



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

9 | 2009

Argumentiranje v pravni državi

Vsebina in postopek v kazenskem pravu

Boštjan M. Zupančič, *The Owl of Minerva. Essays on Human Rights* (2008)

Substance and Procedure in the Criminal Law

Luís Duarte d'Almeida

Translator: Jan Jeram



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/574>

DOI: 10.4000/revus.574

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 janvier 2009

Number of pages: 147-156

ISSN: 1581-7652

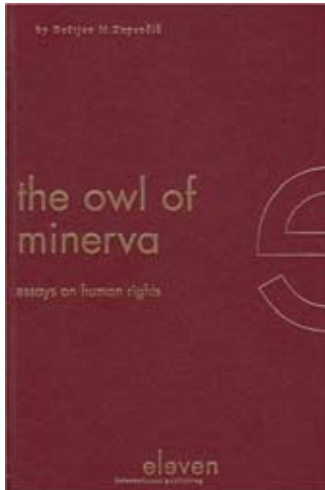
Electronic reference

Luís Duarte d'Almeida, « Vsebina in postopek v kazenskem pravu », *Revus* [Spletna izdaja], 9 | 2009,
Datum spletne objave: 21 mai 2013, ogled: 22 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/574> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revus.574>

All rights reserved

Luís Duarte d'Almeida

Vsebina in postopek v kazenskem pravu



Boštjan M. Zupančič (avtor),
Nandini Shah (ur.)

The Owl of Minerva. Essays on Human Rights
Utrecht: Eleven International Publishing, 2008

Kljub temu, da jih avtor nikjer izrecno ne omenja kot takšnih, kot glavne trditve nedavnega dela Boštjana M. Zupančiča *Minervina sova – eseji o človekovih pravicah* štejem naslednje:¹

- (T1) »Razsojanje«, razumljeno kot »obvezen, pravni in javni način reševanja sporov«, je »storitev, ki jo nudi država,« in hkrati »bistvo prava« (str. 26–27).
- (T2) »Pri [nepristranskem] razsojanju ima po naravi stvari rešitev spora prednost pred iskanjem resnice« (str. 169).
- (T3) »Če naj kazenski postopek zagotavlja legitimnost, mora biti oblikovan po vzoru racionalnega, nepristranskega razsojanja« (str. 150).

V nadaljevanju bom prikazal pregled Zupančičevih argumentov v podporo zgornjim trditvam in jih kratko komentiral.² Ob tem bom zagovarjal stališče, da omenjene trditve, ki sicer v natančno določenih primerih lahko držijo, nimajo takšnega dosega ali posledic, kot se jim pripisujejo v knjigi.

1

Argument za (T1) je utemeljen na trditvah o »nastanku države« (str. 8). Glavni oris argumenta je naslednji. »V Hobbesovem osnovnem stanju anarhije, tj. vojne vseh proti vsem oziroma *bellum omnium contra omnes*,« je »prva zapoved« države, da »se mora vojna vseh proti vsem končati« (str. 394). Za »nastanek države« lahko rečemo, da

¹ Tu uporabljam neposredne navedke; na vseh mestih se, če ni drugače pojasnjeno, številke strani v oklepajih nanašajo na recenzirano knjigo.

² V tej recenziji se ukvarjam izključno s problematiko, obravnavano v prvih dveh delih knjige: Boštjan M. Zupančič, *The Owl of Minerva. Essays on Human Rights*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008. Tretjega (in hkrati zadnjega) dela knjige, ki je posvečen temi človekovih pravic v kontekstu mednarodnega prava in obsega približno 80 strani (od skupno 448), ne obravnavam.

se zgodi v »dveh namišljenih stopnjah«: »Na prvi stopnji najvišja oblast [...] zagotovi mir«; ker pa je »bistvo tega miru brezpogojna prepoved zasebnega zatekanja k orožju in spopadu«, mora država »na drugi stopnji« »ponuditi nadomestno možnost reševanja sporov« (str. 18). »V središču prehoda iz neomejenega naravnega nasilja v »pravo in red« ter zatem v »vladavino prava« je razsojanje (str. 25). Razsojanje, kot obvezen, pravni in javni način reševanja sporov, je »storitev, ki jo nudi država«; je služba, ki jo mora država »ponuditi nemudoma«, »ko ji uspe ustaviti Hobbesovo vojno« (str. 27). Razsojanje je nato »nadomestek telesnega obračunavanja« (str. 110), »nadomestek sile in nasilja« (str. 23), »je glavni nadomestek za uporabo moči in sile« (str. 281). Sam pojem razsojanja ima »v bistvu smisel samo kot nadomestek za uporabo sile« (str. 281). »Zatorej,« pravi Zupančič, »je razsojanje bistvo prava« (str. 25).

Preučimo dve različni Zupančičevi trditvi, ki sta obe povezani s (T1) in ki ju bomo označili kot njeni podtezi:

(T1a) »Kopičenje vsebinskih meril«, kot »predhodnikov današnjega materialnega prava«, »je bilo evolucijsko gledano nadaljevanje osnovne družbene potrebe po razsojanju« (str. 38).

(T1b) »Vsebinska merila ter posledično pravičnost in morala so podrejeni postopkovnemu reševanju spora« (str. 43).

Podobno kot (T1) je tudi (T1a) prikazana kot rezultat razmisleka o tem, »kar se je zgodovinsko in razvojno zgodilo« (str. 36). »Filogenetsko« je do »[same] vzpostavitve pravnega sistema kot nadomestnega načina reševanja sporov, ki ga ponuja država, verjetno prišlo v dveh stopnjah« (str. 36). V prvi, »postopkovni fazi uvajanja vladavine prava« (str. 36) je bil smisel razsojanja v »premetitvi zasebnega nasilja v javni forum« (str. 39). Država na tej stopnji »ni mogla ponuditi razčlenjene množice vsebinskih meril (pravičnosti) za razrešitev vseh sporov«; »lahko pa je vseeno ponudila postopkovni forum«, »pred katerim so stranke lahko ubesedile svoje stiske«, »preden je bila odločitev o sporu sprejeta« (str. 36). »Ti obvezni in prvotni postopki« »so ustvarili potrebo po vsebinskih merilih (načelih, doktrinah, pravilih)« (str. 39–40). Šele po »nekaj sto letih« pa se je »nabralo dovolj pravnih odločitev, da so se lahko oblikovali ustaljeni odgovori na običajna nesoglasja«

(str. 36). Tako je, trdi Zupančič, »nastalo in raslo materialno pravo« (str. 36). »Bistveno je«, da je bil »prvi in naraven izvor« materialnega prava »prvotni nastanek postopkovnega okvira« (str. 37); drugače povedano je bistveno to, da so se »vsebinska merila pravičnosti«, ki jih danes predvsem »pojmujemo kot 'pravo', »razvila naknadno« (str. 36): »začela so se množiti in razlikovati v toku nenehnega razsojanja« (str. 40). Danes tako »predstavljajo sodne izkušnje, ki so si jih nabrali rodovi sodnikov in pravnikov« in ki so bile sčasoma potrjene v zakonitvah po letu 1789 (str. 41).

Ali (T1b) izhaja iz (T1a)? Zupančič pravi, da izhaja (glej str. 43). Sam predlagam, da ni tako. (T1a) ni pojmovna trditev: prej kaže, da gre za trditev ali hipotezo o zgodovinskih dejstvih. V (T1a) gre izrecno za to, »kar se je zgodovinsko in razvojno zgodilo« (str. 36); gre za »zgodovinsko evolucijo« (str. 38) sklopov materialnopravnih standardov. Trditev ne pove ničesar o »pravičnosti in moralni«, na kateri se sklicuje (T1b). V nasprotju s spodnjim Zupančičevim zatrjevanjem trditev tudi ne pove ničesar o »etiki, odkritosti« ali »procesni poštenosti«:

Vsebinska merila »pravičnosti« so se oblikovala šele kasneje skozi to prvotno postopkovno prakso. Plast za zgodovinsko plastjo so te naknadne, etične usedline ustvarile utvaro, ki jo podpirata tudi kultura in civilizacija, da pravo ne vsebuje samo postopkovne pravičnosti, temveč da je prvotno sestavljeno iz dejanske naknadnega in izvedenega: vsebinske pravičnosti, etike, odkritosti, vsebinske poštenosti (str. 154).

Bodisi da je res ali ne, da se je »materialno pravo« zgodovinsko razvilo na način, predlagan v (T1a), pa iz tega ne izhaja, da gre pri današnjem pravu »zgolj za postopkovno pravičnost«, ne pa tudi za vsebinska merila odločanja. Hkrati to tudi ne pomeni, da vsebinska merila za današnje pravo niso prvenstvenega pomena.

V tem pogledu je lahko pomembno tudi razlikovanje med vsebinskimi merili pravičnosti in *splošnimi* vsebinskimi merili pravičnosti. Reševanje spora z razsojanjem ne temelji pojmovno na uporabi vnaprej določenih splošnih meril za odločanje. Zahteva pa uporabo neke vrste vsebinskih meril. Zupančič občasno pripomni, da že samo dejanje sojenja predpostavlja »referenčna

merila in sisteme« (str. 43) in seveda tudi pojem pravice (glej str. xiii, 25, 400). Kadar torej Zupančič (ko razlikuje med »sojenjem kot logičnim postopkom in razsojanjem kot družbenim postopkom«, str. 41) zatrjuje naslednje:

Čisto v smislu formalne logike in pravnega silogizma se zdi nesmiselno govoriti o sojenju (spodnja premisa) kot o prvotnem in o merilih za odločitve (zgornja premisa) kot o naknadnem in izvedenem. Kljub temu se je zgodovinsko in razvojno gledano zgodilo natanko tako, saj se je razsojanje [...] utelesilo kot naravno orodje družbenega miru in ustaljenosti, preden se je pojavil pojem »pravičnosti« (str. 36–37);

ali naslednje:

Ko govorimo o sojenju [...] nemudoma pomislimo na logični silogizem in na vsebinska merila za odločanje. [...] Ko nato preslikamo ta miselni postopek na razsojanje kot družbeni postopek za reševanje sporov, pridemo do popolnoma napačnega vtisa, da se je tudi razsojanje kot družbeni postopek moralo začeti z obstoječimi vsebinskimi merili (pravnimi pravili). Upoštevaajoč zgodovinski razvoj [...] je resnica ravno nasprotna (str. 38);

gotovo ne misli, da je (ali da je kadar koli bilo) »razsojanje kot družbeni postopek« možno brez vsakršnih »vsebinskih meril« ali »kakršnega koli pojmovanja »pravičnosti««. Gotovo s tem misli le, da pred začetkom reševanja sporov z javnim razsojanjem ni bilo oblikovanih splošno uporabnih vsebinskih meril.³ (T1b) je torej napačna, če jo

razumemo tako, kot naj bi jo, in sicer kot splošno, pojmovno trditev o odnosu med vsebinskimi merili in razsojanjem v nekem pravnem sistemu. (T1b) pa je napačna tudi (oziroma vsaj ne v knjigi utemeljena), če jo razumemo zgolj kot pogojno trditev o odnosu med *splošnimi* vsebinskimi merili in reševanjem sporov z razsojanjem v *katerem* koli pravnem sistemu. Zupančič *ne* »pokaže, da je prva in prvenstvena naloga katerega koli ustavnega in pravnega sistema reševanje sporov, ne pa, kot se pogosto domneva, ohranjanje vrednot, kot sta morala in pravičnost« (str. 14).

2

Prejšnja misel je povezana z drugo Zupančičevo trditvijo. Preučimo naslednji navedek iz *Minervine sove*:

(T2*) »Pri razsojanju ima po naravi stvari rešitev spora prednost pred iskanjem resnice« (str. 169).

Oblika (T2*) se rahlo razlikuje od oblike (T2) zgoraj. Razlog za to bo jasen kmalu; za zdaj se osredotočimo na (T2*). Naj povzamem Zupančičeve argumente v podporo (T2). »Prvenstveni namen razsojanja je rešitev spora« (str. 60); nepristransko razsojanje zahteva, da je iskanje resnice zgolj »sredstvo« (str. 45) za rešitev spora. »[V] pravnem postopku [...] je resnica zgolj pripomoček postopka in ne obratno« (str. 60). Resnico »iščemo zgolj zato, da poravnamo spor med strankama«; »iskali jo bomo le v obsegu, za katerega stranki sami menita, da je v korist rešitve njunega spora« (str. 60). Spor je tisti, ki predstavlja »začetek in konec zadeve, ki mora biti rešena,« ter »osnovni *raison d'être* položaja« (str. 48).

Zdi se mi, da lahko skladno z Zupančičevim razlaganjem najdemo dva različna pomena, v katerih je iskanje resnice le pripomoček razsojanju. Na eni strani je iskanje resnice pomembno le toliko, kolikor se spor ohranja – »resnice ni nujno odkriti« (str. 148). »Če se stranki poravnata« ali pride do pomiritve (to se lahko zgodi »v vsakem trenutku«), »resnica postane nepomembna« (str. 148, 60). Na drugi strani nepristransko razsojanje (skupaj s postopkovno pravičnostjo in enakostjo orožij) zahteva pasivnost tistega, ki je zadolžen, da v sporu razsodi. Pogoj za nepristranskost je, da »razsodnik ostane pasiven in se ne vključuje v neodvisno iskanje resnice« (str. 77). On

3 Zmeda delno izvira iz dejstva, da Zupančič skozi celotno knjigo ni konsistenten pri uporabi besede »justice«. Ponekod »substantive justice« pomeni dejansko splošno materialno pravo: glej str. 8 (»substantive law«), 36 (»differentiated set of substantive criteria ('justice') for the resolution of all conflicts«), 38 (»pre-existent substantive criteria (legal rules)«), 40 (»substantive standards«); drugič se nanaša na kakršno koli neprisilno merilo za razsojanje (glej str. 25, 33); spet drugič se nanaša na sam sistem razsojanja (glej str. 89, 94); ali pa na »splošno« ali »abstraktno« »idejo«, ki ji danes »lahko pripišemo celo hkratni pomen transcendentalnosti« (str. 38, 40); na »charitable concern« (str. 37); na »logical consistency (justice)« (str. 400); »justice, right and wrong« najdemo tudi na str. 176. Tu naj bi to bile »laži«, ki jim podari »videz legitimnosti« vladavina prava.

ali ona se ne sme *dejavno* vključevati v raziskovalno zasledovanje resnice, saj »dejavno raziskovanje zahteva vsaj predhodno, izhodiščno mnenje«, »hipotezo« o tem, kaj se je zgodilo« (str. 82). Ta »hipoteza« po Zupančičevem mnenju nujno vodi v neke vrste pristranskost pri odločanju. O zadevi se mora zato odločati zgolj »na podlagi podatkov, ki jih predložijo stranke« (str. 76). Ker sta »nepristranskost in iskanje resnice nasprotujoča si cilja in ju ni mogoče doseči sočasno« in »če sta pojma rešitve spora in nepristranskosti v določenem pravnem sistemu cenjena, moramo iskanju resnice kot vrednoti vzeti nekaj veljave« (str. 169). »Iskanje resnice (raziskovanje) in nepristranskost (adversarnost) sta nezdružljiva« (str. 65).

Zupančič meni, da se medsebojna položaja iskanja resnice in razsojanja zrcalita v medsebojnih položajih materialnega in postopkovnega prava. »Resnica«, kot jo rabi Zupančič, pomeni »resnico, kot jo orisuje« materialno pravo (glej str. 42), predmet »iskanja resnice« pa so dejstva, opisana v pravilih materialnega prava. Resnica je »stvar« materialnega prava (glej str. 331 in str. 83, 103 in nasl., 115, 130, 139, 148). Za *nepristransko* razsojanje pa pravni postopek vendarle ne sme biti zasnovan kot »podrejen uveljavljanju vsebinskih pravil« (str. 46, 121): »v adversarnem sistemu je pomembna nepristranska razrešitev spora« (str. 331), ne pa ugotavljanje resnice.

Te trditve so v neposredni zvezi s (T1b), ki nastopa kot pogojujoči prvi člen v naslednji pogojni izjavi:

Če so vsebinska merila in posledično pravičnost in morala podrejeni postopkovnemu reševanju spora, [...] bo tudi iskanje resnice [...] podrejeno vlogi prava (str. 43).

Ta izjava je, kot je mogoče razumeti, mišljena tudi kot pojmovna trditev o tem, kaj »je« »prvenstvena« vloga prava. To jasno izhaja iz večkratnih Zupančičevih opazk o »celinskem pravnem izročilu«: celinsko izročilo »dojema pravni postopek kot popolnoma *podrejen* uveljavljanju vsebinskih pravil« (str. 46; glej tudi npr. str. 41–42, 121, 130, 170). Seveda to izročilo primerja z »anglosaškim«, v katerem »pravo ni nič več kot način reševanja sporov in njegov pripomoček« (str. 41). Ti izročili sta zakoreninjeni, pripomni Zupančič, v »dveh nasprotujočih temeljnih filozofijah« (str. 45). Vprašanje pa ni, katera je bolj zaželena. Za Zupančiča je vprašanje, *katera je resnična*.

Enostavno vprašanje na tem mestu je, katera izmed dveh filozofij je funkcionalno pravilna, katera ustreza pravnemu izročilu; z drugimi besedami, katera izmed obeh ustrezno opiše, kaj pravo v resnici počne (str. 46).

Zame je to težko razumljivo. Kako lahko ali »celinsko« ali »anglosaško« »pravno izročilo« ne »ustrezata pravnemu izročilu«? Zupančič zatrjuje, da je »temeljna razlika« med obema »izročiloma« »konec koncev« v »samostojni oziroma podrejeni vlogi razsojanja v splošnem pravnem postopku« (str. 41). Če to drži, potem je nujen sklep, da ne obstaja ena sama »resnična« vloga, ki bi jo moral pravni postopek igrati v pravnem sistemu – ne obstaja *eno* »resnično pravno izročilo«. Če priznamo, da je Zupančičeva označitev celinskega izročila kot izročila, v katerem je postopkovno pravo v osnovi »podrejeno« materialnemu pravu in iskanju resnice (ali od teh »odvisno«), upravičena, in razen če Zupančič ni pripravljen priznati (in to ni), da v celinskem izročilu nič takega, kot je razsojanje, *sploh* ne obstaja, potem moramo ugotoviti, da je (T2*) kot pojmovna trditev o razsojanju napačna.

Morda pa je (T2*) pravilna, če jo razumemo kot trditev o nujnem predpogoju za nepristranskost razsojanja? Nekateri zgoraj omenjeni argumenti v prid (T2*) kažejo na to možnost; poskusimo torej (T2*) rahlo preoblikovati, da bi jo prilagodili (edina sprememba je dodani pridevnik »nepristransko« v oglatih oklepajih):

(T2) »Pri [nepristranskem] razsojanju ima po naravi stvari rešitev spora prednost pred iskanjem resnice« (str. 169).

Takšna ubeseditve pomeni to, kar sem na začetku recenzije označil kot drugo Zupančičevo trditev. Iz povezave (T1) in (T2) sledi, da neki sistem ne more sočasno obravnavati iskanja resnice kot »prvenstvenega« (kot pravi Zupančič) *in* hkrati prestatiti preizkusa nepristranskosti. Zupančič se zavzema za takšen sklep. S tem utemeljuje svoje pogosto grajanje celinskih sistemov kazenskega postopka, katerih glavni cilj je ugotavljanje materialne resnice in v katerih je »kazenski postopek le sredstvo za doseganje tega cilja« (str. 42; glej tudi npr. str. 65, 110, 119, 121, 130, 167). V nadaljevanju bom kratko argumentiral, zakaj je takšen sklep napačen.

3

Strinjam se, da je glavni cilj celinskega kazenskega postopka iskanje resnice; to opažanje, če je predstavljeno kot izjava o tradicionalnem »čistem« modelu celinskega kazenskega postopka ali kot opomba o dejanskih »mešanih« celinskih pravnih sistemih (Zupančič jih ne obravnava v podrobnosti), ni niti izjemno niti v ničemer sporno. Kljub temu verjamem, da so dejanski celinski sistemi v resnici nepristranski v smislu, ki ga ima v mislih Zupančič. V vsakem primeru pa verjamem, da ni nikakršne temeljne nezdružljivosti med iskanjem resnice in zagotavljanjem pogojev za nepristransko razsojanje. Z drugimi besedami – nepristranskost ne povzroči, da iskanje resnice ne bi moglo biti glavni cilj sistema kazenskega postopka. To pomeni, kot bom predlagal, da je (T2) napačna, kolikor se nanaša na *kazensko* razsojanje.

Del problema leži v posebnostih kazenskega razsojanja, če ga primerjamo s civilnim. Pomembna lastnost (T2) je, da je predlagana kot teza, ki zadeva »bolj ali manj idealni model adversarnega, nepristranskega razsojanja« (str. 159). Druga pomembna lastnost je, da je ta model nepristranskega razsojanja model *zasebnega* spora in *civilnega* postopka (glej str. 48). A javni spori in še posebej kazenski spori so dokaj drugačni od zasebnih, in to Zupančič pogosto poudari. Pa je model nepristranskega razsojanja uporaben tako za razsojanje v kazenskih kot zasebnih sporih? Zupančič meni, da je. Tu pa ponavljam tisto, kar sem označil kot njegovo tretjo glavno trditev:

(T3) »Če naj kazenski postopek zagotavlja legitimnost, mora biti oblikovan po vzoru racionalnega, nepristranskega razsojanja.« (str. 150)

Kakšen je argument za (T3)? Večinoma temelji na pojmu »legitimnost«. Medtem ko je civilni spor »pristen«, je po Zupančičevem mnenju kazenski spor »umeten«. Zakaj? Po eni strani sama nezdružljivost obtoženčevih interesov z državnimi namerami še ne pomeni »spora« v pravem pomenu, saj spor »predpostavlja približno enakost moči« (str. 85) – in država »enostavno ne more biti 'v sporu' z nemočnim posameznikom« (str. 57). Po drugi strani lahko »cilje materialnega [kazenskega] prava« (str. 85) dosežemo tudi »brez vsakršne adversarnosti« (str. 44), brez »kakršnih koli po-

stopkovnih navodil ali omejitev« (str. 58) in celo »brez bodisi kazenskega prava bodisi postopka«, skladnega z zahtevami vladavine prava (str. 60, 176, 245). Takšen kazenski sistem bi bil seveda »nadvse učinkovit« (str. 58). A medtem ko »bi bilo takšno udejanjanje kazenskega prava učinkovito in hitro«, »bi ga ne mogli pojmovati kot nepristranskega, saj bi bil tisti, ki bi odločal o krivdi in kazni, hkrati tudi oseba, ki bi zatrjevala krivdo in zahtevala kazen« (str. 44). Bistveno je, da postopkovna pravila, ki zagotavljajo nepristranskost razsojanja v kazenski zadevi, zaživijo šele, ko »se postavi vprašanje, česa država pri iskanju resnice ne sme narediti« (str. 59); »pravna merila oziroma kazensko pravo postanejo pomembni šele, ko se zavemo, da kazen brez kazenskega prava je mogoča, medtem ko omejitve njene arbitrarnosti to niso« (str. 245). Zahteve nepristranskosti morajo biti nato »umetno postavljene«: »država sama« mora biti »postavljena na raven enako nemočne stranke v postopku«. Obe stranki, posameznik in država, morata biti pred sodiščem enaki: »ne more biti javnega prava [v nasprotju z golo silo, prikazano v modelu prava kot 'preprostih zapovedi'] brez stroge delitve oblasti« (str. 85).

Kot razumem, Zupančič vidi tri pomene, v katerih je kazenski spor »umeten« (ali »nepristen«, str. 44). Prvi pomen je bil ravnokar razložen: kazenski spor je »umetno ustvarjen« (str. 160) zato, da se zagotovi, da je kazenska odločitev zavezana zahtevam nepristranskosti. To je tisto, kar daje utemeljitev (T3): nepristranskost je zgolj potrebna lastnost za *legitimnost* kazenskih odločitev (medtem ko je v zasebnih, pristnih sporih nepristranskost pojmovni pogoj za to, da odločitev štejem za razsodbeno razrešitev zadeve). Kazenski spor je »umeten« tudi v pomenu, da kljub temu, da je ustvarjen oziroma »sprožen«, nikoli ne bo zares postal »pristno« adversaren: »samo dejstvo, da moramo imeti plačanega uradnika [državnega tožilca], ki spor ustvari,« pomeni, da postopek »ni zares akuzatoren, temveč je – v toliko, kolikor je tožilski predlog umeten – dejansko inkvizitor« (str. 162, 310). V tretjem pomenu je kazenski spor »nepristen«, ker je posnemajoč: kazenska adversarnost je »površinsko in umetno posnemanje pristne adversarnosti v postopkih zasebnih sporov« (str. 312); »izvori kazenskega prava po analogiji izhajajo iz reševanja zasebnih sporov« (str. 84, glej tudi npr. str. 44).

Tudi če sprejmemo te razlage, pa moramo poznati pogoje »nepriistranskega razsojanja«, da lahko ocenimo, ali (T3) drži. Poglavitni Zupančičevi primeri so naslednji:

Privilegij zoper samoobtožbo, pravico do zagovornika, pravico biti zaščiten pred preiskavami in zasegi, ki ne temeljijo na odredbi, prepoved ponovnega sojenja o isti stvari in podobno lahko razumemo tudi kot logične strukturne zahteve, brez katerih racionalni postopek nepristranskega sojenja ni mogoč (str. 114).

Vzemimo na primer privilegij zoper samoobtožbo, ki mu je v Zupančičevi knjigi posvečena posebna pozornost. Kako ga lahko razumemo kot »logični predpogoji« nepristranskosti kazenskega razsojanja? Nasilno ali zvijačno pridobivanje samoobtožujočih dokazov s strani uradnikov (še posebej policije) mora seveda biti kaznivo. Zupančič zanimivo trdi, da je z nekega vidika samoobtožba kot posledica zvijače še hujša kot samoobtožba kot posledica mučenja:

Mučenje uniči voljo, saj osebo prisili, da ta pristane v nekaj (npr. v priznanje, dajanje podatkov), česar brez takšnega pritiska ne bi storila. V smislu spoštovanja osebnega dostojanstva pa je prevara dvojno uničevalna, saj v celoti odpravi zavedanje in posledično izključi vsakršen odpor proti posegu. Drugače rečeno, mučenje izkrivlja zgolj hotenje, medtem ko prevara izključi tako žrtvino zavedanje kot hotenje (str. 154).

Vendar »vsebinske sankcije proti policiji, ki je prekršila privilegij (zasebna tožba, kazenska ovadba in disciplinski postopki)«, niso dober »odgovor na kršitev obdolženčevega privilegija: še vedno je namreč ta samega sebe 'obdolžil'« (str. 125). In ker »uporaba sile za vplivanje na izid postopka izpridi samo zakonitost postopka in materialno legitimnost končne obsodbe« (str. 123), so po Zupančičevem mnenju potrebne »postopkovne sankcije«, »ki bi izničile za obdolženca negativne učinke policijske napake (str. 125). Jezik primerjave negativnih učinkov je hkrati jezik enakosti strank in nepristranskosti v kazenskem razsojanju. Z vidika zahtev po nepristranskosti razsojanja enostavno »ni logično«, da se »eni stranki (policiji) dovoli zbiranje dokazov z nasilnim vmešavanjem v zasebno sfero dru-

ge stranke (osumljenca, bodočega obtoženca)« (str. 96); »postopkovne omejitve morajo obstajati ne samo zaradi zaščite obdolženca, temveč tudi, ker jih zapoveduje sam racionalni model razsojanja« (str. 150; glej tudi sklicevanje na str. 166 na »teoretično podlago logične celovitosti kazenskega postopka«). Negativni učinek na obdolženčev položaj mora biti odpravljen »znotraj samega kazenskega postopka« (str. 118) – z ekskluzijskim pravilom. Zupančič trdi, da »torej privilegij zoper samoobtožbo ne more obstajati brez ekskluzijskega pravila«; »privilegij zoper samoobtožbo dejansko pomeni izključitev nekaterih [nesprejemljivih] dokazov« (str. 126). Načelo, po katerem »v kazenskih postopkih [...] kršitev nekaterih osnovnih pravil vpliva na vsebinski izid zadeve«, Zupančič imenuje »postopkovno načelo zakonitosti« (str. 124). Zato torej »že sam pojem razsojanja« »vključuje prepoved postaviti obdolženca v nehoteno vlogo vira dokazov zoper samega sebe«; »postopkovno sankcioniranje z izključitvijo dokazov, pridobljenih s kršitvijo katerega koli vidika privilegija zoper samoobtožbo, je nujen pogoj racionalnega nepristranskega razsojanja« (str. 159; glej tudi str. 150).

Strinjam se z Zupančičevo trditvijo, da pri ekskluzijskem pravilu najdemo tudi prvine postopkovne pravičnosti in enakosti orožij; strinjam se, z drugimi besedami, da razlogi za obstoj ekskluzijskega pravila niso omejeni zgolj na odvrčajoči učinek za uradnike. Ekskluzijsko pravilo seveda resnično vključuje tudi to, da se, če je to potrebno, odpovemo iskanju resnice: okuženi dokazi morajo biti izključeni, tudi kadar so nujni in zadostni za dokazovanje storitve kaznivega dejanja. V tem primeru mora biti obdolženec oproščen. Ali to pomeni, da iskanje resnice ne more biti glavni cilj kazenskega postopka in/ali da kazenski postopek in postopkovno pravo ne moreta biti zasnovana kot podrejena zasledovanju tega cilja, tako kot to predlaga (T2)? Zupančič meni, da je odgovor pritrdilen: če nepristranskost zahteva, da so »postopkovne pravice [...] osumljenca v kazenskem postopku« »sankcionirane znotraj samega kazenskega postopka«, hkrati torej zahteva, da postopkovne pravice »obstajajo samostojno«, ne pa da so »zgolj pomožne vsebinskim pravicam in cilju iskanja resnice v kazenskem postopku« (str. 118). To pa je, trdim, *non sequitur*. Zagotavljanje nepristranskosti in postopkovne poštenosti

ni nezdružljivo s ciljem iskanja resnice v sistemu kazenskega postopka.

Glavni razlog za to je, kot Zupančič zelo pogo- sto poudarja, da v kazenskega postopku »spor ni bistven« (str. 85; glej tudi str. 160); »kazenski postopek se ne začne s sporom kot bistvom, temveč za stvar, ki jo je potrebno rešiti s pomočjo adversar- nosti, šteje prav iskanje resnice« (str. 45; glej tudi str. 48). Namesto tega je »bistveno«, ali je bilo kaz- nivo dejanje storjeno, in če je bilo, ali je treba stor- ilca kaznovati. V kazenskem pravu »resnica ni pre- prosto pogrešljiva« (str. 61). Seveda, kot smo videli, cilja ugotavljanja resnice o kazenski »krivdi« (kot Zupančič tako pogosto poudari) ne smemo zasle- dovati za vsako ceno. Ne smemo ga zasledovati s kršenjem človekovih pravic, močni razlogi (če po- novimo) pa so tudi za to, da trdimo, kot to počne Zupančič, da tega cilja ne smemo zasledovati niti v breme postopkovne pravičnosti. Kljub temu pa cilj še ne neha biti cilj zgolj zato, ker so določena sred- stva za doseg tega cilja prepovedana; in sredstvo ne neha biti sredstvo zgolj zato, ker je dovoljeno. V nasprotju s tem, kar trdi Zupančič, ne gre za to, da bi ohranjanje »idealov nepristranskosti in postop- kovne poštenosti« nujno pomenilo, da postopek ni zgolj sredstvo za iskanje resnice po nareku ma- terialnega prava« (str. 83; drugačna izjava na str. 51 je bolj primerna: »v kazenskem postopku je spor umetno vzdrževan zato, da se lahko resnica nepri- stransko odkrije«).

Drugo vprašanje pa je seveda to, ali *naj bo* iskanje resnice glavni cilj kazenskega postopka: ali je na primer bolj zaželeno, da se državni tožil- ci prvenstveno ukvarjajo z zatrjevanjem resnice (v tem primeru bi jih morali enako in neodvisno zanimati dokazi v prid in tisti v škodo obdolžen- ca), ali je bolje, da je namesto tega njihova glavna namera zagotoviti, da bo nasprotna »stranka« obsojena. Mislim, da prvo od obeh možnosti podpirajo boljši razlogi. Bistveno pa je, da so v tem primeru lahko zahteve postopkovne pošte- nosti, pa tudi spoštovanja človekovih pravic in seveda ustreznih ekskluzijskih pravil povsem tr- dno vgrajene v sistemsko strukturo. To dejansko velja za celinske sisteme kazenskega postopka, ki jih Zupančič pogosto predstavlja napačno.⁴ S kar

nekaj tovrstnimi vprašanji se sodobni celinski sis- temi kazenskega postopka vsekakor ukvarjajo.

Eno izmed teh vprašanj, ki ga Zupančič izpo- stavi, je to, da je enostavna prepoved, po kateri naj se sodnik vzdrži upoštevanja okuženih doka- zov, povsem očitno nezadostna tako za zaščito obdolženca kot za popolno uresničevanje pri- vilegija zoper samoobtožbo: »z epistemološke- ga vidika,« pripomni Zupančič, »je potem, ko je sodnik enkrat jedel z zastrupljenega drevesa, to nemogoče izbrisati iz njegove zavesti« (str. 138). To drži; ta in druge težave potrebujejo rešitev. Na splošno pa kljub temu v celinskih sistemih ostaja le malo od »snažnih in urejenih avtoritarnih po- razsvetljskih izročil« – in zdi se, da »poustavlja- nje« (glej str. 391) celinskih kazenskih postopkov ne zahteva nobene globoke spremembe »cilja« ali »namenac«.

4

Zupančičeva knjiga obravnava pomembna vprašanja. Kljub temu dvomim, da bistveno pri- speva k trenutnemu stanju razprave. Za ta dvom obstajata dva razloga.

Prvič, veliko sicer resničnih trditev iz te knjige se bo večini bralcev zdelo tako vsakdanje resnič- nih, da obsežna razlaga, ki jim jo avtor namenja, ni potrebna. Na tej ravni je večina značilnih last- nosti in primerjalnih prednosti in slabosti dveh čistih, idealnotipskih oblik kazenskega postopka

postopkov« (str. 117); »v celinskem sistemu ... se ekskluzijsko pravilo ne more uporabljati« (str. 121); »dokazno pravo v celinskih pravnih sistemih ne obstaja. Tu ni pravil o posrednih izjavah, nobene doktrine o dokaznih domnevah, nobenih pravil o dopustnih dokazih« (str. 127–128); »delno inkvizi- torni in delno adversarni evropski kazenski postop- pek je neprimeren za trajno obvarovanje privile- gija [zoper samoobtožbo] kot človekove pravice« (str. 139); »ekskluzijsko pravilo so ... neobčutljivi [celinski] sistemi potihoma zavrnili« (str. 137); »na cel- inskem kazenskem sodišču ... ni sodna odločitev o posamičnem spletu vprašanj ... nikoli natisnje- na ali drugače priobčena širši strokovni javnosti za bodočo rabo ter (z izjemo redkega objavljanja odločitev vrhovnih sodišč, z namenom, da bi po- magale pri enotnosti in stalnosti sodne prakse), ni nikakršnega kopičenja znanja. Vsak sodnik bo, ko se sreča z novim spletom vprašanj, ta moral rešiti sam in za sebe, brez možnosti urejenega dostopa do morebitnih prejšnjih odločitev o istem vpraša- nju: zadeve namreč niso zabeležene« (str. 339).

4 Tukaj je nekaj primerov, kako si Zupančič predstavlja celinske sisteme: »če morilec prizna potem, ko so ga mučili, ni zaradi mučenja še nič manj morilec. Vsebinsko je to stališče večine celinskih kazenskih

že dolgo časa dobro znana;⁵ Zupančič naredi malo več kot to, da jih na novo ubesedi. V uvodu knjige pripomni, da »nerešena nasprotja med inkvizitorno in adversarno obliko razsojanja (ta so bila tema razgibane debate v 60. in 70. letih) ne pritegnejo več veliko pozornosti« (str. 7). Morda za to obstaja dober razlog. Danes se morda niti nima več smisla spuščati v takšne razprave. Desetletja stari vzori drugače oblikovanih kazenskih sistemov danes dajejo gradivo za plodno zasnovo različnih teoretičnih modelov *mešanih* sistemov, katerih primerjava in razčlenitev bi bili bolj zanimivi, tehtni in uporabni. V teh sistemih, ki so postali samostojni predmet razmišljanj in razprav, se porajajo mnoge vsebinske težave; *Minervina sova* pa se trenutnih razprav ali dejanskih določb sodobnih celinskih zakonikov redko dotika.

Ta slika ni omejena zgolj na Zupančičevo razpravo o celinskih in anglosaških modelih. Podoben občutek dobimo tudi pri razpravi o načelu (vsebinske) zakonitosti. Bistvo Zupančičevih misli na to temo je, da kljub temu, da načelo zakonitosti »ni nekaj, kar bi lahko zgodovinsko ali pojmovno ločili od kazenskega prava« (str. 311), to načelo ne pomeni nič drugega kot »izmišljijo, [ki] se mora ohranjati« zaradi nepristnih adversarnih potez kazenskega postopka (str. 312). Omenjeno načelo je torej le »politično popuščanje, s katerim se država odreče delu svoje moči, ko prizna, da jo pravo zavezuje« (str. 314; glej tudi str. 334). Isto »neravnotežje moči med državo in posameznikom«, ki ustvarja, kot smo videli zgoraj, »potrebo po postopkovnih varovalih pri razsojanju«, je hkrati tudi izvor »potrebe po vsebinskih varovalih v obliki načela 'predhodnega opozorila' o približni kazni za določeno kaznivo dejanje, tj. načela zakonitosti« (str. 175).

Vendar pa je dejanska vnaprejšnja določenost sodnih odločitev s splošnimi vsebinskimi merili, kot pripomni Zupančič, »navidezna« in »ne resnično mogoča« (str. 176): doktrina »predhodnega opozorila« napačno »predvideva, da bodo domnevno jasne, posamične in enostavne pravne norme lahko neposredno nastopale kot zgornja premisa pravnega silogizma v prihajajoči ob-

tožbi in tej sledeči sodbi« (str. 247). Zupančič trdi, da ta domneva spregleduje »dejstvo, da zgornja premisa v pravnem silogizmu ni sestavljena iz pravil« (str. 248), temveč prej iz »sestavljenske pravil« (str. 247). Kaj je tu mišljeno s »sestavljensko pravil«? V pravu »premise niso 'dane', niti niso vnaprej določene, ampak morajo biti ustvarjene s sestavljanjem pravil«; »zgornje premise obstajajo zgolj pogojno (kot pogojni sestavi) in morajo biti odkrite« (str. 316). Zupančič to večkrat ponazori s tem, da »je kazenski zakonik sestavljen iz, na primer, okoli tristo šestdeset členov«, to pa »dá število možnih zgornjih premis, ki je krepko preko petdesetih milijard« (str. 248; glej tudi str. 217, 334–337). »Zakonik [...] ni zgolj seštevek svojih delov«: je »gibljiva celota, v kateri nekateri sestavi, ki v času razglasitve predpisa zakonodajalcu niso bili znani, še čakajo na to, da bodo odkriti« (str. 335).

Vse trditve iz prejšnjega odstavka se zdijo malo pomembne. Prav gotovo *ne* »pokažejo, kako utvarna je zamisel o vnaprejšnji določenosti prava«. In to iz preprostega razloga, ker danes noben teoretik ne bi zatrjeval, da je pravilna teoretična razlaga »zamisli o vnaprejšnji določenosti« – zamisli, po kateri so (lahko) sodne odločitve omejene z zakonodajnimi standardi in merili – kakorkoli zavezana k temu, da se Beccarijev »popolni silogizem« razume dobesedno (glej str. 338). Zupančičevi skrbni napor, da bi razkril »mit« ali »utvaro« »načela zakonitosti« (str. 339) – kolikor se to načelo dojema strogo kot »popolna delitev med pristojnostmi zakonodajne in sodne veje oblasti« (str. 351) –, so v veliki meri boj z mlini na veter: Zupančičevi sklepi so v teoriji prava in v pravni metodologiji že nekaj desetletij nesporne predpostavke.⁶ Pravi sklep ni to, da je zamisel, da lahko zakonodajalčevo pravo na neki način in do določene mere veže sodne odločitve, »utvara«. Pravi sklep je prej to, da moramo zamisel vnaprejšnje določenosti teoretično opredeliti drugače, bolj prefinjeno.

Vzemimo še en (soroden) primer – Zupančičevo trditev, da je zato, da dobimo popolno normativno obliko, treba »sestaviti« mnogo različnih pravil. Tu Zupančič zatrjuje izvirnost: »Milo reče-

5 O lastnostih, ki jih običajno pripisujemo omenjenima teoretičnima modeloma in ustreznim metodološkim posledicam, glej npr. Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Rim, Laterza, 2008⁹, § 39.

6 Napotila na ustrezno literaturo najdemo v nekaj učbenikih. Glej npr. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1991⁶, 119 in nasl. ter še posebej 155 in nasl.

no, presenetljivo je,« pravi sam, »da vprašanja še nihče ni zastavil takole: 'Je pravo res v pravih (pojmi)? Ali je v sestavljenkah pravil (pojmov)?'« (str. 334). Meni, da je »zanimivo, da so danes pravni teoretiki to popolnoma spregledali« (str. 247); »problema ne obravnavajo niti tisti teoretiki, ki se ukvarjajo s pravom kot normativnim sistemom, [kot sta] Alchourrón in Bulygin« (str. 335; glej tudi str. 337). To bi bilo res zanimivo, če bi bilo resnično tako; a najmanj od Benthamovega dela *O zakonih na splošno* (*On Law in General*; 1782) dalje, gotovo pa skozi celotno Kelsnovo učenje o *Pravnem stavku* (*Rechtsatz*; od leta 1911 naprej) ter do dela *Pojem pravnega sistema* Josepha Raza (*The Concept of a Legal System*; 1970) je bilo natančno to vprašanje ne samo zastavljeno, temveč tudi natančno premišljeno; pa tudi Alchourrón in Bulygin si to vprašanje dejansko zastavita: glej njune *Normativne sisteme* (*Normative Systems*, Springer, 1971), str. 59. Na podoben način me kot preprosto netočni presenetita Zupančičevi trditvi (teh ne ponazarja z nobenim primerom iz literature), da »večina teoretikov kazenskega prava ali zatrjuje ali tiho vključuje, da opredelitve posameznih kaznivih dejanj, kot sta na primer umor in rop, samodejno dajejo zgornje premise, izmed katerih mora državni tožilec le izbrati, preden vloži obtožnico«; in da »anglosaška sodna praksa na splošno« »ne upošteva, da pravnih 'zgornjih premis' ne dajo kar neposredno sami pravni pojmi, temveč šele sestavljene te pravne pojmov« (str. 317).

Drugi razlog za trditev, da v *Minervini sovi* ni veliko teoretičnih novosti, je v tem, da ta malo dodaja k Zupančičevim prejšnjim prispevkom na obravnavane teme. Knjiga združuje večino Zupančičevega dela zadnjih treh desetletij – ne pa veliko več. Na nobenem mestu bralci na to niso opozorjeni tako, kot bi bilo treba.⁷ In ker delo

očitno ni bilo mišljeno kot zbirka preteklih esejev, temveč kot celovita knjiga, bi moral biti trud pri urejanju in poenotenju dela večji. Kar nekaj Zupančičevih prejšnjih esejev pogosto vključuje ponovitve tez, zamisli ter ponazarjajočih primerov iz drugih preteklih esejev. To je nekaj običajnega za članke, ki so namenjeni objavi na različnih mestih ter v različnih obdobjih, še posebej, kadar predmeta razprave v le nekaj esejih ni mogoče obdelati izčrpno. Ob združitvi teh esejev v eno samo knjigo pa bi se bilo dobro tem ponavljanjem izogniti.⁸ Tu se jim niso. Končni izdelek je daljši, kot bi to zahtevala njegova vsebina, bralci pa se bodo s posameznimi trditvami, argumenti, primeri in napotili – čeprav zagonetnimi in zanimivimi, kot so pogosto na prvi pogled – srečevali večkrat.

Iz angleškega izvirnika prevedel
Jan Jeram.*

7 Obveščeni bi morali biti o tem, da se vsebina knjige nanaša na že objavljena dela, hkrati pa bi morali biti natančno obveščeni tudi o tem, kaj je v njej (če je kaj) novega. V končni bibliografiji (str. 429 in naslednje) niso omenjeni vsi eseji, ki so v knjigo vključeni. Vsaj dva eseja, ki sta – včasih *verbatim* – vključena v *Minervino sovo*, tam nista omenjena: *Criminal Responsibility under Mistake of Law: The Real Reasons*, *American Journal of Criminal Law* (1985) 13, 37–66; ter *The Privilege Against Self-Incrimination as a Human Right*, *European Journal of Law Reform* (2004) 6, 15–56.

8 Knjiga bi si zaslužila tudi bolj pazljivo uredniško delo. Primer tega je sklicevanje (navedeno zgoraj) na Alchourrónove in Bulyginove *Normativne sisteme* (str. 335 in 337), ki jih ne najdemo v »kazalu navajanih avtorjev«. Drug primer je pojem »država«, ki je včasih pisan z veliko, včasih z malo začetnico.

* Z »razsojanjem« prevajam angl. *adjudication*, medtem ko »sojenje« uporabim za angl. *judging*. Za primerjavo teh dveh pojmov glej 1. točko besedila. Za angl. *fairness* sem uporabil »poštenost«, angl. *justice* pa sem prevajal kot »pravičnost«. Namesto tujke »konstitucionalizacija« za angl. *constitutionalisation* rabim »poustavljanje«. Besedna zveza »preprosta zapoved« se je v izvirniku glasila angl. *simple command*, angl. *advance notice* pa sem prevedel kot »predhodno opozorilo«.

Predstavitev avtorja

*Luís Duarte d'Almeida je asistent kazenskega prava in pravne filozofije na Univerzi v Lizboni, raziskovalec pri skupini LanCog – Language, Mind and Cognition, ki deluje na isti univerzi, ter doktorski kandidat iz prava na Univerzi v Oxfordu (pod mentorstvom Johna Gardnerja). Njegove nedavne objave vključujejo: *Separation, but not of Rules* v Paul Robinson idr. (ur.), *Criminal Law Conversations* (Oxford University Press, Oxford 2009), *The Pseudo-Platonic Minos and the 'Origin' of Legal Philosophy* v Ars Iudicandi (Coimbra Editora, Coimbra 2008); *Same-Sex Marriage* (Almedina, Coimbra 2008) – ta knjiga, napisana v soavtorstvu s C. Côrte-Real in I. Moreira, ponudi argumente za neustavnost portugalske prepovedi istospolnih porok – ter *Against 'Prohibitions' (First Round)* v Latin Meeting in Analytic Philosophy (2007) in *Description, Ascription, and Action in Criminal Law* v Ratio Juris (2007).*

Predstavitev prevajalca

Jan Jeram je absolvent Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Po končani gimnaziji in opravljeni mednarodni maturi se je ob študiju prava ukvarjal predvsem s področji kazenskega prava in človekovih pravic. Kot govornik je leta 2008 zastopal Pravno fakulteto na tekmovanju Concours européen des Droits de l'Homme René Cassin iz poznavanja prava Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in svoboščin ter sodb Evropskega sodišča za človekove pravice.