolj, da se obstoja grožnje zaveda, ampak mora

⁷³ Glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 252, ter W. R. LaFave, A. W. Scott, nav. delo, str. 616.

⁷⁴ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, Human Rights Watch Digest, str. 508, sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 17.

⁷⁵ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 987, C. M. Henson, nav. delo, str. 13, J. J. Paust, nav. delo, str. 169, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 172.

⁷⁶ Y. Dinstein, nav. delo (1985), str. 234, G. Knoops, nav. delo, str. 58, sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 467, Y. Dinstein, M. Tabory, nav. delo, str. 10, Digest of Law v zbirki Law Reports, str. 158.

⁷⁷ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 16, C. M. Henson, nav. delo, str. 20, G. Knoops, nav. delo, str. 51, *Erdemović*, AJ, Li, par. 5, sodba sodnega senata MKSJ *Simić, Tadić, Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 20, 23, 26.

⁷⁸ Sodba pritožbenega senata *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 16.

tudi ravnati z namenom njenega odvrčanja.⁷⁹ Tudi MKSJ je podalo zahtevo po subjektivnem elementu, po kateri mora storilec ravnati z namenom odvrčanja nevarnosti in ne zadošča zgolj zavedanje nevarnosti in njeno odvrčanje.⁸⁰ Enako velja za sodno prakso Nürnberškega sodišča.⁸¹ Primerjalnopravno je taka ureditev skladna z izbranimi pravnimi sistemi (ostaja pa to vprašanje sporno v Nemčiji).⁸²

3. VPLIV SILE IN GROŽNJE NA SPLOŠNI POJEM KAZNIVEGA DEJANJA

3.1. Razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti

Vprašanje vpliva sile in grožnje na splošni pojem kaznivega dejanja je povezano z vprašanjem opredelitve splošnega pojma kaznivega dejanja in še posebej s tem, ali je mogoče razlikovati med razlogi upravičenosti in opravičenosti. Vprašanje torej je, ali sila in grožnja v mednarodnem kazenskem pravu izključujeta protipravnost ali krivdo. Primerjalnopravno gledano izbrani kontinentalni pravni sistemi poznajo to razlikovanje, kar ima tudi pravne posledice,⁸³ medtem ko v izbranih pravnih sistemih *common law* tega razlikovanja dolgo časa niso poznali, zdaj se počasi vpeljuje, a nima še pravnih posledic v praksi.⁸⁴

Na vprašanje, ali mednarodno kazensko pravo sploh razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti, moram odgovoriti nikalno. Večina statotov in sodne prakse niti ne ureja vseh možnih razbremenilnih institutov, temveč jih z generalno klavzulo prepušča splošnim načelom,⁸⁵ kaj šele, da bi opredelili njihove učinke. Trenutno poteka debata o tem, ali neki institut vpliva na obstoj

⁷⁹ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1021, M. Korte, nav. delo, str. 204, 205, H. Olasolo, nav. delo, str. 243.

⁸⁰ A. A. Bowers, nav. delo (2003b), str. 171, sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 46, in Lija, par. 5, sodba sodnega senata MKSJ *Simić, Tadić, Zarić*, ločeno mnenje sodnika Lindhoma, par. 21.

⁸¹ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 33, Y. Dinstein, M. Tabory, nav. delo, str. 10.

⁸² Glej na primer J. C. Smith, nav. delo, str. 258, in H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 483.

⁸³ Glej na primer H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 323.

⁸⁴ Glej na primer C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, nav. delo, str. 277.

⁸⁵ Tako statut MKSJ, MKSR, Poročilo Generalnega sekretarja OZN na podlagi 2. člena Resolucije VS št. 808, 1993, <www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf> (12. 7. 2011) in Osnutek zakonika kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva iz leta 1996, <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf> (12. 7. 2011).

kaznivega dejanja ali pomeni zgolj olajševalno okoliščino, ki se upošteva pri odmeri kazni. Vprašanje torej je, ali je neki institut samostojen institut (tako imenovana popolna obramba), ki povzroči, da storilec ne odgovarja za kaznivo dejanje, ali pa ima vpliv zgolj na odmero kazni,⁸⁶ ne pa, kakšen vpliv ima na obstoj kaznivega dejanja.

V praksi Nürnberškega in drugih sodišč po drugi svetovni vojni je mogoče najti termine, kakršni so razlog upravičenosti (angl. *justification*),⁸⁷ razlog opravičenosti (angl. *excuse, exculpation*)⁸⁸ ali da je storilec pod vplivom določenega instituta ravnal brez naklepa (angl. *without the will and intent, guiltless*).⁸⁹ Ker je sodišče uporabilo različne izraze, bi nas to lahko vodilo v prepričanje, da je razlikovalo med razlogi upravičenosti in opravičenosti, pa to žal ne drži.

Podrobnejši pregled posameznih sodb namreč pokaže, da je sodišče v istem stavku povedalo, da neki institut pomeni razlog upravičenosti (angl. *justification*), ker ne more nihče odgovarjati za kaznivo dejanje, če nista podani voljna in zavestna sestavina naklepa (angl. *will and intent*).⁹⁰ Ta izjava torej pomeni, da razlog upravičenosti izključuje krivdo storilca, kar je v popolnem nasprotju s kontinentalno kazenskopravno teorijo, po kateri razlog upravičenosti izključuje protipravnost ravnanja, razlogi opravičenosti pa krivdo storilca. Trditev sodišča je napačna že s tega vidika, spodbijati pa jo je mogoče še z drugega.

Pogosto je namreč mogoče zaznati trditev, da skrajna sila ali sila in grožnja povzročita, da storilec ravna brez naklepa. To ne drži. Storilec ravna naklepno. Zaveda se svojega ravnanja in njegove posledice ter ga tudi hoče izvršiti, a ga izvrši pod vplivom nevarnosti oziroma grožnje. Naklep ni izključen, pa čeprav bi šlo za opravičljivo skrajno silo. V primeru opravičljive sile in grožnje ter skrajne sile je po zakonodajalčevi volji izključena krivda, storilec pa še vedno ravna naklepno.

Za sodbe Nürnberškega in drugih sodišč po drugi svetovni vojni torej velja, da kljub uporabi različnih izrazov ne razlikujejo med razlogi upravičenosti in opravičenosti.

MKSJ pa se v svoji praksi ni dosti ukvarjalo z učinkovanjem obrambe na splošni pojem kaznivega dejanja. V osrednji zadevi *Erdemović* sta tako prvostopenjsko kakor tudi drugostopenjsko sodišče razpravljali le o tem, ali gre zgolj

⁸⁶ Na primer ukaz nadrejenega v MKSJ ali sila in grožnja v sodni praksi MKSJ. G. Knoops, nav. delo, str. 292.

⁸⁷ Sodbe Nürnberškega sodišča *Krupp*, str. 1438, 1439, *Flick*, str. 1200 ter *IG Farben*, str. 1176.

⁸⁸ Sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 482.

⁸⁹ Sodbi Nürnberškega sodišča *Flick*, str. 1200, in *Krupp*, str. 1438.

⁹⁰ Sodbi Nürnberškega sodišča *Krupp*, str. 1439, in *Flick*, str. 1200.

za olajševalno okoliščino ali za »popolno obrambo« (angl. *complete defence*), torej, ali neki institut vpliva na obstoj kaznivega dejanja ali ne.⁹¹ V prvi prvo-stopenjski sodbi je sicer mogoče najti mnenje, da lahko sila in grožnja izključi subjektivni element kaznivega dejanja (angl. *mens rea*, v kontinentalni teoriji ta institut pokriva krivda),⁹² tako da bi lahko sklepali, da praksa MKSJ pozna vsaj razloge opravičenosti. A težišče zadeve je bilo spet na vprašanju, ali je sila in grožnja sploh institut, ki lahko izključi kaznivo dejanje ali ne, zato iz te osamljene in verjetno povsem naključne trditve sodišča ni mogoče sklepati, da razlikuje med razlogi opravičenosti in opravičenosti. Zlasti zato, ker je pritožbeno sodišče stopilo korak nazaj in odločilo proti obstoju sile in grožnje v primeru naklepnih usmrtitev. Samo *Cassese* je v svojem ločenem mnenju enkrat omenil, da sila in grožnja pomeni razlog opravičenosti, a tudi on ni namenjal pozornosti razlikovanju med razlogi opravičenosti in opravičenosti. Zdi se, da ni razlogov za sklep, da MKSJ razlikuje med razlogi opravičenosti in opravičenosti. Uporaba izrazov pri prvostopenjskem sodišču in *Casseseju* je lahko povsem naključna, površna in nedosledna, kakor se je izkazalo že za prakso sodišč po drugi svetovni vojni.

Določba 31. člena Rimskega statuta, ki je osrednjega pomena za obravnavo problematike razlogov opravičenosti in opravičenosti v Rimskem statutu, nosi naslov razlogi za izključitev kazenske odgovornosti.⁹³ Gre za splošen izraz, ki naj bi zajel večino relevantnih materialnopравnih⁹⁴ institutov, ki izključujejo določen element kaznivega dejanja in s tem tudi kaznivo dejanje (pomembna sta namreč vsaj še 32. in 33. člen statuta, poleg tega pa ne gre za taksativno naštevanje institutov). V tem členu pa so urejeni tako razlogi, ki primerjalno-pravno gledano pomenijo tipične razloge opravičenosti (silobran), kakor tudi razlogi, ki vplivajo na obstoj krivde (na primer neprištevnost). Naslov člena je dovolj splošen in zajame obe kategoriji, med njima pa ne razlikuje. Iz pripravljalnega gradiva je razvidno, da gre za tipični pristop *common law*, oblikovalci statuta pa niso želeli uporabiti izraza obramba (angl. *defences*), saj naj bi ta kazal na privilegiranje sistemov *common law*, zato so uporabili navidezno

⁹¹ Sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 14, sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, par. 19, sodba pritožbenega senata MKSJ *Aleksovski*, par. 54.

⁹² Sodba sodnega senata MKSJ *Erdemović*, par. 14.

⁹³ V angleščini *grounds for excluding criminal responsibility*, v nemščini pa *Gründe für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*. Glej 30. člen ustreznih jezikovnih različic Rimskega statuta.

⁹⁴ To razlago potrjuje tudi naslov tega poglavja (splošna načela kazenskega prava). O. Triffterer, nav. delo, str. 544, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1009, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 437, R. Merkel, nav. delo, str. 441, I. Josipović, D. Krapac, P. Novoselec, nav. delo, str. 114.

nevtralen izraz⁹⁵ oziroma izraz, ki po mnenju nekaterih spominja na termine kontinentalne pravne teorije.⁹⁶ V skladu s tem velja, da so uporabili naslov kontinentalne teorije in vsebino teorije *common law*. Ta razlaga je seveda mogoča, če kazensko odgovornost razumemo kot celoten, splošen pojem, ki se nanaša na vse predpostavke obstoja kaznivega dejanja.⁹⁷ Določbe Rimskega statuta o sodbi tudi ne poznajo različnih oprostilnih sodb,⁹⁸ iz česar bi morebiti lahko sklepali na različne stopnje oprostitev in na razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti.

Sklenem lahko, da Rimski statut ne razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti ter posameznim institutom ne daje relevantnih učinkov iz kontinentalne teorije.⁹⁹ Na tej ravni je pomembno le, ali posamezni institut vpliva na obstoj kaznivega dejanja ali zgolj na odmero kazni. Razlikovanja med razlogi upravičenosti in opravičenosti doslej ni bilo mogoče zaslediti niti v statutih niti v praksi dosedanjih mednarodnih sodišč.¹⁰⁰

Očitno je, da gre, kadar neki institut vpliva na obstoj kaznivega dejanja, za vprašanje vse ali nič oziroma za vprašanje oprostilne oziroma obsodilne sodbe. Mednarodno kazensko pravo tako ne pozna tridelnega splošnega pojma kaznivega dejanja iz kontinentalne kazenskopravne teorije, ampak le dvodelni model sistemov *common law*, v katerem je kaznivo dejanje sestavljeno iz objektivnih (angl. *actus reus*) in subjektivnih elementov (angl. *mens rea*),¹⁰¹ pa še potem v praksi za oprostilno sodbo ni pomembno, kaj je pri posameznem kaznivem dejanju izključeno. To potrjuje tudi določba 30. člena Rimskega sta-

⁹⁵ A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1009, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 437, C. K. Hall, nav. delo (1998), str. 337, R. Merkel, nav. delo, str. 441, O. Lagodny, nav. delo, str. 818, 820, E. van Sliedregt, nav. delo, str. 2, O. Triffterer, nav. delo, str. 539.

⁹⁶ E. van Sliedregt, nav. delo, str. 6, O. Triffterer, nav. delo, str. 539, 544, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1009.

⁹⁷ O. Triffterer, nav. delo, str. 544.

⁹⁸ Četrty odstavek 75. člena Rimskega statuta.

⁹⁹ R. Merkel, nav. delo, str. 441, 448, A. Eser, H. Kreicker, nav. delo, str. 302, 324, W. Joecks, K. Miebach, nav. delo, str. 1448, E. Sliedregt, nav. delo, str. 6, M. Scaliotti, nav. delo, str. 118, O. Triffterer, nav. delo, str. 544, G. Knoops, nav. delo, str. 128, M. Korte, nav. delo, str. 212, M. Ambrož, nav. delo (2008), str. 76, H. Olasolo, nav. delo, str. 235, S. Nash, I. Bantekas, nav. delo, str. 53, Osnutek statuta mednarodnega sodišča iz Siracuze (Siracuz Draft Statute for an International criminal court-Suggested Modifications to the ILC 1994 Draft, 31. julij 1995), str. 42, G. McGoldrick, G. Rowe, O. S. Donnelly, nav. delo, str. 266, O. Lagodny, nav. delo, str. 817, H. Satzger, nav. delo, str. 256, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 955, K. Ambos, nav. delo (2004), str. 826. Nasprotno G. Knoops, nav. delo, str. 23, ki pravi, da gre pri vseh v 31. členu urejenih institutih za razloge opravičenosti.

¹⁰⁰ A. von Knieriem, nav. delo, str. 254, C. Nill-Theobald, nav. delo, str. 963.

¹⁰¹ K. Ambos, nav. delo (2006), str. 665.

tuta o vsebini krivde; ta namreč govori o psihičnih in objektivnih elementih kaznivega dejanja. Čeprav oblikovalci statuta niso želeli uporabiti »anglo-ameriškega« izraza *mens rea*,¹⁰² da ne bi bila ureditev tudi že na prvi pogled pristranska do enega pravnega sistema, pa je vsebina psihičnega elementa prav to (angl. *mens rea* iz ameriškega sistema).¹⁰³

Te »anglo-ameriške« izraze je mogoče najti že v sodbi prvostopenjskega sodišča v zadevi *Erdemović*, v kateri je sodišče odločilo, da lahko sila in groznja v skrajnem primeru izključi psihični element kaznivega dejanja (angl. *mens rea*). Taka odločitev bi lahko kazala na razlog opravičljivosti, kar je primernejše stališče kot že omenjeno stališče iz zadev *Krupp* in *Flick*,¹⁰⁴ v katerih je sodišče odločilo, da gre za izključitev naklepa. Obstoje krivde je namreč v primeru sile in groznje lahko ogrožen. Ne more pa biti izključen naklep.

Zato seveda v mednarodnem kazenskem pravu ni mogoče razlikovati med opravičljivo in opravičljivo skrajno silo. Literatura in sodna praksa sicer govori o tem, da je ravnanje v skrajni sili opravičljivo (angl. *justified*) ali opravičljivo (angl. *excusable*), ampak se na te termine ni mogoče zanesti, saj jih avtorji uporabljajo v povezavi z različnimi instituti, včasih celo v istem stavku. Zato tem izrazom po mojem mnenju ni mogoče pripisati pomena, kakršnega imajo v kontinentalni pravni teoriji.

V Rimskem statutu na podlagi prvega odstavka 31. člena tako tudi ni mogoče govoriti o razlikovanju med opravičljivo in opravičljivo skrajno silo. Enako velja za sodno prakso MKSJ in Nürnberškega sodišča. Gre (kadar sploh obstaja oziroma kadar jo je mogoče ločiti od sile in groznje) za samo eno skrajno silo, katere posledica je, da storilec ni kazensko odgovoren (angl. *not criminally responsible*, nem. *strafrechtlich nicht verantwortlich*). To je spet splošen izraz, ki pomeni, da manjka ena (ni jasno, katera) izmed vseh materialnopravnih predpostavk za obstoj kaznivega dejanja.

Vprašanje pa je, ali je mogoče razlikovanje med opravičljivo ter opravičljivo skrajno silo vpeljati na podlagi tretjega odstavka istega člena, v skladu s katerim lahko MKS upošteva tudi kak drug razlog upravičenosti ali opravičenosti na podlagi pravnih virov iz 21. člena. Relevantna so predvsem načela, ki jih sodišče izvede iz notranjih zakonodaj posameznih pravnih sistemov. V izbranih pravnih redih razlikovanje med opravičljivo in opravičljivo skrajno silo pozna-

¹⁰² Sodba sodnega senata MKSJ, *Erdemović*, par. 14.

¹⁰³ O izogibanju izrazov, tipičnih za določen pravni sistem, glej na primer K. Ambos, nav. delo (1999a), str. 2, A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 1009, V. Sancin, D. Švarc, M. Ambrož, nav. delo, str. 437, C. K. Hall, nav. delo, str. 337, R. Merkel, nav. delo, str. 441, O. Lagodny, nav. delo, str. 820, K. Ambos, nav. delo (2008), str. 172.

¹⁰⁴ Sodbi Nürnberškega sodišča *Flick*, str. 1200, in *Krupp*, str. 1438.

jo v Nemčiji, Avstriji in na Hrvaškem. V Združenih državah Amerike načeloma ne poznajo opravičljive skrajne sile. Ali lahko na podlagi tega razvijemo splošno pravno načelo? Argument za pritrdilni odgovor bi bil, da razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti, čeprav izvira iz kontinentalnega pravnega sistema, počasi prodira tudi v pravne sisteme *common law*, čeprav praktičnih posledic tega razlikovanja še ni. Vendar pa obstajata vsaj še islamski in azijski pravni sistem, ki v tem članku nista obravnavana. Zato ne morem reči, da bi kot splošno načelo lahko oblikovali razlikovanje med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo. Prav tako tega ni mogoče trditi za mednarodno običajno pravo, saj je bilo že omenjeno, da v preteklosti v sodni praksi mednarodnih sodišč že razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti ni bilo uveljavljeno.¹⁰⁵ Poleg tega je glavna omejitev že urejena oblika skrajne sile, ki je kompromis med razlogi upravičenosti in opravičenosti.

Edina primera, ki sem ju sploh našla in v katerih je uporaba terminov upravičljiva in opravičljiva skrajna sila dosledna, sta primera Vrhovnega sodišča britanske okupacijske cone v Nemčiji po drugi svetovni vojni. V teh primerih je sodišče zavrnilo uporabo upravičljive in tudi opravičljive skrajne sile v primeru usmrtitev duševnih bolnikov ter dovolilo kvečjemu odpust kazni. Treba pa se je zavedati, da je sodišče v tem primeru uporabljalo nemško pravo, zato je bilo razlikovanje med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo tudi mogoče.¹⁰⁶

Kot je bilo že rečeno, je bilo doslej v praksi mednarodnega kazenskega prava relevantnejše razlikovanje med skrajno silo ter silo in grožnjo pod vplivom pravnih sistemov *common law*.

3.2. Vpliv sile in grožnje na splošni pojem kaznivega dejanja

Ugotovitev, da mednarodno kazensko pravo ne razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti, vpliva tudi na to, kakšen vpliv ima sila in grožnja na splošni pojem kaznivega dejanja.

V dosedanji sodni praksi mednarodnega kazenskega prava ali pravnih aktih so bili izrazi, ki bi lahko pomenili razloge upravičenosti in opravičenosti, uporabljeni zelo površno in nedosledno ali sploh niso bili uporabljeni ali pa je sodišče uporabilo splošne izraze, ki naj pomenijo neobstoj kaznivega dejanja, ne povejo pa natančneje, kateri element je izključen. V mednarodnem kazenskem pravu torej ni relevantno, kateri element splošnega pojma kaznivega dejanja je izključen, in to tudi ne prinaša različnih oprostilnih sodb ali drugih pravnih posledic.

¹⁰⁵ Sodba Nürnberškega sodišča *Flick*, str. 1200.

¹⁰⁶ *Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, 1950, str. 121, 122, *Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, 1948, str. 331.

Zato je že *a priori* izključena možnost več vrst skrajne sile. V mednarodnem kazenskem pravu ni razlikovanja med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo, saj niti vpliv ene vrste skrajne sile ter sile in grožnje na splošni pojem kaznivega dejanja ni relevanten in se o njem ne razpravlja. Razprava še vedno poteka na nižji ravni, in sicer glede vprašanja, ali ta dva instituta pomenita »popolno obrambo« (angl. *complete defence*) v smislu zanikanja obstoja kaznivega dejanja ali pa zgolj olajševalno okoliščino pri odmeri kazni. Zdaj je z ureditvijo teh institutov v Rimskem statutu vsaj v postopkih pred MKSJ to vprašanje dokončno razrešeno. Skrajna sila ter sila in grožnja sta instituta, ki vplivata na obstoj splošnega pojma kaznivega dejanja, kar je bilo tudi prevladujoče stališče dosedanje sodne prakse in ureditev.¹⁰⁷

Primerjalnopravno gledano sta sila in grožnja vsaj v izbranih pravnih sistemih večinoma razloga opravičenosti. V pravnih sistemih *common law* sta samostojen institut, v izbranih kontinentalnih pa se zanju uporabljajo pravila opravičljive skrajne sile (razen na Hrvaškem, kjer gre za uporabo pravil upravičljive ali opravičljive skrajne sile).

V mednarodnem kazenskem pravu pa lahko govorimo samo o tem, katere (nezanesljive!) izraze je posamezno sodišče do zdaj uporabilo. Glede sile in grožnje lahko ugotovimo, da je Nürnberško sodišče uporabilo izraz razlog opravičenosti (angl. *excuse*),¹⁰⁸ MKSJ tudi,¹⁰⁹ oziroma je odločilo, da je izključen subjektivni element kaznivega dejanja, iz Komentarja Osnutka zakonika kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva pa je razvidno, da je sila in grožnja v njem razumljena kot tipični predstavnik razlogov opravičenosti.¹¹⁰

Kot je bilo že rečeno, Rimski statut uporablja besedno zvezo, da storilec ni kazensko odgovoren, kar naj bi pomenilo, da storilec ne odgovarja za kaznivo dejanje, oziroma da kaznivega dejanja ni, nič pa ne pove o tem, kateri element kaznivega dejanja je izključen. Zato zgolj na podlagi tega ni mogoče sklepati o natančnejšem učinku teh institutov.

¹⁰⁷ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Alekskovski*, par. 54. Če pa pogoji za posamezen institut niso popolnoma izpolnjeni, potem gre lahko za olajševalno okoliščino pri odmeri kazni, a ta odločitev tudi ni avtomatična. Za MKSJ glej na primer *K. Kudo*, nav. delo, str. 92, sodbe pritožbenega senata MKSJ *Blaškić*, par. 769, *Jelišić*, par. 101, ločeno mnenje sodnika Shahabuddeena v *Vasiljević*, par. 41, sodbe sodnega senata MKSJ *Bralo*, par. 53, *Todorović*, par. 111, *Delalić*, *Mučić*, *Delić*, *Landžo*, par. 1229, D. Korošec, D. Zagorac, M. Ambrož, nav. delo, str. 149.

¹⁰⁸ Sodba Nürnberškega sodišča *Einsatzgruppen*, str. 467.

¹⁰⁹ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Erdemović*, ločeno mnenje sodnika Casseseja, par. 42.

¹¹⁰ Komentar osnutka zakonika kaznivih dejanj zoper mir in varnost človeštva, 1996, str. 39.

Zaradi nezanesljivosti izrazov, uporabljenih v sodni praksi, je le na podlagi jezikovne razlage nesmiselno in nezanesljivo govoriti o tem, kateri element izključuje sila in grožnja.

Na to, kateri element kaznivega dejanja je izključen, bi bilo sicer mogoče posredno sklepati iz (so)razmerja med grožnjo in povzročeno škodo, ki so jo sodišča zahtevala v svoji sodni praksi. Na podlagi kontinentalne pravne teorije namreč velja, da če storilec pri odvratanju nevarnosti povzroči manjšo škodo od tiste, ki je grozila, gre za upravičljivost ravnanja, če povzroči enako škodo, pa gre kvečjemu za opravičljivost storilca.

V dosednji sodni praksi je bilo za silo in grožnjo oblikovano merilo, da povzročena škoda ne sme biti nesorazmerno večja od grozeče, kar pomeni, da sta lahko tudi enaki.

V Rimskem statutu je način ureditve sorazmerja med grozečo in povzročeno škodo po mnenju večine (skrajno neposrečen) kompromis med razlogi upravičenosti in opravičenosti.¹¹¹ Gre za subjektivno merilo (storilec ni imel naklepa povzročiti večje škode od grozeče), ki po mojem mnenju onemogoča uporabo teorije diferenciacije. Če bi se oblikovalci odločili za objektivno merilo, bi se pri razlagi te določbe sodišče odločilo glede na predpisano sorazmerje in uporabilo ustrezno obliko skrajne sile; upravičljivo skrajno silo (če je nastala škoda manjša od grozeče) oziroma opravičljivo (če je nastala škoda lahko enaka grozeči). V vsakem primeru bi bilo lažje ugotoviti, s katero vrsto skrajne sile imamo opravka. Drugo vrsto pa bi lahko uporabili na podlagi kombinacije tretjega odstavka 31. člena 21. člena, torej v skladu s splošnimi načeli, ki jih je mogoče izvesti iz svetovnih pravnih sistemov. Tako bi sodišče lahko (podobno kot v avstrijski sodni praksi) uporabljalo obe vrsti skrajne sile, kar bi bilo relevantno predvsem za usmrtitve. Trenutno pa imamo sistem, v katerem se le na podlagi razmerja med grozečo in povzročeno škodo ni mogoče odločiti, kateri element kaznivega dejanja je izključen. Določba je po mojem mnenju neuporabna, onemogoča teorijo diferenciacije, saj vsebuje obe vrsti skrajne sile, a hkrati nobene dosledno in popolnoma.

Tretje merilo za razlikovanje med upravičenostjo in opravičenostjo bi lahko našli v razlikovanju, da gre pri upravičljivi skrajni sili za izbiro manjšega zla, pri opravičljivi pa za to, da pravo prizna slabotnost človeškega značaja in nravi ter je popustljivo do dejanj, ki so bila izvršena pod pritiskom. V nürnberških sodbah je tako pri skrajni sili kakor tudi pri sili in grožnji poudarek na tako

¹¹¹ G. Knoops, nav. delo, str. 59, J. D. Ohlin, nav. delo, str. 293, M. Neuner, nav. delo, str. 116, C. Kreß, nav. delo, str. 152, G. Fletcher, J. D. Ohlin, nav. delo, str. 122, K. Ambos, nav. delo (2008), str. 182, H. Satzger, nav. delo, str. 263.

imenovanem pomanjkanju možnosti moralne odločitve¹¹² oziroma na psihičnem pritisku, ki je značilen za opravičljivo skrajno silo. V sodni praksi MKSJ isto velja za silo in grožnjo, glede skrajne sile pa se ni izreklo.¹¹³ Na podlagi tega bi lahko sklepali, da gre za razloge opravičenosti.

V Rimskem statutu je tudi pri skrajni sili poudarek na pritisku na storilca in na dejstvu, da je storilec prav zaradi tega izvršil bit inkriminacije. Iz tega bi lahko sklepali, da gre za opravičljivo skrajno silo ter za opravičljivo silo in grožnjo. Ker so pogoji za oba instituta enaki, različen je le vir nevarnosti, je tudi po mojem mnenju razumljivo, da imata oba instituta enak učinek na obstoj kaznivega dejanja. Po vsem povedanem se zdi še najbolj razumno, da gre za izključitev krivde storilca. Izhodišče celotne določbe alineje d je namreč institut sile in grožnje. Sila in grožnja pa je v skladu z večinskim mnenjem v izbranih pravnih sistemih, pa tudi v (sicer nezanesljivi!) sodni praksi mednarodnega kazenskega prava razlog opravičenosti.

Glede na te argumente in predvsem glede na to, da je središče obravnavanja sila in grožnja ter da je splošnejša skrajna sila le kot oddaljeni satelit, ki lebdi okoli sile in grožnje, menim, da je najbolj prepričljiva odločitev, da gre pri teh dveh institutih v Rimskem statutu kvečjemu za razloge opravičenosti.

Pri tem pa je treba še enkrat opozoriti, da ta izpeljava temelji na nekaj sodnih odločitvah, ki so splošne, izrazi pa nejasni in nedosledno uporabljeni, zato je lahko vsaka odločitev predmet nasprotnih argumentov. Kljub temu po mojem mnenju najprepričljivejši argumenti podpirajo opravičenost storilca. Proti temu ravnanju ima žrtev pravico do silobrana, ravnanja drugih udeležencev so protipravna, morebitni obstoj razlogov opravičenosti pa se presoja pri vsakem posebej.

4. SKLEP

Kratka primerjalnopravna analiza pravnih sistemov (britanskega, ameriškega, nemškega, avstrijskega in hrvaškega) je pokazala mnoge razlike med pravnimi sistemi *common law* na eni strani in kontinentalnimi na drugi. Vse te razlike pri razbremenilnih institutih po mojem mnenju izhajajo iz poenostavljenega splošnega pojma kaznivega dejanja v pravnih sistemih *common law* (objektivni in subjektivni elementi) in sistematično izdelanega splošnega pojma kaznivega dejanja v kontinentalnih, zlasti v nemškem pravnem sistemu (ravnanje, bit inkriminacije, protipravnost, krivda, zdaj tudi kaznivost?). Še več, če pravni

¹¹² Glej sodbe Nürnberskega sodišča *Flick, Krupp, Einsatzgruppen, IG Farben*.

¹¹³ Sodba pritožbenega senata MKSJ *Aleksovski*, par. 54.

sistemi *common law* temeljijo na dvojici kaznivo dejanje in obramba (angl. *offence-defence*), pa kontinentalni sistemi obravnavanja razlogov upravičenosti in opravičenosti ne skrčijo le na procesno obravnavanje učinkov teh institutov (to je oprostilna sodba oziroma učinek na kazen), temveč jih obravnavajo sistematično, po določenem (pomembnem) vrstnem redu in predvsem v povezavi z elementom splošnega pojma kaznivega dejanja, ki ga posamezni institut izključuje. Ta element namreč določa tudi vrstni red obravnavanja razbremenilnih institutov.

Iz tega tudi izhaja, da se v kontinentalnih pravnih sistemih daje velik poudarek dejstvu, kateri element splošnega pojma kaznivega dejanja je z določenim institutom izključen. Vsakemu institutu se določi njegov učinek na splošni pojem kaznivega dejanja in njegove posledice. Zato ti sistemi razlikujejo med razlogi upravičenosti (ki izključujejo protipravnost) in opravičenosti (ki izključujejo krivdo). To razlikovanje ima učinek ne le v teoriji, temveč tudi v praksi, zlasti glede pravice do silobrana ter posledic za udeležene pri tem ravnanju. Zato lahko ti sistemi tudi poznajo različne oblike oprostilnih sodb. Pravni sistemi *common law* pa temu razlikovanju ne namenjajo veliko pozornosti. Bistveno je vprašanje, ali ima posamezni institut tak učinek, da povzroči oprostilno sodbo, oziroma ali gre za popolno obrambo (angl. *complete defence*), ne pa, kateri element splošnega pojma kaznivega dejanja izključuje. Gre torej za procesni način obravnavanja teh institutov. Kljub temu v zadnjem času v pravnih sistemih *common law* počasi priznavajo različne učinke razlogov upravičenosti in opravičenosti. Za zdaj to poteka (deloma) le v teoriji materialnega kazenskega prava, ne pa tudi v odločitvah sodišč.

Vse te razlike seveda vplivajo tudi na mednarodno kazensko pravo, saj se sodišče v konkretni odločitvi pa tudi pisci statutov in drugih relevantnih pravnih virov v primeru pravnih praznin najprej obrnejo na pravo, ki ga poznajo, to je pravo njihovih pravnih sistemov, kar potem skušajo nadgraditi v bolj ali manj posrečen kompromis na mednarodni ravni.

Tako je v mednarodnem kazenskem pravu po mojem mnenju osrednja težava spet dejstvo, da ta tako kot pravni sistemi *common law* ne razlikuje jasno in dosledno med razlogi upravičenosti in opravičenosti. Če pa se že pojavi stališče, ki to razlikovanje zagovarja, je to stališče le teoretično in nima pravnih posledic v konkretni sodni odločitvi. To potegne za seboj probleme glede naklepnih usmrtitev, glede katerih je MKSJ sprejelo jasno stališče, da se v tem primeru ni mogoče sklicevali na silo in grožnjo zaradi kriminalitetnopolitičnih usmeritev in moralnih načel mednarodnega kazenskega prava. Rimski statut te omejitve sicer ne pozna, je pa nerazlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti mogoče zaslediti v (milo rečeno) nenavadno oblikovanem razmerju med grožnim in povzročenim zločinom. To razmerje je oblikovano subjektivno (re-

levantna je vsebina storilčevega naklepa) in ne objektivno (dejansko zlo, ki je grozilo, in zlo, ki je dejansko nastalo). Ta subjektivni pogoj naj bi pomenil kompromis med upravičljivo skrajno silo (ki temelji na izbiri manjšega zla) in njenim objektivnim testom ter med opravičljivo silo in grožnjo (pri kateri to sorazmerje ni relevantno, gre pa za pritisk na storilca) in njeno subjektivno naravo, meni pa se zdi iz več razlogov neprimeren. Najprej zato, ker kaže, da Rimski statut še vedno ne razlikuje med razlogi upravičenosti in opravičenosti oziroma temu razlikovanju ne pripisuje pravnih posledic, če jih je pripravljen združiti v en sam institut. Ta združitev sama po sebi onemogoča razlikovanje učinkov razlogov upravičenosti in opravičenosti. Test je tudi neuporaben in nepraktičen, saj je treba dokazovati vsebino storilčevega naklepa in dejansko povzročeno zlo, kar je zelo težko, poleg tega pa gre tudi za primerjanje dveh različnih ravni; subjektivne (v smislu vsebine storilčevega naklepa) in objektivne (v smislu dejansko povzročene škode). Taka kompromisna rešitev onemogoča uporabo dodatne oblike skrajne sile na podlagi drugih pravnih virov, ki jih lahko uporabi MKS, saj so oblikovalci dve obliki skrajne sile skombinirali že v oblikovani alineji d. S tem sta v Rimskem statutu vsebovani obe obliki skrajne sile, a vsaka le deloma. *A contrario* torej neuporabljene oblike skrajne sile, ki bi jo MKS uporabilo na podlagi tretjega odstavka 31. člena Rimskega statuta, ni.

Način oblikovanja in vsebina te kompromisne določbe kaže tudi na to, da mednarodna kazenska ureditev še vedno izhaja iz sile in grožnje kot osrednjega instituta, splošnejša skrajna sila pa je le dopolnilni in subsidiarni institut. To je v nasprotju s kontinentalnim dojemanjem, po katerem je sila in grožnja specialnejši institut in se zato zanjo uporabljajo pravila skrajne sile, in ne nasprotno.

Zato predlagam, da bi bilo tudi v mednarodno kazensko pravo treba vpeljati razlikovanje med razlogi upravičenosti in opravičenosti. To bi rešilo mnoge dosedanje težave, zlasti tiste v povezavi z naklepnimi usmrtitvami, saj bi namesto dveh skrajnih rešitev (upravičenje ravnanja ali obsodilna sodba) dopustili tudi zgolj opravičenje storilca in oprostilno sodbo. S tem se seveda da prednost rešitvam iz kontinentalnih pravnih sistemov, a menim, da izbira rešitev iz enega samega pravnega sistema niti ni tako sporna, saj je s tem mogoče doseči tudi namene *a priori* prepovedi iz pravnih sistemov *common law* (preprečevanje zlorab pri sklicevanju na silo in grožnjo). To je mogoče nadzorovati z ustrezno oblikovanim testom sorazmernosti in nujnosti ravnanja.

Pri tem je manj pomembno, ali gre za uvedbo upravičljive skrajne sile in opravičljive sile in grožnje ali pa upravičljive in opravičljive skrajne sile, čeprav se mi zdi slednja rešitev pravilnejša. V vsakem primeru namreč zagovarjam splošnejšo rešitev. Menim namreč, da je opravičljiva sila in grožnja preveč specialen institut in da potrebuje mednarodno kazensko pravo tudi splošno

opravičljivo skrajno silo, ki bi zajela konkretne dejanske stanove, ki jih sila in grožnja ne. Med temi so najpomembnejše naklepne usmrtitve, pri katerih pa ni bilo neposredne grožnje, ampak druga nevarnost za življenje in telo.

Zato bi bilo treba preoblikovati tudi sedanje razmerje med grozečo in povzročeno škodo, in sicer v objektivno, ki temelji na razmerju med dejansko grozečo škodo in škodo, ki je bila dejansko povzročena.

Literatura

- Adolf Schönke, Horst Schroeder: *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006.
- Adrian Eugen Hollaender, Christoph Mayerhofer: *Grundlagen des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil 1*, Studien Verlag, Innsbruck 2007.
- Albin Eser, Helmut Kreicker: *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*. 1. knjiga, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 2003.
- Aleš Velkaverh: *Primerjalni pregled instituta skrajne sile v kazenskem pravu*, v: *Pravnik*, 126 (2009) 9-10, str. 517–538.
- Andrew Alexander Bowers: *A concession to humanity in the killing of innocents – validating the defenses of duress and superior orders in international law*, v: *Windsor Review of Legal and Social Studies*, (2003a) 1, str. 31–72.
- Andrew Alexander Bowers: *Duress, necessity and the taking of innocent life: special challenges facing English, Canadian and international criminal law, a thesis submitted to the Faculty of Law in conformity with the requirements for the degree of master of laws*. Queen's University Kingston, Ontario, Canada, 2003b.
- Antonio Cassese, Paola Gaeta, R. W. D. Jones: *The Rome statute of the International criminal court: a commentary*. 1. in 2. knjiga, Oxford University Press, Oxford 2002.
- August von Knieriem: *Nürnberg, rechtliche und menschliche Probleme*. E. Klett, Stuttgart 1953.
- Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić: *Komentar kaznenog zakona*. 3. izdaja, Narodne novine, Zagreb 2007.
- Beth Van Schaack, Ronald C. Slye: *International criminal law & its enforcement: cases and materials*. Foundation Press, New York 2007.
- Cherif M. Bassiouni: *The legislative history of the ICC: an article by article evolution of the statute*. 2. knjiga, Transnational Publishers, New York 2005.
- Christiane Nill-Theobald: *»Defenses« bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA, zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts*. Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1998.
- Christopher Keith Hall: *The fifth session of the UN Preparatory committee on the establishment of an international criminal court*, v: *The American Journal of International Law*, (1998) 2, str. 331–339.

- Christopher M. Henson: Superior orders and duress as defenses in international law and the International criminal tribunal for the former Yugoslavia, paper, University of North Texas, Department of political science, 2004 <www.unt.edu/honors/eaglefeather/2004_Issue/HensonC4.shtml> (10. 1. 2012).
- Christopher M. V. Clarkson, H. M. Keating: Criminal law: text and materials. 4th ed., Sweet and Maxwell, London 1998.
- Claus Kreß: War crimes in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice, v: Israel Yearbook on Human Rights 2000, str. 142–157.
- Damjan Korošec, Dean Zagorac, Matjaž Ambrož: Mednarodno kazensko pravo, praktikum. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2006.
- Damjan Korošec: Sila in grožnja – razlikovanje izključenosti protipravnosti od izključenosti krivde, v: Pravnik, (1994) 1-3, str. 73–81.
- Diethelm Kienapfel, Frank Höpfel: Strafrecht, Allgemeiner Teil. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 2007.
- Dominic McGoldrick, Peter Rowe, Eric Donnelly: The permanent International criminal court – legal and policy issues. Hart Publishing, Oxford 2004.
- Elies van Sliedregt: Defenses in international criminal law, prispevek na konferenci Convergence of criminal justice systems; Building bridges bridging the gap, The International Society For The Reform Of Criminal Law. 17th International Conference, Haag, 25. avgust 2003.
- Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen: Strafsenat Urt. StS 161/49 (1950), 2. knjiga.
- Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen: Strafsenat Urt. StS 19/49 (1948), 1. knjiga.
- Geert Jan Alexander Knoops: Defenses in contemporary international criminal law. 2nd ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008.
- George Fletcher, Jens David Ohlin: Defending humanity. Oxford University Press, New York 2008.
- Günther Jakobs: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Walter de Gruyter, Berlin 1983.
- Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Dunckler & Humblot, Berlin 1996.
- Hector Olasolo: Unlawful attacks in combat situations: from the ICTY's case law to the Rome statute. Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2008.
- Human Rights Watch: Genocide, war crimes and crimes against humanity – a topical digest of the case law of the International criminal tribunal for the

- former Yugoslavia, 2006, <[www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22538,4565c25f443,44c9ed244,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/topic/4565c22538,4565c25f443,44c9ed244,0.html)> (8. 1. 2012).
- Ivo Josipović, Davor Krapac, Petar Novoselec: Stalni mednarodni kazneni sud. Narodne novine, Zagreb 2001.
- Jens David Ohlin: The bounds of necessity, v: *Journal of International Criminal Justice*, (2008) 2, str. 289–308.
- Joecks Wolfgang, Klaus Miebach: Münchner Kommentar Strafgesetzbuchs, Nebenrecht III, Völkerstrafgesetzbuch. Verlag C. H., München 2009.
- John C. Smith: *Smith & Hogan Criminal Law*. 10th ed., Buttersworth Lexis Nexis, London 2002.
- Jordan J. Paust: My Lai and Vietnam: norms, myths and leader responsibility, v: *Military Law Review*, (1972) 57, str. 99–187.
- Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*. 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 2004.
- Kai Ambos: General principles of criminal law in the Rome statute, v: *Criminal Law Forum*, (1999a) 1, str. 1–32.
- Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*. 2. Auflage, Verlag C H Beck, München 2008.
- Kai Ambos: Remarks on the general part of international criminal law, v: *Journal of International Criminal Justice*, (2006) 4, str. 660–673.
- Kai Ambos: Zur Bekämpfung der Makrokriminalität durch eine supranationale Strafgerichtsbarkeit – historische Hintergründe und erste Urteile, v: Lüdersen, K.: *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 1998, str. 377–412.
- Kai Ambos: Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs, eine Analyse des Rom-Statuts, v: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (1999b) 1, str. 175–211.
- Koji Kudo: *Command responsibility and the defense of superior order*, the thesis submitted for the degree of doctor of philosophy at the university of Leicester, University of Leicester 2007.
- Kristian Kühnl: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. Auflage, Verlag Vahlen, München 2005.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Katja Filipčič, Matjaž Ambrož: *Kazensko pravo, splošni del*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Katja Filipčič, Vid Jakulin: *Kazensko pravo, splošni del*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2003.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih: *Kazensko pravo, splošni del*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996.

- Marcus Korte: *Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund, die Wirkung des Befehls im Deutschen Recht und im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2004.
- Matjaž Ambrož: *A need for differentiation between justification and excuse in international criminal law*, v: Kruesmann, T.: *ICTY – fair trial?*. Neuer Wissenschaftlicher Verlag; Antwerpen 2008.
- Matthias Neuner: *National legislation incorporating international crimes: approaches of civil and common law countries*. Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin 2003.
- Nash Susan, Ilias Bantekas: *International criminal law*. 3rd ed., Routledge Cavendish, London 2007.
- Natalia M. Restivo: *Defense of superior orders in international criminal law as portrayed in three trials: Eichmann, Calley and England*, Cornell law school graduate student papers, 2006 <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lps_papers> (19. 1. 2012)
- Otto Lagodny: *Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes*, v: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (2001) 1, str. 800–826.
- Otto Triffterer, Christian Rosbaud, Hubert Hinterhofer: *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 1. knjiga, Lexis Nexis, Dunaj 2009.
- Otto Triffterer: *Commentary on the Rome statute of the International criminal law: observers' notes, article by article*. 2nd ed., C. H. Beck, Hart, Nomos, München 2008.
- Petar Novoselec: *Opći dio kaznenog prava*. 2. izdaja, Sveučilišna tiskara, Zagreb 2007.
- Peter Rowe: *Duress as a defense to war crimes after Erdemović: a laboratory for a permanent court?*, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* 1998, str. 210–228.
- Reinhard Merkel: *Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht*, v: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (2002) 2, str. 437–454.
- Satzger Helmut: *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2009.
- Scaliotti Massimo: *Defenses before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility, part 1*, v: *International Criminal Law Review*, (2001) 1, str. 111–172.
- Schabas William: *Genocide in international law; the crime of crimes*. 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge 2009.

- Suzannah Linton, Caitlin Reiger: The evolving jurisprudence and practice of East Timor's special panels for serious crimes on admission of guilt, duress and superior orders, v: *Yearbook of International Humanitarian Law* 2001, str. 167–212.
- Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals: The High Command case, Hostages case, 11. knjiga, <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals: The Flick case, 6. knjiga, <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals: The Einsatzgruppen case, the Rusha case, 4. knjiga, <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- Trials of war criminals before the Nuremberg military tribunals: IG Farben case, 8. knjiga, <www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- Trials of war criminals before the Nuremberg military tribunals: The Krupp case, 9. knjiga, <www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html> (13. 7. 2011).
- UN war crimes commission (1949): Law reports of trials of war criminals, digest of laws and cases, 15. knjiga, HMSO, London.
- Valerie Epps: The soldier's obligation to die when ordered to shoot civilians or face death himself, v: *New England Law Review*, (2002–03) 4, str. 987–1013.
- Vasilka Sancin, Dominika Švarc, Matjaž Ambrož: *Mednarodno pravo oboroženih spopadov. Poveljstvo za doktrino, razvoj, izobraževanje*, Ljubljana 2009.
- Way R. LaFave, Austin W. Scott: *Substantive criminal law*. 1. knjiga, West Publishing, Minnesota 1996.
- Wolfgang Joecks, Miebach Klaus (2003): *Münchener Kommentar: Strafgesetzbuch §§ 1–51*. 1. knjiga, Verlag C. H., München. (Münchener Kommentar §§ 1–51)
- Yoram Dinstein, Mala Tabory: *War crimes in international law*. Martinus Nijhoff Publishers, Haag 1996.
- Yoram Dinstein: *International criminal law*, v: *Israel Law Review*, (1985) 2-3, str. 206–242.
- Yoram Dinstein: *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge University Press, Cambridge 2004.

THE DEFENCE OF DURESS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Sabina Zgaga,

*PhD, Assistant Professor for Criminal Law, Faculty of Criminal Justice
and Security, University of Maribor*

Duress is a defence, which covers cases where the perpetrator fulfils definition of a criminal act in order to divert from him or another person a threat. This threat is diverted towards a third, innocent person. Duress has a similar structure to necessity, but is its *lex specialis*, because it deals with a threat, which is a narrower term than the more general danger with necessity, since the source of a direct threat can only be a human. But the basic structure is the same, that is why in civil law systems the rules of (all forms or just the excusable) necessity apply also to duress. On the other hand the common law systems consider duress a central and independent defence, which was also acknowledged much earlier than the more general necessity and which has consequently a completely separate regulation.

Duress was regulated for the first time in international criminal law in the Rome Statute. The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia's (ICTY) Statute did not regulate it, but it was mentioned in the Report of the secretary general in connection to superior order and was therefore also applied in connection to this defence. However, ICTY can take into consideration also general principles, derived from world legal systems. The Nuremberg Statute also did not regulate duress, therefore it was again mostly applied in connection to superior order.

The mentioned tribunals have not analysed individual conditions of this defence in a detailed manner. Contrary, certain conditions are analysed very sporadic and unsystematically. The conditions of duress in the Rome Statute are coherent with the case-law of previous international criminal court, except in regard to the quantitative relationship between the threat and its diversion. Namely, according to the Rome Statute, a person shall not be criminally re-

sponsible if, at the time of that person's conduct the conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the ICC has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, made by other persons, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided.

According to the Rome Statute it is therefore not important, what kind of threat the perpetrator actually causes, but the content of his intent. The perpetrator should not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. The other two international tribunals have not accepted a subjective, but an objective relation between the harm done and the harm threatened. In my opinion is the subjective condition from the Rome Statute completely incomprehensible and useless and prevents a clear answer to the questions, which element of a criminal act is excluded by this defence, what is its influence on the criminal act.

As for the influence of duress on the existence of a criminal act, it must first be established that the international criminal law unfortunately does not differentiate between the justifications and excuses. Most of the statutes and case-law does not even recognise all possible defences, but are mostly left to be applied on the basis of the general principles, derived from national legal systems. Therefore, also the effects of defences are not defined appropriately. It has always been more important, whether a certain defence is a complete defence or not.

The Nuremberg tribunal for example applied different terms in a very unsystematical and sporadic manner, which leads us to the conclusion that this tribunal did not differentiate between justification and excuse.

The ICTY has not dealt much with this question either. In its main duress case the trial and appellate chamber discussed only the question, whether the duress is a complete defence or not. Based on its case-law it is impossible to reach the conclusion that the tribunal differentiates between justification and excuses.

Article 31 of the Rome Statute, which is central for the discussion of defences in the system of the Rome Statute and ICC, is titled »grounds for excluding criminal responsibility«. This is a general term, which should cover most of the relevant substantive criminal law elements, which exclude elements of a criminal act and consequently the criminal act itself. Article 31 regulates defences, which are typical justifications (for example self-defence), as well as defences, which traditionally influence the existence of guilt (for example mental inca-

capacity). According to this also the Rome Statute does not differentiate between justification and excuse and does not give specific defences their specific effect.

Notwithstanding, it is clear that duress is a complete defence. From the comparative point of view it is mostly regulated as an excuse, however, in connection to duress the Rome Statute uses the term that the perpetrator is not criminally responsible, which means that there is no criminal act, but there is no implication, which element of a criminal act is excluded. Consequently, it is not possible to conclude directly, which element of a criminal act is in fact excluded. This question could be answered indirectly from the relation between the harm, which threatened, and the harm, which was caused, as it has been defined. Namely, according to the civil law systems it stands that if the perpetrator caused lesser evil than the one sought to be avoided, we could be dealing with a justifiable necessity or a justification. And on the other hand, if the evils are the same, we are dealing utmost with the excusable perpetrator.

According to the prevalent opinion the relation between the harms in the Rome Statute represents a (very unsuccessful) compromise between justification and excuse, which makes it impossible to use the theory of differentiation between the justifiable and excusable necessity. If the drafters had used the objective condition, according to which the perpetrator should cause harm lesser than the one sought to be avoided or equal, it would have meant a certain type of necessity according to the defined relation (justifiable if the caused harm is lesser than the one that threatened and excusable, if the harms are equal). In any case, it would be obvious, with which type of necessity we are dealing with. Now, however, a more specific effect of duress cannot be defined.

One element of distinction between justification and excuse could also be in differentiation that justification focuses on the choice of lesser evil and the excuse necessity on the acknowledgement of a weakness of human personality and the pressure, under which the criminal act was committed. In the Rome Statute the emphasis is on the threat towards the perpetrator and on the pressure. Also, duress is in the centre of attention of this provision and not necessity. Duress is an excuse also according to the prevalent case-law of the international criminal law. Therefore, it is safe to assume that article 31/I-d of the Rome Statute introduces an excuse.

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 343.144

TRATNIK ZAGORAC, Andreja: Kritičen pogled na pogajanja o priznanju krivde**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 1-2**

Pogajanja o priznanju krivde so procesni institut, ki je bil nedavno uveden tudi v slovenski kazenski postopek. Njegova temeljna značilnost je, da tožilec obdolžencu v zameno za priznanje krivde ponudi nižjo kazen (kot bi jo bil deležen obdolženec v kazenskem postopku). Obdolženec pa se v zameno za nižjo kazen odpove pravici do sojenja z vsemi procesnimi jamstvi. Avtorica v prispevku osvetli ta institut z različnih zornih kotov. V prvem delu predstavi prednosti, ki jih prinaša reševanje kazenskih zadev s priznanjem krivde za posamezne udeležence kazenskega postopka: tak način reševanja kazenskih zadev prinaša koristi tako tožilcu (ker je učinkovit, ekonomičen in povečuje uspešnost pregona) in obrambi (zaradi nižje kazni in izogiba stigmatizaciji) kot tudi sodišču (skrajšanje postopkov občutno razbremeni sodišče) in celo širši javnosti, vključno z žrtvami kazenskega postopka (ker zagotavlja obsodbo storilca kaznivega dejanja v kratkem času). V drugem delu pa avtorica predstavi kritike zgolj utilitarističnega pogleda na pogajanja o priznanju krivde. Pogajanja o priznanju krivde so gotovo institut, ki pomembno spreminja dinamiko kazenskega postopka (o krivdi in kazni se pogaja, in ne več sodi, tožilec in obramba pri tem sodelujeta, tožilec pa delno prevzame že funkcijo sojenja) in lahko celo spodkoplje nekatere temeljne postulate pravičnega in poštenega postopka (zlasti če tožilci in odvetniki uporabljajo sporne prakse, kot kažejo izkušnje iz ZDA), zaradi česar se lahko dodatno zmanjša tudi zaupanje javnosti v kazenski pravosodni sistem. Avtorica sklene, da se je treba vseh potencialnih nevarnosti, ki jih vnašajo pogajanja o priznanju krivde v kazenski postopek, dobro zavedati, kajti ozaveščanje je prvi pogoj za preprečitev takih odklonov v praksi.

Original Scientific Article

UDC: 343.144

TRATNIK ZAGORAC, Andreja: Plea Bargaining – A Critical View

Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 1-2

Plea bargaining has been recently introduced into Slovenian criminal procedure. Its main feature is that the defendant is offered a milder sentence in exchange for guilty plea. By pleading guilty he also waives his right to trial with all procedural guarantees. In the article the author presents plea bargaining from different perspectives. In the first part the advantages of solving criminal cases with plea bargaining are presented. It can be argued that prosecution (because of the efficiency of plea bargaining) and defense (because of the milder sentence and avoidance of stigma) as well as public and victims (because of the certainty and promptness of the conviction) benefit from plea bargaining. In the second part of the article the possible negative consequences of plea bargaining are presented. Not only that the dynamic of criminal process is changed (guilt and sentence are determined by bargaining and not by judging, the defense and prosecution cooperate, and the prosecutor partially takes over judicial role), but may even infringe some fundamental postulates of fair trial (even more so if the defense and prosecution resort to some highly controversial tactics as one can learn from the US experience). This can lead to even further decrease of public trust in judicial system. The author concludes that in order to avoid such deviations in practice we have to be aware of possible flaws of plea bargaining.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 336.225.6(497.4)

PODLIPNIK, Jernej: Izključnost listin kot dokazil v davčnem postopku – med teorijo in prakso

Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 1-2

V članku avtor obravnava dokazna sredstva, ki so po slovenski zakonodaji dopustna za dokazovanje dejstev v davčnih postopkih. Avtor primerja stališča teorije in (upravne ter upravno-sodne) prakse ter ugotovi, da si nasprotujejo. Medtem ko teorija zagovarja, da je dejstva dopustno dokazovati z vsemi dokaznimi sredstvi, ki so ustrezna in primerna, pa se v upravni praksi upoštevajo le listinski dokazi. Avtor se strinja s teorijo in kritično oceni stališče upravne prakse, ki jo podpira tudi sodna praksa. Poudari tudi, da se pravila, ki določajo, da lahko davčni zavezanci uveljavljajo določene pravice le, če predložijo listino, pogosto zamenjujejo z dokaznimi pravili. To napačno razumevanje je glavni razlog za napačno razlago dokaznih pravil.

Original Scientific Article

UDC: 336.225.6(497.4)

PODLIPNIK, Jernej: Exclusiveness of Documents as Means of Evidence in Tax Procedure – Between Theory and Practise

Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 1-2

In this article the author discusses which means of evidence can be used according to Slovenian legislation to prove facts in tax procedures. The author compares theoretical views with administrative practice and jurisprudence views and ascertains that they are different. The theory believes that facts can be proven by any evidence that is adequate and appropriate, but in administrative practice only written documentation is accepted. The author agrees with the theory and criticizes the administrative practice which is supported by jurisprudence. He also stresses that the legislation which states taxpayers can exercise their rights only if they present certain documents, is often confused with the evidence legislation. This misunderstanding is the main reason for misinterpretation of the evidential rules.

Pregledni znanstveni članek UDK: 343:[349.6+343.533+343.56]:061.1EU

REPAS, Martina, KNEZ, Rajko, HOJNIK, Janja: Skupna politika kazenskih pregonov EU – pilotski primeri varstva okolja, intelektualne lastnine in iger na srečo

Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 1-2

Čeprav je Lizbonska pogodba z odpravo tritebrne strukture EU pravosodno in policijsko sodelovanje v kazenskih zadevah prenesla v okvire nadnacionalnega prava, ima EU tudi mimo poglavja Pogodbe o delovanju EU o sodelovanju v kazenskih zadevah znatne možnosti poseganja v pristojnosti držav članic, kar zadeva določanje politike kazenskega pregona. Gre za implicitne pristojnosti, ki jih je imela EU že več let pred Lizbonsko pogodbo in na katere se EU sklicuje takrat, ko je kazenski pregon kršiteljev potreben za učinkovito izvajanje materialnega prava EU. Članek obravnava tri takšna področja – pravo varstva okolja v EU, pravice intelektualne lastnine v EU in pravila glede čezmejnega igranja na srečo v EU, na katerih prihaja do posega v pristojnosti držav članic na področju določanja kazenskega pregona, in to mimo novega poglavja o kazenskem sodelovanju.

Review Article

UDC: 343:[349.6+343.533+343.56]:061.1EU

REPAS, Martina, KNEZ, Rajko, HOJNIK, Janja: Common EU Policy on Criminal Prosecution – Pilot Examples of Environmental Protection, Intellectual Property and Games of Chance

Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 1-2

Despite the fact that the Lisbon Treaty removed three-pillar structure of the EU and thereby transferred judicial and police cooperation in criminal matters within the ambits of supranational law, EU has considerable possibilities to intervene in the Member States' competences for determination of criminal prosecution regardless of the Treaty on Functioning of the EU chapter on cooperation in criminal matters. These are so-called implicit powers that were assigned to the EU several years before the Lisbon Treaty and which the EU claims whenever determination of criminal prosecution is needed for effective implementation of substantive EU law. This article deals with three areas of law where such interference with the Member States' competence for determination of criminal prosecution takes place by way of circumvention of the new chapter on cooperation in criminal matters – i.e. environmental protection law in the EU, intellectual property rights in the EU and rules on cross-border gambling in the EU.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 341.4:343.226

ZGAGA, Sabina: Institut sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu
Pravnik, Ljubljana, 2013, let. 68 (130), št. 1-2

Na institut sile in grožnje se storilec dejanja lahko sklicuje, ko oseba nad njim izvaja silo, ki pa se ji je mogoče fizično upreti (torej ni absolutna), a je zaradi nje in pod njenim vplivom izvršil dejanje, ki izpolnjuje vse zakonske znake kaznivega dejanja, in grožnjo. Grožnja pomeni psihično prisilo, saj tretja oseba storilcu pove, kaj ga čaka, če ne bo izvršil dejanja z znaki kaznivega dejanja, obe pa tretja oseba izvaja nad storilcem s posebnim namenom neposredno prisiliti storilca, da bi izvršil tako dejanje. V članku predstavim ureditev sile in grožnje v mednarodnem kazenskem pravu. V uvodnem delu predstavim ureditev elementov sile in grožnje, kakor je razvidna iz ureditve v Rimskem statutu, statutu ter sodni praksi Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) in statutu ter sodni praksi Nurnberškega sodišča. V nadaljevanju pa skušam ugotoviti, kakšen je vpliv sile in grožnje na obstoj kaznivega dejanja v mednarodnem kazenskem pravu.

Review Article

UDC: 341.4:343.226

ZGAGA, Sabina: The Defence of Duress in International Criminal Law

Pravnik, Ljubljana, 2013, Vol. 68 (130), No. 1-2

Duress is a defence in substantive criminal law. The defendant claims that he was exposed to a force or threat of force, because of which he committed the crime. The force is not *vis absoluta*, which means that it could have been possible to resist it, but it still had such an influence on the perpetrator. Threat is a mental force. The perpetrator is namely told, which negative consequences await him, if he does not commit the criminal act. The article focuses on the regulation of duress in international criminal law. In introductory part the regulation of its elements is analysed, as they can be interpreted from the Rome Statute, Statute and case-law of International Tribunal for the Former Yugoslavia and Statute and case-law of the Nuremberg Tribunal. In its conclusion the article discusses the effect of duress on the existence of criminal act in international criminal law.

NAVODILA ZA AVTORJE

1.

Pravnik praviloma objavlja le dela, ki še **niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo** drugemu časopisu. Če pisec že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v *Pravniku*, mora sporočiti, kje je bil sestavek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če pisec v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral in/ali izvajal že v kakšnem svojem drugem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega v *Pravniku* objavljenega članka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem (širše) že pisal v članku, ki je bil objavljen v reviji *Pravnik*. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska naloga, diplomska, magistrska ali doktorska naloga, poglavje v kakem drugem, morda še ne objavljenem knjižnem delu ipd.), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti.

Primer: Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom *Hitri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2008 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

2.

Prispevki naj bodo poslani po katerem od elektronskih medijev ali e-pošti (Pravnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

Primer: **Janez Novak**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, svetovalec uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Prispevke razvršča v rubrike revije uredniški odbor, če pa avtor želi, da se njegov sestavek uvrsti v določeno rubriko, naj to posebej navede. Pri člankih mora pripraviti **sinopsis v slovenščini in angleščini (vključno s prevodom naslova) ter ključne besede v obeh jezikih zaradi spletnega iskalnika**. Sinopsis naj obsega največ 15 vrstic. Najprej naj bosta navedena priimek (v celoti z velikimi črkami) in ime pisca, nato pa naslov članka in označba revije.

Primer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva v ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, če želi, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

Pravnik objavlja prispevke tudi v tujih jezikih (angleščina, francoščina, nemščina, italijanščina, hrvaščina, srbsščina; v latinici), kadar je za to poseben razlog, ki ga avtor sporoči uredništvu, in ga uredništvo na tej podlagi sprejme v objavo. Besedilo mora biti v takem primeru prav tako jezikovno neoporečno, saj lekture besedila v tujem jeziku uredništvo ne opravlja, mora pa avtor pripraviti poleg krajših povzetkov v slovenščini in angleščini iz prvega odstavka te točke navodil tudi daljši povzetek v slovenskem jeziku, v dolžini približno 6.000 do 10.000 znakov. V posamezni številki ne bo objavljen več kot en članek v tujem jeziku.

4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovo revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotnih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

V neposredno sledečih sprotnih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 56.«

Če je isti pisec naveden z več deli, se dopiše leto, v katerem je bilo delo objavljeno.

Primer: J. Novak, nav. delo (2005), str. 55.

Če je na koncu prispevka seznam uporabljenih virov, pri spletnih straneh ni treba pisati datuma zadnjega ogleda (ker je ta podatek v seznamu literature).

Opombne številke se pišejo za ločili. Sprotne opombe se končajo s končnim ločilom.

6.

Če prispevku ni priložen seznam uporabljenih virov, se navedejo popolni bibliografski podatki (glej 7. točko) samo v tisti opombi, kjer se delo prvič pojavi, pozneje pa se navedejo samo ime in priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

- **pri knjigah:** ime in priimek pisca, naslov knjige (pri večkratnih izdajah tudi označbo številke izdaje), morebitnega prevajalca in praviloma založbo ter kraj in leto izdaje.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje Anglišta, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih redaktorjev, z označbo, če gre za redaktorje oziroma urednike (ur.).

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Kovač, Darja, Kocmut, Luka, in Golob, Mitja: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Če so avtorji oziroma redaktorji več kot trije, zadošča navedba priimka in imena prvega navedenega ob zbirki, zborniku ali knjigi, nato pa navedba »in drugi«

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Kovač, Darja, in drugi: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **pri člankih iz revij:** ime in priimek pisca, naslov članka in naslov revije z navedbo letnika, leta izdaje in številke ter strani navedenega članka.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Pravniki, 125 (2008) 5-8, str. 202–233; številke pomenijo: letnik 125 (leto izdaje 2008), številka revije 5–8.

- **pri spletnih straneh:** simbol < pred in simbol > za imenom spletne strani, brez hiperpovezave in z datumom – mesec se tu zapisuje s številko – v oklepaju.

Primer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Če se članek sklicuje na **zakonski ali drug pravni predpis**, se ta prvič navede s polnim naslovom že v besedilu z uradno kratico v oklepaju.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Zakonu o prekrških (ZP-1).

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Pravilniku o organizacijski strukturi prekrškovnih organov (v nadaljevanju: Pravilnik).

Hkrati se v **sprotni opombi navede številka uradnega lista**, v katerem je bil citirani akt objavljen.

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

Sodne odločbe je treba citirati tako, kot jih označuje sodišče, ki jih je izdalo.

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

odločba US RS, št. U-I-23/2008 z dne 5. junija 2008.

10.

Avtor mora – ob vsaki prvi objavi – **uredništvu poslati:**

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji Pravniki (npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v dveh izvodih, enega teh pa naj podpisane čim prej vrne uredništvu.

Sodelavce revije prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.

Prispevke za objavo v reviji pošljite na naslov:
GV Založba, Likozarjeva ulica 3, 1000 Ljubljana ali
pravnik@revija-pravnik.si

Za uredniški odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić



Pravnik

Pravnik letnik 68 (130)

številka 1-2/2013