



Revus

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

11 | 2009

Ustavno pravo Zahodnega Balkana

Vsebina in oblika v kazenskem pravu

Odgovor na knjižno oceno Luisa Duarteja d'Almeide

Substance and form in criminal law: A Reply to a Book Review by Luís Duarte d'Almeida

Boštjan M. Zupančič



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/1195>

DOI: 10.4000/revus.1195

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 décembre 2009

Number of pages: 209-214

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Boštjan M. Zupančič, « Vsebina in oblika v kazenskem pravu », *Revus* [Spletna izdaja], 11 | 2009, Datum spletne objave: 08 février 2012, ogled: 22 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/1195> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revus.1195>

All rights reserved

Boštjan M. Zupancič

VSEBINA IN OBLIKA V KAZENSKEM PRAVU

Odgovor na knjižno oceno Luísa Duarteja d'Almeida, *Revus* (2009) 9, 147–156

V pravu velja podobno kot v filozofiji in literaturi ter v življenju sploh, da je določena oblika zmožna inducirati določeno vsebino in da je določena vsebina tista, ki v marsičem inducira sebi primerno obliko. V pravu je to primerjava med materialnim pravom, ki je vsebina, ter procesnim pravom, ki je oblika. Montesquieu je na primer preziral »adjektivno« pravo, čeprav je bil sam sodnik v Bordeauxu. Menil je, da je pravo v tem smislu vsebina, ki jo proces zgolj prevaja iz abstraktnega v konkretno. Pojem »adjektivnega« prava v primerjavi s substančnim pravom je analogen v primerjavi med samostalnikom (substantiv) na eni ter pridevnikom (adjektiv) na drugi strani. V tej perspektivi je torej pridevnik nekaj, kar v najboljšem primeru le kvalificira naravo samostalnika, nima pa na njegovo »substanco« odločilnega vpliva.

Taka je celinska percepcija odnosa med materialnim in procesnim pravom. Prav obrnjenost pa je ta percepcija v anglosaškem (*common law*) pravnem sistemu, v katerem postopek velja za primarnega, materialno pravo pa za stoletni precedenčni izplen, sad posamičnih postopkov. Pri tem je odveč poudariti, da se ta perspektiva tudi v celinski Evropi radikalno spreminja. Očitno je, da so precedensi vrhovnih sodišč, ustavnih sodišč in Evropskega sodišča za človekove pravice sad konkretnih postopkov. V tem smislu je torej oblika tista, ki je odločilna pri nastajanju vsebine. V svoji skrbni recenziji moje knjige *Minervina sova* gospod Duarte d'Almeida med drugim polemizira z vprašanjem, kakšno je pravo v svojem

zgodovinskem izvoru. Ker ne gospod d'Almeida niti jaz nisva pravna zgodovinarja ali vsaj romaništa, se v polemiko o tem vprašanju najbrž sploh ne splača spuščati. Moje izhodišče namreč ni pravnozgodovinsko, ampak hobbesovsko praktično. V kakršni koli antropološki situaciji, v kateri mora najprej priti do vzpostavitve reda in miru in potem do vladavine prava, je namreč očitno, da mora primitivni sistem razsojanja pričeti delovati brez vsakršne materialnopravne izrecne in artikularne podlage. Servis razreševanja sporov deluje tudi na Samoi, pri tem pa je jasno, da materialna pravila za presojo, kaj je pravično in kaj ne, niso nujno niti zapisana niti izrecno pogojena s tradicijo. Servis pa mora kljub temu delovati.

Če bi gospodu d'Almeidi potem želeli odgovoriti na vprašanje, kaj je pravo, namreč kura ali jajce, potem bi seveda rekli, da je pravo jajce, čeprav izgleda kura precej večja. Vprašanje pa je, kaj je jajce. Drugje sem se podrobno ukvarjal z vprašanjem, ki je v temelju sicer psihoanalitično. Občutek za pravičnost je namreč nekaj, kar ne izhaja iz materialnopravnih zakonov in zakonikov. Ta občutek za pravičnost je vgrajen v jezik kot v simbolni red in v pravo kot pododdelek tega simbolnega reda. Žal se v tem odgovoru ne moremo spuščati v podrobnosti o pojmu občutka za pravičnost, omenimo naj le, da pojem figurira že pri Freudu, posredno pa je obdelan vsaj v šestnajstem Lacanovem seminarju. Trditev torej je, da ima celo najprimitivnejši (v antropološkem pomeni te besede) poglavar ta občutek, ki torej ni samo ali predvsem kognitivno pogojen. To bi

moralo biti predmet posebne razprave, vendar je pošteno, da tukaj objavimo to izhodiščno premiso, da namreč pravičnost zakona ne izhaja iz zakonov, temveč iz nečesa, kar je precej bolj prvisko, elementarno kot kateri koli zakon.

To pojasnjuje, zakaj naše stališče o primarnosti jajca pred kuro ni zgolj pravnozgodovinska trditev, temveč izhaja iz globlje ugotovitve, da je pravičnosti sposoben vsak – prav tako pa seveda tudi krivice. Pravnozgodovinsko pa je med drugim tudi jasno, da je bila na primer Justinijanova kodifikacija v resnici le torzo povzetka množice stališč, ki so pred Justinijanom nastala in obstajala vsaj v obdobju tisoč let. O tem je težko polemizirati.

Izhodišče o primarnosti procesa, to je o procesu kot tistem vidiku prava, ki je pogojeval njegovo genezo vse do kodifikacij iz dobe razsvetljenstva, pa ima po drugi strani v vsem opravi tudi pravno tradicijo. Demokratična pravna tradicija ne izhaja iz postulirane vsevednosti vladarja in zakonodajalca, ki naj bi kakor Friderik II. Veliki že *in abstracto* razrešil vse pravičnostne dileme. Ta osnovna in arogantna pretencioznost celinske pravne tradicije je resnični zgodovinski in ideološki vzrok za dejstvo, da se v celinskem pravu vztraja pri primarnosti materialnega prava nad procesnim. Kot rečeno, pa prihaja iztrezjenje od te norosti preko precedenčne in v bistvu zakonodajne dejavnosti modernih vrhovnih in ustavnih sodišč. Demokratična tradicija, ki je celina v pravu ne pozna, pa predvideva popolnoma drugačno izhodišče tako za nastanek kakor za samo delovanje prava.

Če je namreč stališče o verodostojnosti pravne zgornje premise nekaj, kar je lahko relativno, potem skromnost pri presoji terja na prvem mestu zgolj razrešitev spora, nikakor pa ne apodiktičnega zatrdjanja, da sta zakonodajalec in sodnik v posesti resnice in pravice. Če se s kančkom kmečke zdrave pameti vprašamo, zakaj bi le bila, nam v trenutku postane jasno, da je mitologiziranje zakonodajne in sodne funkcije nekaj, kar lahko pravičnosti in razvoju prava samo škoduje. Kot sodnik ESČP in bivši ustavni sodnik lahko zato empirično prepričano trdim, da se ustvarjalne pravne rešitve in kumulacija precedensov ob velikem naporu dogajajo od primera do primera (kazuistično) ter se tako akumulira t. i. *acquis* ustavnega ali Evropskega sodišča. Pri tem je za-

nimivo, da sta obe omenjeni sodišči pred desetletji pričeli z ničelne osnove, to je, da nobeden od precedensov Evropskega sodišča ni starejši od 50 let in nobeden od precedensov ustavnega sodišča ni starejši od 46 let. Obe sodišči sta začeli od *tabulae rase*.

Kaj je torej vodilo sodnike ESČP ali prve ustavne sodnike v demokratični Sloveniji?

Tukaj lahko začnemo filozofirati o hermenev-tični piramidi in podobnem, vendar je vsakomur, ki je bil sam asimilirani del tega procesa, jasno, da je na koncu v igri tisto, kar smo zgoraj imenovali občutek za pravičnost.

Demokratična pravna tradicija torej ne izhaja iz nezavedne predpostavke o vrhovni danosti zakonodajne ali celo sodne avtoritete. Demokratična pravna tradicija ni pretenciozna niti v inkvizitornem pomenu besede. Glede slednjega je sploh jasno, da je po svojem zgodovinskem izvoru katoliško avtoritarno pogojen, zaradi česar so, kakor je poudarjal profesor Vladimir Bayer, poleg Giordana Bruna na grmadah zgorele neštete čarovnice. Inkvizitorni kazenski postopek je vzorčni primer strahotnih zlorab in zablod, ki izhajajo prav iz avtoritarno sadistične predpostavke, da je nekdo, v tem primeru *domini canes*, v posesti božje resnice. Težko je torej pritrditi gospodu d'Almeidi, češ da je evropski »mešani« postopek nekaj, kar je pravno sprejemljivo, če pri tem sploh odmislimo, da se gospod d'Almeida temu vprašanju v svoji recenziji eliptično izogne.

To nas vodi k naslednjemu vprašanju, s katerim gospod d'Almeida tudi polemizira, namreč, kaj je resnica v postopku, še posebno pa v kazenskem postopku. Vprašanje te resnice je v *Minervini sovi* izrecno izpostavljeno zato, ker v polemikah med vrhovnimi sodniki ZDA prav za potrebe kazenskega postopka prihaja do izraza *la jtmotiv*, dilema med iskanjem resnice na eni ter varstvom procesnih in ustavnih ter človekovih pravic na drugi strani. Ta dilema je bila praktično relevantna zaradi ekskluzijskega pravila, po katerem se morajo pravno relevantni dokazi izločiti, čeprav bi lahko odločilno doprinesli k ugotavljanju resnice v kazenskem postopku. Ker so torej tej resnici žrtvovane ustavne in procesne pravice, se je morda koristno vprašati, kaj ta resnica zares pomeni. Da tukaj ne gre samo za resnico, kakor so jo pojmovali *domini canes*, torej nekaj, kar naj bi bilo božje »podfutrano«, marveč za nekaj, kar naj bi bilo

logično nujno. Odgovora na to vprašanje pa ne bomo našli v nemških in italijanskih pravnih teoretikih, ki jih citira gospod d'Almeida, marveč prej pri skandinavskem pravnem realistu Alfu Rosu, ki ga je žlahtno tudi za Revus prevedel Andrej Krištan. Tuto je Rosov ironični okrasni pridevek (*epiteton ornans*) za nesmisel, ki izhaja iz formalistične skladnosti zgornje in spodnje premise – v primeru, da to skladnost imenujemo »resnica«. Če je torej resnica v kazenskem pravu (materialnem in procesnem) nekaj, kar je gola adekvacija *intellectus et rei*, potem ta resnica na primer o očitavnosti posameznega dejanja ne pomeni kaj dosti, vsekakor pa ne dovolj, da bi se ji žrtvovala procesne, ustavne in človekove pravice. V knjigi je ta pogrošnost kazenskopravne resnice natanko obdelana, ker se je seveda v vsakem smislu bistveno odločiti, ali je tej »resnici« vredno žrtvovati omenjene pravice. Teza, ki jo je gospod d'Almeida popolnoma spregledal, pa je, da je ta resnica foucaultovska. Resnica, ki jo postulira kazensko materialno pravo, ugotavlja pa naj bi se z omenjeno kršitvijo pravic, je namreč vase »zaciklana«, kar je bilo jasno že Hobbesu, ko je dejal: »*Civil laws ceasing crimes also cease.*« Že Hobbesu je bilo namreč popolnoma očitno, da tu ne gre za resnico, kot »nekaj, kar je objektivno res«, marveč za izražanje državne premoči. Ta premoč je tista, ki je zgornjo premiso formalnoličnega silogizma sposobna investirati s primerno količino nasilja.

Osnovna teza, ki je gospodu d'Almeidi popolnoma ušla, pa je, da je torej slepo postuliranje kazenske resnice, ki se ji žrtvujejo procesne pravice, krožni mehanizem, v katerem ena oblika nasilja (procesnega) legitimira drugo obliko nasilja (t. i. materialnopravne resnice). To je bistvo logične dekonstrukcije vgrajenega nasilja kazenskopravne represije, ki v svojih ekscesih (primer *Jaaloh proti Nemčiji*) dokazuje popolnoma isti absurd, katerega izročilo nam je dala španska katoliška inkvizicija. V tej perspektivi postane očitno, da je teza, ki jo knjiga zagovarja, precej bolj subverzivna, kot je teza, s katero polemizira gospod d'Almeida.

Gospod d'Almeida tudi poskuša odpreti epistemološko vprašanje, ali je nepristransko razsojanje mogoče v postopku, ki ni v celoti kontradiktoren oziroma adversaren. To vprašanje je v knjigi dovolj natanko obdelano prav z epistemološkega vidika. Zavzeto je stališče, da je nepristranskost

kot pojem sestavljena iz dveh pglavitnih prvin. Prva prvina, ki jo tangencialno omenja tudi gospod d'Almeida, je pasivnost tistega, ki zadevo presoja. Druga prvina, ki smo jo imenovali »aktivna ambivalentnost sodnika«, pa je še v večji meri stranski naslednik kontradiktorno-adversarnega presojanja.

Model za pasivnost tistega, ki v zadevi presoja, razsoja in na koncu presodi, je porota v anglosaškem postopku. Porotniki v načelu ne smejo postavljati dodatnih vprašanj. Vrhovno sodišče Wyominga pa je v nosilnem precedensu citiralo moje stališče v podporo svojemu stališču, češ da porotnikom ne sme biti, prav iz tega razloga, dovoljeno, da ne hajo biti popolnoma pasivni. Porotnikom torej ni dovoljeno, da bi med procesom ali po končanem procesu strankama postavljali dodatna vprašanja. Vrhovno sodišče Wyominga je pri tem izhajalo iz teorije, opisane v knjigi, po kateri tisti, ki je snovalec hipoteze, ne more biti tudi tisti, ki o veljavnosti hipoteze na koncu presoja. Obdelana je obrazložitev, po kateri razlikujemo med historičnimi in nehistoričnimi dogodki. Empirična znanost (fizika, kemija itd.) se ukvarja s ponovljivimi dogodki, iz katerih izvaja določene znanstvene in dokazane trditve (zakone). Ker so dogodki, ki zanimajo empirično znanost, ponovljivi, so lahko predmet znanstvenega poskusa. V znanstvenem poskusu je objektivna veljavnost (resnica) potrjena ali zanikana, s tem pa je objektivni dejanskosti na neki način omogočeno, da sama potrdi ali zanika določeno znanstveno hipotezo.

Nasprotno stališče je sijajno izrazil v svojem delu *Skavt Peter* sijajni pisatelj in mladinski sodnik Milčinski. Ko učitelj skavta Petra pokliče pred tablo, ga vpraša, katerega leta je bila francoska revolucija. Skavt Peter odgovori, da v knjigi o zgodovini piše, da je bila francoska revolucija leta 1789. Učitelj se razjezi nad implicitnim Petrovim skepticizmom in mu odgovori: »*Torej kaj, je francoska revolucija bila leta 1789 ali ne?*« Skavt Peter pa trmasto vztraja, da tega ne ve, češ da on ve samo, da tako piše v knjigi. Tako je na genialen način prikazana razlika med prej opisanimi in historičnimi dogodki, to je dogodki, ki jih z eksperimentom ni mogoče dokazati. Ker so neponovljivi, so nepovratno zapadli preteklosti. Ker so zapadli preteklosti, preko njih objektivna realnost, kot je to primer pri znanstvenem eksperimentu, svoje

objektivnosti ne more izpovedati. Skeptično stališče skavta Petra je torej popolnoma pravilno.

Problem preteklosti zapadlih dogodkov sem do potankosti razdelal v nekaterih ločenih mnenjih ESČP. Gre namreč za to, da je velika večina pravnih dogodkov nepovratno preteklih (historičnih). Zaradi tega jih ni mogoče »rekonstruirati«, kar pomeni, da je mogoče simulirati njihovo ponovitev, ni pa jih mogoče ponoviti.

Deviza, češ da zgodovino piše zmagovalec, vsekakor kaže na dilemo skavta Petra. Za potrebe prava pa iz tega izhaja, da je treba historične – pretekle dogodke, ki naj bodo temelj za tako ali drugačno sodbo, še posebno objektivno in nepristransko presojati. V ločenem mnenju v zadevi *Kyprianou* sem to posebej izpostavil, ko je šlo za vprašanje t. i. *contempt of court*. V resnici pa gre povsem preprosto za to, da je objektivni povratni vpliv po epistemoloških pravilih v znanosti zagotovljen z objektivnostjo znanstvenega eksperimenta, v pravu pa tega ni. Če je v znanosti snovalec hipoteze na videz isti kot tisti, ki hipotezo dokazuje, potem to zavaja. Zavaja zato, ker je znanstvena samo falsifikabilna hipoteza, to je hipoteza, za katero nekdo drug lahko dokaže, da je neresnična. V znanosti je torej hipoteza snovalca podvržena ne le objektivnemu eksperimentu, marveč tudi kritični subjektivni presoji drugih znanstvenikov. V pravu pa tega ne počno niti apelacijska sodišča, ki se z dejstvi praviloma ne ukvarjajo. Vsa problematičnost preiskovalnega sodnika, čigar institucijo zdaj odpravljajo celo v Franciji, izhaja prav iz nedopustne fuzije funkcij snovanja in preizkušanja hipoteze. Odveč je tu omenjati, da je preiskovalni sodnik zgodovinsko gledano inkvizitorni kazenskega postopka, to je nekdo, ki je intimno povezan z inkvizicijo in torturo. (Glej moje ločeno mnenje v nedavni zadevi *Vera Cruz proti Španiji*.) Nedopustno je torej združevanje funkcije snovanja in preizkušanja hipoteze v pravu. V nasprotju od avtoritarno kontaminiranega celinskega postopka prosto po inkvizitorni tradiciji pa sta v adversarnem postopku v anglosaški tradiciji funkciji snovanja oziroma predlaganja hipoteze ter njenega preizkušanja popolnoma ločeni. Aktivnosti tistega, ki hipoteze pravno artikulira (tožilca), nasprotujejo aktivnosti obrambe, medtem ko je porota ali celo pasivni sodnik tista, ki ji je popolnoma vseeno, katera od obeh tez bo na koncu prevladala. Pasivnost po-

rote, kakor v gornjem primeru Wyominga, torej ni sama sebi namen, temveč preprečuje, da bi si končni sodnik v zadevi jemal pravico aktivnega in s tem pristranskega snovanja hipoteze.

Drugi dejavnik, zaradi katerega je adversarni postopek nepristranski, je prav dialektična interakcija med tezo in antitezo, torej med obtožbo in obrambo. To, kar je pri vsej stvari bistveno, pa ni ta dialektika, temveč njen stranski učinek. Pasivni presojevalec vprašanja (porota, sodnik) je namreč v taki dinamiki enkrat prepričan o tezi in drugič o antitezi. Ker je bistvo nepristranskosti prav v tem, da ostajajo kanali, ki dovajajo informacije z obeh strani, ves čas odprti, je torej ta aktivna ambivalentnost porote oziroma sodnika tista, ki povečuje verjetnost, da bo tisti, ki presoja, vsakemu dokaznemu bremenu prisluhnul v kontrastu z nasprotnim dokaznim bremenom. Bistveno pri tem je razumeti, da končna sodba predstavlja odločitev razsojevalca, ki pa ni nikoli nepristranska. Prav nasprotno, namen sojenja in sodbe je, da da na koncu prav eni ali drugi strani, da je torej *res iudicata* v smislu pri-stranska.

Nepriistransko je lahko samo sojenje kot proces, v katerem ob pasivnosti razsodnika na eni strani ter njegovi aktivni ambivalentnosti na drugi strani zori končna pristranskost. Vse to je v knjigi podrobno analizirano, vendar gospod d'Almeida tega očitno ni mogel sprejeti. Postavlja se vprašanje, zakaj tega ni mogel sprejeti. Verjetno je preprost odgovor na to vprašanje, da je gospod d'Almeida, ki strastno izhaja iz španske pravne tradicije, v resnici pristranski, to je, da si ne more privoščiti, da bi sprejel tezo, po kateri sta inkvizitorni in mešani kazenski postopek anatema.

Gospod d'Almeida se zaleti tudi v mojo trditve, po kateri ima pri razsojanju po naravi stvari rešitev spora prednost pred iskanjem resnice. Te trditve seveda za civilni postopek res ni prav težko dokazati, kajti poravnava (kompromis) v vsakem trenutku lahko pomete z resnico, s tem pa kompromis postane *res iudicata*. To je naravno logično in celo zaželeno, vendar v celinskem kazenskem postopku to ni mogoče prav zaradi kompulzivno-obsesivne preokupacije s prej omenjeno resnico, za katero smo dokazali, da je zgolj krožno pritrdjevanje državnemu nasilju (glej zgoraj). A priori je torej popolnoma jasno, da nekakšno iskanje resnice, razen v kazenskem postopku, ni osrednja in temeljna funkcija prav-

nega postopanja. Resnica je zgolj sredstvo za razrešitev spora toliko, kolikor dognanje določenih pravnorelevantnih dejstev le-ta subsumira pod neko predobstoječo normativno zgornjo premiso. Tako je v kazenskem postopku, če je kot na celini osredotočen na nujno iskanje resnice, nepristranskost res nezdružljiva z iskanjem resnice in obratno. Gospod d'Almeida mi na dnu strani 150 očita, da se ne odločam o tem, katera od obeh filozofij – celinska ali anglosaška – je bolj zaželena, ter pravi, da je zame vprašanje, katera od obeh filozofij je resnična. Pri tem gospod d'Almeida citira stavek s 46. strani moje knjige, v katerem pravim, da je vprašanje, katero od obeh izročil ustrezno opiše, kaj pravo v resnici počne.

Gospod d'Almeida pravi, da je to zanj težko razumljivo. Seveda je to zanj težko razumljivo, ker gospod d'Almeida ne razlikuje med preskriptivno in deskriptivno funkcijo prava. Seveda je celinsko pravo v resnici počelo to, da je sežigalo čarovnice na grmadah, vendar tu ne govorimo o tej vrsti resnice. Manj dramatično je mogoče reči, da današnji mešani kazenski postopek na celini, še zlasti če v njem deluje preiskovalni sodnik, nikakor ni nepristranski, vendar to pravo to v resnici počne.

Ko je Marko Pohlin prvič opisal temelje slovenske slovnice, si je gotovo mislil, da opisuje gramatiko in sintakso živega slovenskega jezika. To je deskriptivna funkcija, o kateri govorimo. Toda ko je Pohlin gramatiko in sintakso živega jezika enkrat opisal, jo je s tem tudi predpisal. To je ta preskriptivna funkcija, pri čemer je očitno, da se v pravu preskriptivna in deskriptivna funkcija mešata, med drugim tudi v procesu t. i. normativne integracije in tako naprej. Če torej gospod d'Almeida pravi, da je to zanj težko razumljivo, potem je mogoče in verjetno, da je ta težja razumljivost nečesa, kar je sicer preprosto in logično, posledica dejstva, da se gospod d'Almeida pač čuti zavezanega, da brani celinsko pravno izročilo. Za to izročilo, kot smo zgoraj navedli, pa mi trdimo, dokaz za to sta 5. in 6. člen EKČP, da ne izhaja iz demokratične tradicije.

Na 152. strani se kopitar loti tudi meč. Ko govori o privilegiju zoper samoobtožbo, noče razumeti, da vnašanje nasilja v pravni postopek, to pa je moja osnovna teza, subvertira celotni pravni proces (*due process*). Ta teza je skrajno preprosta in jo je mogoče napisati na zadnjo stran posetnice. Jasno je namreč, da je vsak pravni postopek, to raz-

zume tudi gospod d'Almeida, v temelju alternativa medsebojnemu fizičnemu obračunavanju, to je Hobbesovi vojni vseh zoper vse. Slednja je predstava anarhije. Ker je to očitno, je tudi povsem jasno, da je verbalno in logično razreševanje sporov v svojem temelju alternativa nasilnemu reševanju sporov. Iz tega logično sledi, da je vsako vnašanje nasilja v pravni postopek (*tortura*) subverzija legitimnosti pravnega postopanja (*due process*) – če pa je njegov osnovni namen prav to, da se nasilnemu razreševanju sporov izognemo. To je jasno. Manj jasno pa je vprašanje, ali je uporaba laži in prevare (*guile*) kot načina za doseg zmage v pravnem postopku sprejemljiva ali ne. Paradigmatičen je primer pred ESČP, v katerem je eden od sozapornikov, ki je bil v resnici vohun policije, podatke, ki jih je izvalil iz obdolženca, posredoval policiji in tožilstvu. Na podlagi teh podatkov je bil obdolženec pozneje obsojen, postavlja pa se vprašanje, ali je to dopustno ali ne. ESČP se je postavilo na stališče, da je dopustno, pri tem pa je zašlo v protislovje s samim sabo toliko, kolikor privilegij zoper samoobtožbo v judikaturi ESČP, ki se naslanja na angleško judikaturu, enači s pravico ne govoriti (*the right to be silent*). V zadevi *Jaaloh proti Nemčiji* je ta miskoncepcija že prišla bolj do izraza, kar je razvidno iz analize, ki sem jo dal v ločenem mnenju. Poudarek pa je drugje.

Toliko, kolikor je temelj pravnega postopanja predvsem alternativa nasilnemu razreševanju sporov, je tudi jasno, da so vse nenasilne oblike prevlade v pravnem postopanju (zvižaja, *guile*) po tej in samo po tej teoriji dopustne. Eminentni filozof Barry Stroud govori o *logical necessity*, po čemer nazorno prikazuje možnost, da v določenem diskurzu, ne nujno pravnem, nasprotnika prisilimo, če z nami deli vsaj določene izhodiščne aksiome, da prizna, da nima prav. Svojo trditev smo mu prikazali kot logično neizbežno, ga prisilili, da je dve in dve enako štiri, in ga s tem porazili.

Pravni postopek pa seveda ni tako preprost in se ga ne da omejiti na formalnolgično neizbežnost, če že zaradi drugega ne, pa vsaj zaradi dejstva, da so določene informacije (dokazi) eni strani dostopne, drugi pa ne. Ker gre za historične dogodke (glej zgoraj), je skepticizem skavta Petra popolnoma utemeljen. To pa po drugi strani nakazuje možnost, da bodo razlage določenih dejstev radikalno variirale. V omenjenem primeru na ESČP pa ni šlo za to, marveč je šlo za nenasilen

način pridobitve dokazov, kar je ameriško vrhovno sodišče pod določenimi pogoji zavrnilo kot legitimno v zadevi *Brewer v. Williams* (glej UKPP 2). Podobna je nedavna zadeva *Gäffgen proti Nemčiji*, v kateri je policist v Frankfurtu obdolžencu grozil s torturo, čeprav v resnici ni imel namena mučenja tudi izvesti. Vse to so prevare in laži, ki pa niso nasilne in zaradi tega v omenjenem smislu niso v temeljnem neskladju pravnega postopanja, ga torej ne subvertirajo. V to vprašanje se tukaj podrobno ne moremo spuščati, vendar je očitno, da sta laž in prevara lahko nezdržljivi z legitimnostjo postopka iz cele vrste drugih razlogov.

Na koncu se dotaknimo še nekaj kritičnih pripomb, ki jih gospod d'Almeida navaja pod številko 4. Gospod d'Almeida trdi, da je veliko resničnih trditev iz te knjige večini bralcev tako razumljivih, da obsežna razlaga, ki jim jo namenjam, ni potrebna. Gospod d'Almeida pravi, da je na tej ravni večina značilnih lastnosti in primerjalnih prednosti in lastnosti dveh povsem idealno tipskih oblik kazenskega postopka že dolgo časa dobro znana. V opombi k temu stavku gospod d'Almeida navaja delo Luigija Ferrajolia *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Rim, Laterza 2008, paragraf 39. Ker mi omenjeno delo v italijanskem jeziku ni dostopno, se lahko le začudim, kako lahko gospod d'Almeida navaja kot nekaj, kar je že dlje časa znano, po navedbi iz dela, ki je bilo objavljeno leta 2008. Splošna trditev, češ da je nekaj notorno, danes pač ne more več temeljiti na navedbi nekega dela v tangencialnem jeziku, kakor je to italijanski, da sploh ne govorimo o tem, da bi za tako trditev kritik moral navesti veliko del, da bi jo utemeljil. V naslednjem stavku me gospod d'Almeida obtožuje, da storim le malo več kot to, da ta notorna dejstva zgolj na novo ubesedim, ta trditev pa seveda spodrsne glede na šepavost zgornje premise (glej zgoraj) o notornosti mojih trditev. Gospod d'Almeida potem citira mojo trditev na 7. strani, češ da ta nasprotja danes ne pritegnejo več veliko pozornosti, in pravi, da za to obstaja dober razlog. Razlog za to naj bi bil, da se danes nima več smisla spuščati v take razprave, češ da desetletja stari vzori drugače oblikovanih kazenskih sistemov danes dajejo gradivo za plodno zasnovno različnih teoretičnih modelov mešanih sistemov, katerih primerjava in razčlenitev bi bili bolj zanimivi, tehtni in uporabni. *Argumento a contrario* torej gospod d'Almeida trdi, da je moja ana-

liza nezanimiva, netehtna in neuporabna. Potem gospod d'Almeida še navede, da se *Minervina sova* trenutnih razprav ali dejanskih določb sodobnih celinskih zakonov redko dotika. Slednje je seveda res, ker odkrito priznavam, da mi sodobni celinski zakoni s svojimi (z)mešanimi postopki niso zanimivi. Nikoli ni bil moj namen obravnavati razlike med portugalskim in španskim kazenskim procesom, lahko pa z gotovostjo trdim, da so neumnosti v modernem italijanskem kazenskem procesu, o tem obstaja cela serija odločb ESČP, posledica površnega kopiranja anglosaškega sistema. Tudi bo gospod d'Almeida težko trdil kar koli o plodnosti primerjav med obema idealno tipskima oblikama kazenskega postopka, če bo njegov diskurz omejen na sodobne celinske zakonike, ki z anglosaškim postopkom nimajo neposrednega stika.

Isto kritiko potem gospod d'Almeida razširi na mojo teorijo o krožnosti mita o zakonitosti v kazenskem materialnem pravu, pri čemer se mu vse trditve zdijo malo pomembne. Če je malo pomembna ugotovitev, da procesno nasilje regenerira nasilje iz materialnega prava, potem si težko predstavljam, kaj je v teoretični presoji sploh še lahko pomembno. Na 155. strani gospod d'Almeida znova zatrdi, da v *Minervini sovi* ni veliko teoretičnih novosti, češ da ta le malo dodaja k mojim prejšnjim prispevkom obravnavanih tem. Na to trditev je zelo lahko odgovoriti, ker *Minervina sova* ni nič drugega kot moji prejšnji prispevki obravnavanih tem, zbrani v eno knjigo. Potem pravi gospod d'Almeida, da knjiga družijo večino mojega dela zadnjih tridesetih let, kar je sicer res, ne pa veliko več. Brez nepotrebne skromnosti se lahko začudim, da se gospodu d'Almeidi tri desetletja pravnega teoretiziranja ne zdijo prav veliko. In tako naprej.

Na koncu svojega odgovora se moram gospodu d'Almeidi brez kakršne koli ironije iskreno zahvaliti, da je moje delo sploh prebral in ga dovolj natančno in kritično analiziral. Z rahlim priokusom grenkobe moram namreč pripomniti, da je to prvi odziv na knjigo sploh, to je, da je bila v akademskih krogih, vsaj če presojamo po tem, kar objavlja Google, popolnoma prezrta. Razlogi za to so mi sicer očitni, vendar jih tu ne morem navesti. Po drugi strani pa naslov knjige kaže na avtorjevo nostalgijo za časi, ko so se moralne dileme, ki jih knjiga odbira in obravnava, še zdele pomembne. Heglova *Minervina sova* namreč zleti v mraku, potem ko je belina dneva že minila.