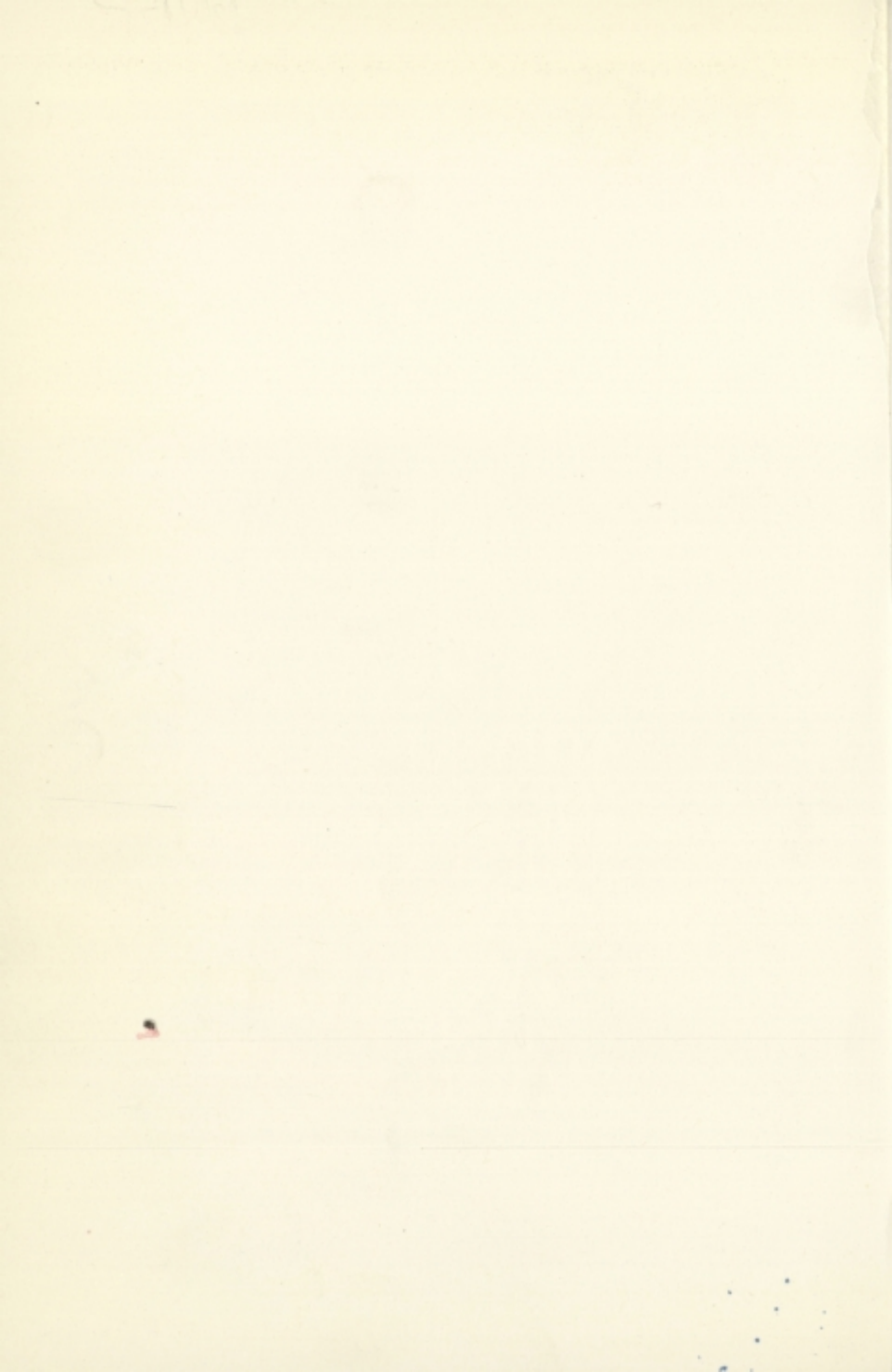


**PRAVNI  
MEMORANDUM**

**PRAVNI  
MEMORANDUM**

**VOJAŠKI  
TOŽILEC  
VERSUS  
BORŠTNER  
JANŠA  
TASIĆ  
ZAVRL**

**PRAVNI  
MEMORANDUM**





124/1125

**PRAVNI  
MEMORANDUM**

Boštjan M. Zupančič  
Cerar, dipl. iur.  
Asistent Blaž Mrva, dipl. iur.  
Ali Žerdin, abs. soc.  
Katja Šugman, abs. iur.  
Mateja Končina, stud. iur.  
Katarina Marolt, stud. iur.  
Bojan Bugarič, stud. iur.

**PRAVNI  
MEMORANDUM**

**Vojaški tožilec versus  
Borštner, Janša, Tasić, Zavrl**

CP - Institutacija v knjigi  
Naroden in univerzitetni knjižnica  
341.31.086 (WV.12 Ljubljana)


PRAVNI memorandum : Prava prosta  
Borštner, Tasić, Zavrl in Janša  
Boštjan M. Zupančič, et al.  
Prva izdaja  
Časopis za pravno teorijo in pravo  
Ljubljana : Zvezek 17, 1989  
I ZUPANČIČ Boštjan M.



CIP - katalogizacija v knjigi  
Narodna in univerzitetna knjižnica  
344.31.096 (497.12 Ljubljana)

PRAVNI memorandum : Proces proti  
Borštnerju, Tasiću, Zavrlu in Janši /  
[skupina avtorjev Boštjan M. Zupančič... et al. ]. -  
Ljubljana : Časopis za kritiko znanosti, 1989

1. ZUPANČIČ, Boštjan M.



---

Profesor dr. Boštjan M. Zupančič

Asistent Miro Cerar, dipl. iur.

Asistent Blaž Mrva, dipl. iur.

Ali Žerdin, abs. soc.

Katja Šugman, abs. iur.

Mateja Končina, stud. iur.

Katarina Marolt, stud. iur.

Bojan Bugarič, stud. iur.

# **PRAVNI MEMORANDUM**

Vojaški tožilec versus  
Borštner, Janša, Tasić, Zavrl

*Pričujoči memorandum je nastal kot poskus sintetične obdelave vseh problemov, katere je poleti 1988 na pravni ravni sprožil proces proti Janši in ostalim pred vojaškim sodiščem v Ljubljani. Memorandum je sestavljen iz decimalne klasifikacije problemov, kronologije dogodkov, uvoda ter poglavij, ki so po vrsti posvečena uporabi jezika, človekovim pravicam na mednarodni in ustavni ravni, procesnopravnim vprašanjem, vprašanjem s področja materialnega prava ter posebej vprašanjem vojaškopravne narave.*

*V Uvodu so nakazani vsi najpomembnejši problemi, zato naj tisti, ki ne more prebrati celotnega memoranduma, vzame v roke najprej Uvod. Vprašanje jezika je obdelano s pravne formalnogične plati, kakor tudi z zgodovinske in pozitivnopravne plati. V poglavju o človekovih pravicah je poudarek na skladnosti naših ustavnih določb z mednarodnopravnimi postulati, katere je Jugoslavija ratificirala, po drugi strani pa tudi na skladnosti nižjih pravnih norm z določbami Ustave SFRJ in Ustave SRS. Poglavje o procesnopravnih vprašanjih teče po zaporedju procesnih dogodkov in pravnih sredstev, kakor tudi na splošno pro-*

Prva izdaja

Časopis za kritiko znanosti

Ljubljana, april 1989

---

Pričujoči Memorandum je plod teamskega napora pravnikov, ki so s svojim delom zadostili tisti potrebi, kateri ni uspela zadostiti nobena od etabliranih institucij. Ker se je v odmevu na Memorandum pokazalo, da je potreb po taki teamski pravni ekspertizi pri nas še veliko, se je skupina avtorjev odločila ustanoviti svoj Institut za primerjalno pravo.

Naslov: Mikro Ada, Cankarjeva 10, telefon (061) 214-823

# PRAVNI MEMORANDUM

Vojaske tožilec versus  
Borštnet, Jarša, Tasič, Zavrl

CIP - bibliografska v knjižnici  
Narodna in univerzitetna knjižnica  
344.31.06 (497.12 Ljubljana)

PRAVNI memorandum : avtorji proti  
Borštnet, Jarša, Tasič, Zavrl in /  
knjižnica M. Zupančič, avtorji avtorji avtorji  
Ljubljana : avtorji avtorji avtorji

1. ZUPANČIČ, Miroslav M.

Prva izdaja  
Časopis za pravo znanost  
Ljubljana, apríl 1989



# 1. Predgovor

Pričujoči memorandum je nastal kot poskus sintetične obdelave vseh problemov, katere je poleti 1988 na pravni ravni sprožil proces proti Janši in ostalim pred vojaškim sodiščem v Ljubljani. Memorandum je sestavljen iz decimalne klasifikacije problemov, kronologije dogodkov, uvoda ter poglavij, ki so po vrsti posvečena uporabi jezika, človekovim pravicam na mednarodni in ustavni ravni, procesnopравни vprašanjem, vprašanjem s področja materialnega prava ter posebej vprašanjem vojaškopravne narave.

V Uvodu so nakazani vsi najpomembnejši problemi, zato naj tisti, ki ne more predelati celotnega memoranduma, vzame v roke najprej Uvod. Vprašanje jezika je obdelano s pravne formalnogične plati, kakor tudi z zgodovinske in pozitivnopravne plati. V poglavju o človekovih pravicah je poudarek na skladnosti naših ustavnih določb z mednarodnopravnimi postulati, katere je Jugoslavija ratificirala, po drugi strani pa tudi na skladnosti nižjih pravnih norm z določbami Ustave SFRJ in Ustave SRŠ. Poglavje o procesnopravnih vprašanjih teče po zaporedju procesnih dogodkov od pripora pa do možnosti vložitve izrednih pravnih sredstev pred zveznim sodiščem SFRJ. Poudarek v tem poglavju je tako na konkretnih kršitvah, kakor tudi na splošni pro-

blematičnosti nekaterih določb v našem Zakonu o kazenskem postopku. Poglavje o materialnem kazenskem pravu zadeva vprašanja o opredelitvi izdaje vojaške skrivnosti, kakor tudi določena vprašanja iz splošnega dela, na primer vprašanje skrajne sile, dejanske in pravne zmote itd. Na koncu je še zelo pomembno poglavje o vojaškopravnih vprašanjih, ki obravnava predvsem vprašanje pristojnosti vojaških sodišč, potem pa po vrsti vse problematične določbe Zakona o vojaških sodiščih. Memorandum nima posebnega sklepnega dela, ker je večina vprašanj povzetih v uvodu.

Izdelavo tega memoranduma je omogočilo Predsedstvo republiške konference SZDL, sofinancirali pa so jo Patentna pisarna v Ljubljani, Gospodarska zbornica Slovenije, Ljubljanska banka - Gospodarska banka Ljubljana, ABC Pomurka DO Delikatesa TOZD Prodaja na drobno, ITEO, Zavod za organizacijo poslovanja, Zavod za produktivnost dela, Lesnina TOZD Inženiring za gradnje in tehnologijo in Milan Lovrenčič - Center za gospodarsko svetovanje.

Memorandum je kolektivno delo študentov Pravne fakultete. Projekt je vodil Boštjan M. Zupančič.

Ljubljana, september 1988

V uvodu so nakazani vsi najpomembnejši problemi, zato naj  
isti, ki ne more prebrati celotnega memoranduma, vzame v  
toke najprej Uvod. Vprašanje jezika je obdelano s pravne  
formalnološke plat, kakor tudi z zgodovinske in pozitivne  
vprašane plat. V poglavju o človekovih pravicah je pou-  
darek na skladnost naših ustavnih določb z mednarodno-  
pravnimi postulat, katere je jugoslovjska ustava, po drugi  
strani pa tudi na skladnost nižjih pravnih norm z  
določbami Ustave SFRJ in Ustave SRŠ. Poglavje o procesno-  
pravnih vprašanjih torej po zaporedju procesnih dogodkov  
od prijopa pa do možnosti vložitve izrednih pravnih sred-  
stev pred zveznim sodiščem SFRJ. Fundarek v tem poglavju  
je tako na konkretnih kršitvah, kakor tudi na splošni pro-



# 2. Kazalo

|        |                                                                       |    |
|--------|-----------------------------------------------------------------------|----|
| 1.     | <b>Predgovor</b>                                                      | 5  |
| 2.     | <b>Kazalo</b>                                                         | 7  |
| 3.     | <b>Kronologija dogodkov</b>                                           | 13 |
| 4.     | <b>Uvod</b>                                                           | 21 |
| 4.1.   | <b>Pojem pravne države in zakonitosti</b>                             | 21 |
| 4.1.1. | <b>Splošno o pravni državi</b>                                        | 21 |
| 4.1.2. | <b>Nujnost vnaprejšnosti pravnih norm</b>                             | 22 |
| 4.1.3. | <b>Restriktivna razlaga kazenskih določb</b>                          | 23 |
| 4.2.   | <b>Temeljna razlika med anglosaškim in kontinentalnim sodnikom</b>    | 24 |
| 4.2.1. | <b>Vprašanje iztožljivosti ustavnih pravic v kontinentalnem pravu</b> | 24 |
| 4.2.2. | <b>Bistvo instituta habeas corpus</b>                                 | 25 |
| 4.2.3. | <b>Vzroki in posledice formalno logičnega pravnega pojmovanja</b>     | 25 |
| 4.2.4. | <b>Odnos med državo in pravom</b>                                     | 26 |
| 4.3.   | <b>Nekaj ustavnopravnih vidikov primera Janša</b>                     | 26 |
| 4.3.1. | <b>Določenost v zakonu</b>                                            | 26 |
| 4.3.2. | <b>Vnaprejšnost določitve kaznivega dejanja</b>                       | 27 |
| 4.4.   | <b>Vprašanje kazenske odgovornosti</b>                                | 27 |
| 4.4.1. | <b>Opustitveno dejanje, storjeno z nezavestno malomarnostjo</b>       | 27 |
| 4.4.2. | <b>Skrajna sila in primer Ellsberg</b>                                | 28 |

|          |                                                                                |    |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.4.2.1. | Še o absurdnosti podobnih situacij                                             | 30 |
| 4.4.3.   | Zakaj obtožba po 3. odstavku 224. člena KZ SFRJ<br>ne vzdrži pravne kritike    | 30 |
| 4.4.3.1. | Vprašanje odgovornosti za opustitev                                            | 31 |
| 4.5.     | Pristojnost vojaških sodišč nad civilnimi osebami                              | 32 |
| 4.5.1.   | Sodišča med sojenjem in iskanjem resnice                                       | 32 |
| 4.5.2.   | Vojaška sodišča v funkciji učinkovitega iskanja resnice                        | 32 |
| 4.5.3.   | Armada kot subkultura in primerjava s cerkvijo                                 | 33 |
| 4.5.4.   | Delna sprejemljivost pristojnosti vojaških sodišč nad vojaškimi osebami        | 33 |
| 4.5.5.   | Kriterij pristojnosti vojaških sodišč ad personam kot indikator<br>moči vojske | 34 |
| 4.5.6.   | Vojska kot stranka in razsodnik                                                | 34 |
| 4.5.7.   | Vprašanje neodvisnosti vojaških sodišč                                         | 34 |
| 4.5.8.   | Pravica do enakega varstva pravic pred zakonom v postopku                      | 35 |
| 4.5.8.1. | 180. člen ustave SFRJ in 2. odstavek 221. člena ustave SFRJ sta v koliziji     | 35 |
| 4.5.8.2. | Ustavna norma o enakosti pred zakonom je v hierarhiji<br>ustavnih norm više    | 36 |
| 4.5.9.   | Vojaška sodišča kot del rednega sodstva                                        | 37 |
| 4.6.     | Sodišče je ali preiskovalec ali razsodnik (neodvisnost sojenja)                | 38 |
| 4.6.1.   | Sodišče v funkciji preiskovalca                                                | 38 |
| 4.6.2.   | Pasivna ambivalentnost sodišča in iniciativa strank                            | 39 |
| 4.6.3.   | Akuzatorna koncepcija kot edina prava struktura postopka                       | 39 |
| 4.6.3.1. | Pravica stranke "imeti svoj dan na sodišču"                                    | 40 |
| 4.6.3.2. | Pravica soočiti se s pričami zoper sebe                                        | 41 |
| 4.6.4.   | Dve različni pojmovanji sodnega postopka                                       | 41 |
| 4.6.4.1. | Spor kot sredstvo za odkrivanje resnice                                        | 41 |
| 4.6.4.2. | Resnica kot sredstvo za rešitev spora                                          | 42 |
| 4.6.4.3. | Kako se ta razlika kaže v razmerju med civilnim in kazenskim pravom            | 43 |
| 4.6.4.4. | Iskanje resnice izključuje razsojanje zato je resnica tujek v pravu            | 43 |
| 4.6.4.5. | Relativnost resnice                                                            | 44 |
| 4.6.4.6. | Preveč resnicoljubni kontinentalni kazenski postopek                           | 45 |
| 4.6.5.   | Vprašanje verjetnosti v kazenskem postopku                                     | 46 |
| 4.6.5.1. | Poseganje v človekovo integriteto - jemanje pravic na kredit                   | 48 |
| 4.6.5.2. | Zakaj postulat verjetnosti nasprotuje načelu "oko za oko"?                     | 49 |
| 4.7.     | Pravica zoper samoobtožbo                                                      | 49 |
| 4.7.1.   | O različnosti resnic                                                           | 49 |
| 4.7.1.1. | Znanstveneksperiment                                                           | 50 |
| 4.7.1.2. | Neponovljivost dogodkov v pravu in božja sodba                                 | 51 |
| 4.7.2.   | Razkol v Evropskem kazenskem pravu                                             | 52 |
| 4.7.3.   | Objektivnost versus popolnost                                                  | 52 |
| 4.7.4.   | Umetna narava spora v kazenskem postopku - država se odpove delu<br>svoje moči | 53 |
| 4.7.5.   | V čem je razlika med kazenskim in civilnim pravom                              | 57 |
| 4.7.6.   | Spor kot bistvo vsega pravnega                                                 | 59 |
| 4.7.7.   | Spor kot sredstvo za zagotavljanje pravne varnosti                             | 60 |
| 4.7.8.   | Predpostavka nedožnosti                                                        | 64 |



|          |                                                                                    |     |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.7.8.1. | Ratio legis presumpcij sploh                                                       | 65  |
| 4.7.8.2. | Pravni status odločitev v dvomu                                                    | 65  |
| 4.7.8.3. | Predpostavka nedolžnosti v naši zakonodaji                                         | 66  |
| 4.7.8.4. | Postulat presumpcije nedolžnosti v kontinentalnem pravu                            | 66  |
| 4.7.8.5. | Izvedljivost presumpcije nedolžnosti v akuzatornem postopku                        | 67  |
| 4.7.9.   | Zakonitost                                                                         | 68  |
| 4.8.     | Sklep                                                                              | 73  |
| 5.       | <b>Jezik</b>                                                                       | 75  |
| 5.1.     | Procesnopравни vidik                                                               | 75  |
| 5.2.     | Ustavnopравни vidik                                                                | 78  |
| 5.2.1.   | Tretji člen zakona o vojaških sodišč je v nasprotju z ustavo SFRJ                  | 79  |
| 5.2.2.   | Razmerje med republiško in zvezno ustavo                                           | 80  |
| 5.2.3.   | Poslovník vojaških sodišč prve stopnje                                             | 81  |
| 5.2.4.   | Ugotavljanje neveljavnosti določb poslovníka in zakona o vojaških sodiščih         | 82  |
| 5.3.     | Vprašanje izvršitve protiustavne sodbe                                             | 83  |
| 5.4.     | Slovenski jezik kot izraz slovenske samobitnosti                                   | 85  |
| 5.5.     | Pravica do svobodne uporabe jezika kot individualna pravica                        | 89  |
| 5.6.     | Vojaško sodišče ni upoštevalo slovenske ustave                                     | 92  |
| 5.7.     | Ali velja 212. člen slovenske ustave tudi za pripadnike drugih narodnosti          | 95  |
| 5.8.     | V čem je problematika 2. odstavka 243. člena ustave SFRJ                           | 98  |
| 5.9.     | Sklepne ugotovitve                                                                 | 101 |
| 6.       | <b>Človekove pravice</b>                                                           | 103 |
| 6.1.     | Uvod                                                                               | 103 |
| 6.2.     | Izvor in pravna narava človekovih pravic                                           | 105 |
| 6.3.     | Ali je mednarodno pravo nadrejeno notranjemu pravu                                 | 108 |
| 6.3.1.   | Pravni status mednarodnih pogodb v jugoslovanskem pravu                            | 108 |
| 6.3.1.1. | Ustavne določbe ne dajejo jasnega odgovora glede statusa mednarodnih pogodb        | 108 |
| 6.3.1.2. | Kaj storiti, kadar sta v koliziji jugoslovanski zakon in mednarodna pogodba        | 110 |
| 6.3.1.3. | Pravna veljava mednarodnih pogodb je odvisna od materije, ki jo pogodba ureja      | 110 |
| 6.4.     | Mednarodnopravne obveznosti Jugoslavije s področja človekovih pravic               | 111 |
| 6.4.1.   | Človekove pravice v jugoslovanskem pravnem redu                                    | 111 |
| 6.4.2.   | Človekove pravice v mednarodnem pravu                                              | 112 |
| 6.4.3.   | Ustanovna listina združenih narodov                                                | 113 |
| 6.4.4.   | Splošna deklaracija človekovih pravic                                              | 113 |
| 6.4.5.   | Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah                             | 114 |
| 6.4.6.   | Helsinška listina                                                                  | 114 |
| 6.4.7.   | Splošno priznane norme mednarodnega prava                                          | 114 |
| 6.5.     | Človekove pravice v pozitivnem pravu ter odnos med mednarodnim in notranjim pravom | 116 |
| 6.5.1.   | Človekove pravice imajo najvišji pravni status                                     | 117 |

|            |                                                                                                    |     |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.5.1.1.   | Zgodovinski viri                                                                                   | 117 |
| 6.5.1.2.   | Status človekovih pravic izhaja že iz njihove narave                                               | 117 |
| 6.5.1.3.   | Mednarodna sodišča za človekove pravice                                                            | 118 |
| 6.5.1.4.   | Dve odločbi ustavnega sodišča Jugoslavije                                                          | 118 |
| 6.5.2.     | Na področju človekovih pravic moramo ustavo pojmovati v materialnem smislu                         | 119 |
| 6.5.3.     | Pravni akti o človekovih pravicah se med seboj dopolnjujejo                                        | 120 |
| 6.6.       | Pravni status mednarodnega pakta državljskih pravicah                                              | 120 |
| 6.6.1.     | Pakt se neposredno uporablja                                                                       | 120 |
| 6.6.1.1.   | Neposredno uporabo mednarodnih pogodb dopušča ustava SFRJ                                          | 120 |
| 6.6.1.2.   | Neposredno uporabo dopušča materija človekovih pravic                                              | 121 |
| 6.6.1.3.   | Na neposredno uporabo se sklicuje jugoslovanska vlada                                              | 122 |
| 6.6.2.     | Pakt ne vsebuje ničesar, kar bi bilo v nasprotju z jugoslovanskim pravnim redom                    | 122 |
| 6.6.3.     | V paktu samem je določen njegov višji pravni status vis-a-vis vsem drugim predpisom                | 122 |
| 6.6.7.     | Posamezne človekove pravice                                                                        | 123 |
| 6.6.7.1.   | Pravica do proste izbire zagovornika                                                               | 123 |
| 6.7.1.1.   | Pravica do proste izbire zagovornika v ustavi in zakonu o kazenskem postopku                       | 123 |
| 6.7.1.2.   | Pravica do proste izbira zagovornika v paktu                                                       | 124 |
| 6.7.1.3.   | Pravica do proste izbira zagovornika v drugih mednarodnih konvencijah                              | 124 |
| 6.7.1.4.   | Kršitve pravic do proste izbire zagovornika                                                        | 125 |
| 6.7.1.5.   | Kaj je izjavil predstavnik jugoslovanske vlade pred komitejem za človekove pravice                 | 125 |
| 6.7.2.     | Pravica do navzočnosti zagovornika ob prvem stiku z policijo                                       | 126 |
| 6.7.2.1.   | Notranje pravo                                                                                     | 126 |
| 6.7.2.2.   | Kdaj se kazenski postopek zares začne                                                              | 127 |
| 6.7.2.3.   | Pomen pravice do zagovornika za uresničevanje drugih pravic v postopku                             | 127 |
| 6.7.3.     | Pravica do prostega občevanja z zagovornikom                                                       | 128 |
| 6.7.3.1.   | Nujnost zasebnosti občevanja načelno priznava tudi ZKP                                             | 128 |
| 6.7.3.2.   | Pakt terja spoštovanje zasebnosti občevanja z zagovornikom                                         | 129 |
| 6.7.4.     | Pravica do neodvisnega in nepristranega sojenja                                                    | 130 |
| 6.7.4.1.   | Splošno o neodvisnosti sodišč                                                                      | 130 |
| 6.7.4.2.   | Neodvisnost sodišča v sistemu enotne in deljene oblasti                                            | 131 |
| 6.7.4.3.   | Izločitev sodnika kot instrument za doseganje nepristranskosti                                     | 132 |
| 6.7.4.4.   | Instrumenti za zagotavljanje neodvisnosti sodišč                                                   | 132 |
| 6.7.4.4.1. | Sodniki naj bodo vezani le na zakon                                                                | 133 |
| 6.7.4.4.2. | Volilnost sodnikov                                                                                 | 133 |
| 6.7.4.4.3. | Merilo moralno-politične primernosti je sporno                                                     | 134 |
| 6.7.4.4.4. | Stalnost sodniške službe                                                                           | 134 |
| 6.7.4.5.   | Pravica do nara vnega sodnika                                                                      | 136 |
| 6.7.4.6.   | Nevarnost, ki jo predstavljajo izredna in vojaška sodišča za neodvisnost in nepristranskot sojenja | 137 |
| 6.7.4.6.1. | Zgodovinski viri                                                                                   | 137 |



|            |                                                                                     |     |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.7.4.6.2. | Opozorilo komiteja za človekove pravice                                             | 137 |
| 6.7.4.6.3. | Predstavnik jugoslovanske vlade ni povedal vsega glede pristojnosti vojaških sodišč | 138 |
| 6.7.4.6.4. | Komite pogosto ugotavlja kršitve človekovih pravic s strani vojske                  | 138 |
| 6.7.4.7.   | Sodijo naj sodišča, ki so državljanom najbližja                                     | 138 |
| 6.7.5.     | Pravica zaslišati sovražne priče in priče obrambe                                   | 139 |
| 6.7.6.     | Prepoved izsiljevanja izjav in priznanj in prepoved mučenja nasploh                 | 140 |
| 6.7.7.     | Domneva nedolžnosti                                                                 | 142 |
| 6.7.8.     | Javnost sojenja                                                                     | 144 |
| 6.7.9.     | Pravica do učinkovite pritožbe                                                      | 145 |
| 6.8.       | Sklep                                                                               | 146 |
| 7.         | Procesnopravna prašanja                                                             | 149 |
| 7.1.       | Uvod                                                                                | 149 |
| 7.1.1.     | Učinkovitost postopka versus varstvo pravic in svoboščin                            | 149 |
| 7.1.2.     | Razvoj ureditve kazenskega postopka po drugi svetovni vojni                         | 150 |
| 7.2.       | Predhodni postopek                                                                  | 151 |
| 7.2.1.     | Kdaj je sum, da je bilo kaznivo dejanje storjeno, utemeljen                         | 152 |
| 7.2.2.     | Neformalnost predhodnega postopka                                                   | 153 |
| 7.2.2.1.   | Predhodni postopek je zaradi neformalnosti moč zlorabiti                            | 153 |
| 7.2.3.     | Kako preprečiti zlorabo predhodnega postopka                                        | 155 |
| 7.2.3.1.   | Ekskluzija                                                                          | 155 |
| 7.2.3.2.   | Predhodnem postopku je potrebno dati ustrezno procesno obliko                       | 157 |
| 7.2.3.3.   | Pravica do zagovornika v predhodnem postopku                                        | 158 |
| 7.2.3.3.1. | Kako je bilo s pravico do zagovornika v primeru Janša                               | 160 |
| 7.2.4.     | Pripor                                                                              | 161 |
| 7.2.4.1.   | Zakaj je ustavnost 191. člena ZKP dvomljiva                                         | 161 |
| 7.2.4.2.   | Pripor lahko odredijo tudi ONZ pred začetkom preiskave                              | 162 |
| 7.2.4.2.1. | Osumljenec ni deležen procesnih garancij                                            | 163 |
| 7.2.4.2.2. | Delovanje ONZ v predhodnem postopku je potrbeno procesnopravno opredeliti           | 162 |
| 7.2.4.3.   | Pripor v primeru Janša                                                              | 163 |
| 7.2.5.     | Vsak prisilni ukrep pred pravnomočnostjo sodbe je nekorekten                        | 164 |
| 7.2.6.     | Kako je z razmerami v vojaških preiskovalnih zaporih?                               | 165 |
| 7.3.       | Faza obtoževanja                                                                    | 165 |
| 7.3.1.     | Pravica do vpogleda v spis                                                          | 166 |
| 7.3.2.     | Pravica do svobodne izbire zagovornika                                              | 166 |
| 7.4.       | Glavna obravnava                                                                    | 167 |
| 7.4.1.     | Izključitev predsednika senata                                                      | 167 |
| 7.4.1.1.   | Namen instituta izločitve sodnika                                                   | 167 |
| 7.4.1.2.   | Izločitev sodnika zaradi sodelovanja v izvenobravnavnem senatu                      | 168 |
| 7.4.1.3.   | Predlog za izločitev sodnika v primeru Janša                                        | 171 |
| 7.4.2.     | Problem jezika v postopku na glavni obravnavi                                       | 174 |
| 7.4.3.     | Izključitev civilnega zagovornika                                                   | 176 |
| 7.4.4.     | Sodna odločba se ne mora opirati na izpovedbo priče, ki je postala obdolženec       | 180 |

|            |                                                                         |     |
|------------|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.4.5.     | Izključitev javnosti na glavni obravnavi                                | 183 |
| 7.4.5.1.   | Pomen načela javnosti v kazenskem postopku                              | 183 |
| 7.4.5.1.1. | Opredelitev v pravnih aktih                                             | 183 |
| 7.4.5.2.   | Izključitev javnosti v primeru Janša                                    | 184 |
| 7.4.6.     | Zagotovitev kontradiktornosti na glavni obravnavi                       | 186 |
| 7.4.7.     | Procesne kršitve pri izdaji sodbe                                       | 192 |
| 7.5.       | Izredna pravna sredstva                                                 | 195 |
| 8.         | <b>Materialno-pravna vprašanja</b>                                      | 199 |
| 8.1.       | Analiza 224. člena kazenskega zakona SFRJ                               | 199 |
| 8.1.1.     | Podrobneje o prvem odstavku                                             | 199 |
| 8.1.2.     | Problem različnega tolmačenja                                           | 202 |
| 8.2.       | Vprašanje udeležbe                                                      | 206 |
| 8.2.1.     | Dolus eventualis                                                        | 206 |
| 8.2.2.     | Nujno sotorilstvo                                                       | 208 |
| 8.3.       | Težave s tolmačenjem besede "zbirati" v dispoziciji 224/1 člena KZ SFRJ | 209 |
| 8.4.       | Še o besedi "neupravičeno" v dispoziciji istega člena                   | 209 |
| 8.5.       | Skrajna sila                                                            | 210 |
| 8.5.1.     | Vprašanje vrednotenja, katero zlo je večje                              | 211 |
| 8.6.       | Zmota v KZ SFRJ                                                         | 212 |
| 8.6.1.     | Dejanska ali pravna zmota                                               | 213 |
| 8.7.       | Posebej o pojmu protipravnosti                                          | 215 |
| 9.         | <b>Vojaškopravna vprašanja</b>                                          | 219 |
| 9.1.       | Uvod                                                                    | 219 |
| 9.2.       | Primerjalno-pravni pregled                                              | 221 |
| 9.2.1.     | Vprašanje pristojnosti vojaških sodišč nad civilnimi osebami            | 221 |
| 9.2.2.     | Vprašanje neodvisnosti vojaških sodišč                                  | 223 |
| 9.3.       | Zgodovinski pregled                                                     | 237 |
| 9.4.       | Pravica do civilnega zagovornika                                        | 245 |
| 9.4.1.     | Problem ohlapne določenosti "vojaške skrivnosti"                        | 248 |
| 9.4.2.     | Problematika vojaškega zagovornika                                      | 251 |
| 9.5.       | Povzetek                                                                | 252 |
| 10.        | <b>Seznam literature</b>                                                | 255 |
| 10.1.      | Knjige in monografije                                                   | 255 |
| 10.2.      | Strokovni članki                                                        | 257 |
| 10.3.      | Pravni viri                                                             | 261 |
| 10.4.      | Miscellanea                                                             | 263 |
| 10.5.      | Seznam kratic in okrajšav                                               | 263 |



### 3. *Kronologija dogodkov*

**31. maja 1988 ob 6. uri** zjutraj so delavci organov za notranje zadeve Ljubljana-mesto po členu 206<sup>1</sup> in 210<sup>2</sup> ZKP opravili v stanovanju in na delovnem mestu Janeza Janše hišno preiskavo. Razlog za hišno preiskavo je bil sum izdaje vojaške skrivnosti po prvem odstavku člena 224 Kazenskega zakona SFRJ.<sup>3</sup> Hišno preiskavo je izvedlo osem delavcev organov za notranje zadeve, snemali pa so jo z video

1 Zakon o kazenskem postopku (v nadaljevanju "ZKP"), Ur.LSFRJ 4/77; Zakon o spremembah in dopolnitvah ZKP, Ur.LSFRJ št. 14/85.

Določba 206. člena se glasi:

"(1) Preiskava stanovanja in drugih prostorov obdolženca ali drugih oseb se sme opraviti, če je verjetno, da bo mogoče pri preiskavi obdolženca prijeti ali da se bodo odkrili sledovi kaznivega dejanja ali predmeti, ki so pomembni za kazenski postopek."

Določba je nesmiselna toliko, kolikor je redundantno policiji naročati, naj dela preiskave samo tam, kjer je verjetno, da bo našla kakšne sledove. Določba je smiselna toliko, kolikor je to zakonita zahteva po eksplicirani, artikulirani, določni in konkretni "verjetnosti" sledov določnega "kaznivega dejanja" -- torej ne karkoli in na podlagi kakršnekoli spekulativne ocene. Ta zahteva pa povsem izgubi svojo omejitveno vrednost v sobesedilu prvega odstavka člena 210 ZKP, ki presojo o omenjenih merilih prepušča organom za notranje zadeve, *Infra*, op. št.2

2 Člen 210, prvi odstavek:

"Poblaščenе uradne osebe organov za notranje zadeve smejo tudi brez odredbe stopiti v tuje stanovanje, če je očitno, da se drugače ne bi mogli zavarovati dokazi."

3 Ur.L. SFRJ, št. 44-654/76 in 36/77 ter spremembe in dopolnitve v št. 34-350/84. V nadaljevanju "KZ SFRJ".

kamero. Med preiskavo prostorov Mikro Ade, katere uslužbenec je Janša, so našli dve fotokopiji, za kateri so sumili, da predstavljata del vojaškega povelja zaupne narave. Še isti dan so organi za notranje zadeve zoper Janšo odredili pripor.<sup>4</sup> Poleg spornih fotokopij so Janši odvzeli še večje število drugih dokumentov. Pod potrdilo o zaseženih predmetih so se podpisali naslednji uslužbenci Uprave za notranje zadeve (v nadaljevanju UNZ): Kobal, Ivanković, Hrastar.

Istega dne so varnostni organi JLA prijeli zastavnika Borštnerja in ga s kazensko ovadbo za isto kaznivo dejanje kot Janšo izročili preiskovalnemu sodniku ljubljanskega vojaškega sodišča. Obe aretaciji sta potekali sinhrono, le da se je za aretacijo Ivana Borštnerja izvedelo šele štiri dni kasneje.

Že 1. junija so Janšo prepeljali v vojaški zapor in je bil tudi zaslišan.<sup>5</sup>

3. junija je Tanjug sporočil, da je vojaški tožilec zahteval uvedbo preiskave, češ da obstaja utemeljen sum, da sta izdala vojaško skrivnost.

V soboto, 4. junija 1988, so organi za notranje zadeve aretirali Davida Tasiča. Prijet je bil doma v Mostu na Soči, nato pa so ga prepeljali v prostore UNZ Ljubljana-mesto in ga predali vojaški policiji. V vojaškem priporu so mu okrog 23. ure odvzeli ključe uredništva Mladine.

Preiskavo v uredništvu Mladine so izvedli naslednji dan okrog 11. ure. Po pičlih štirih minutah so preiskovalci UNZ v mapah na Tasičevi mizi našli dve fotokopiji. Preiskovalni sodnik Ranić je na temelju tako zbranih podatkov izdal sklep o razširitvi preiskave tudi proti Davidu Tasiću zavrlojo utemeljenega suma, da je storil enako kaznivo dejanje kot Janša in Borštner.<sup>6</sup> Vodja preiskovalcev UNZ Drago Isajlović ni dovolil, da bi Tasić podpisal pooblastilo odvetniku Demšarju. Hkrati ni dovolil, da bi Tasić pokazal priporni nalog, in ob tem dejal, da je Tasić "njihov" in se nima pravice pogovarjati.<sup>7</sup>

Tanjug je 6. 6. 1988 prinesel sporočilo za javnost, ki ga je posredoval preiskovalni sodnik Milan Ranić. Navaja, da je dokument, ki so ga našli pri Janši identičen z dokumentom,

4 Po 2. točki 2. odstavka 19l. člena ZKP, ki se glasi:

"Če je podan utemeljen sum, da je določena oseba storila kaznivo dejanje, pa ni pogojev za obvezen pripor, se sme pripor zoper njo odrediti, če je upravičena bojazen, da bo uničila sledove kaznivega dejanja, ali če posebne okoliščine kažejo, da bo ovirala preiskavo s tem, da bo vplivala na priče, udeležence ali prikrivalce." To je t. i. koluzijska nevarnost.

5 Vir: Delo, 2.1988.

6 Vir: Delo, 6.6.1988.

7 Sporočilo uredništva Mladine za javnost, 5.6.1988.



ki so ga našli pri Borštnerju. Preiskava naj bi ugotovila, s kakšnimi nameni so osumljenci prišli do dokumenta. Ranić je dodal, da se o postopku zoper omenjene osebe v delu javnosti širijo različne samovoljne in povsem neutemeljene govorice, ki želijo vplivati na delo pravosodnih organov. Šlo naj bi za pritisk na pravosodne organe, ki da vodijo postopek natančno in v skladu s svojimi dolžnostmi in veljavnimi zakonskimi predpisi.

Takoj po aretaciji je začel delovati Odbor za varstvo pravic Janeza Janše (kasneje "Odbor za varstvo človekovih pravic"). Odbor je ves čas svojega delovanja poudarjal nekaj ključnih zahtev: izpustitev priprtih, možnost obrambe s prostosti, javnost glavne obravnave in sodelovanje civilnega zagovornika na glavni obravnavi. Hkrati je 7. 6. 1988 odbor zahteval, naj se svojem omogoči obisk priprtih.

8. 6. 1988 Tomaž Ertl, republiški sekretar za notranje zadeve, nastopi v Delovem intervjuju. Pove, da dokument, najden v preiskavi, ni imel oznake vojaška skrivnost. Ertl pojasni, da so organi za notranje zadeve odkrili, da gre za kaznivo dejanje pri Janši, pri Tasiću pa je preiskavo zahteval vojaški tožilec, verjetno na podlagi dokazov, zbranih v postopku z Janšo in Borštnerjem. Hkrati je Ertl zanikal hipoteze o povezanosti aretacij in govoric o vojaškem udaru in seznamu ljudi, predvidenih za aretacije.

8. 6. 1988 je Odbor za varstvo človekovih pravic sporočil, da so pripravili Janšo obiskali svojci. Hkrati so svojci obiskali tudi Tasića in Borštnerja. Istega dne je republiški javni tožilec Car povedal, da so ga organi za notranje zadeve o aretaciji Janeza Janše obvestili šele 2. 6. 1988. Hkrati pa so delegacije Odbora za varstvo človekovih pravic obiskale predsednike predsedstva, CK ZKS in skupščine. Stika s poveljnikom Ljubljanskega armadnega območja generalom Višnjičem kljub vztrajnim prizadevanjem niso mogli vzpostaviti.

9. 6. 1988 je predsednik predsedstva SRS Janez Stanovnik obiskal predsednika predsedstva SFRJ Raifa Dizdarevića. Stanovnik je dobil zagotovila, "da bo storjeno vse, da bi se postopek v primeru Janša, Tasić, Borštner čim hitreje odvijal". Ker je pravno delo izjemno obširno in zato, da bi res pospešili postopek, bo okrepljeno strokovno osebje pravosodnih organov v Ljubljanskem armadnem okrožju (LAO), ki se ukvarja s postopkom. Raif Dizdarević je tudi zagotovil, da bo javnost o vsem obveščena, takoj ko bo postopek končan.<sup>8</sup>

Istega dne je časopis Politika prvi pojasnil, kakšna je narava spornega dokumenta: "... gre za vojaški dokument, ki se di-

<sup>8</sup> Republiški komite za informiranje, 10.6.1988.

rektno nanaša na borbeno pripravljenost nekaterih enot naših oboroženih sil".

10. 6. 1988 je v Dnevniku objavljen intervju s starši Davida Tasića. Oče Davida Tasića pove, da David zanika, da bi imel tak dokument, predlagal pa je tudi analizo prstnih odtisov na dokumentu.

13. 6. 1988 je sekcija za kazensko pravo pri Odvetniški zbornici sprejela svoje stališče o zadevi Janeza Janše in drugih. Na petih gosto tipkanih straneh opozarjajo na napake, storjene v postopku in pod vprašaj postavljajo trditve Tomaža Ertla o popolni korektnosti postopka.

14. 6. 1988 je seja predsedstva RK SZDL, na kateri je nastopil tudi general Tominc. Pove, da je največ sodnikov ljubljanskega vojaškega sodišča študiralo na ljubljanski Univerzi, hkrati pa pove, da bo javnost obveščena o rezultatih preiskave, ko bo končana. Tominčev diskusijski prispevek (pooblastilo za ta prispevek je dal Tomincu poveljnik LAO) je doživel buren odmev. Najbolj glasno je še istega dne reagiral predsednik predsedstva SRS Stanovnik: "V izjavi generala Tominca na seji predsedstva RK SZDL Slovenije je toliko netočnosti, kolikor ima ta odstavek stavkov..."

15. 6. 1988 se sestane Odbor za ljudsko obrambo zveznega zbora skupščine SFRJ. Viceadmiral Brovet je poudaril, da je kampanja v Sloveniji del napadov na socializem in SFRJ. "Gre za utemeljen sum, da je Borštner omogočil Tasiću in Janši dobiti v roke strogo zaupni vojaški dokument, ki zadeva bojno pripravljenost nekaterih enot JLA." Kasneje je viceadmiral Brovet opustil uvod "gre za utemeljen sum" in govoril o "konkretnem protizakonitem dejanju, storjenem kaznivem dejanju in o kaznivem dejanju v zvezi z izdajanjem vojaške skrivnosti".<sup>9</sup>

Že v preiskavi sta bila na ljubljanskem vojaškem sodišču zaslišana glavni in odgovorni urednik Mladine Botteri in Zavrl. Zavrl, ki je bil zaslišan prvi, je zahteval uradnega prevajalca, zato se je sam začetek zaslišanja zavlekel za eno uro. Vsakemu od zaslišanih so namenili približno dve uri časa. Kasneje je Zavrl izjavil, da se je "zaslišanje sprevrglo v odkrite grožnje".<sup>10</sup> Hkrati je bil Zavrl kmalu po zaslišanju zaradi hudega psihičnega zloma hospitaliziran.

16. 6. 1988 je skupina delegatov vseh zborov skupščine SRS, zadolžena za SLO in DS, razpravljala o vprašanih in pobudah, ki jih je prejela skupščina v zvezi s primerom Janša,

<sup>9</sup> Delo, 16.6.1988.

<sup>10</sup> Izjava za javnost, ki je nastala 30.6.1988, na dan, ko je bila proti Zavrlu vložena obtožnica.



Borštner, Tasić. Sekretar Tomaž Ertl je natančno pojasnil vprašanja okrog odredbe pripora, pooblastil organom za notranje zadeve, navedel je nekaj novih informacij o naravi spornega dokumenta, ob koncu pa je detajlno pojasnil tudi "marčevske dogodke" (sestanek z Višnjicem, Dolancem, Kučanom).

17. 6. 1988 so bili na ljubljanskem vojaškem sodišču zaslišani še Tomi Gračanin (glavni urednik Tribune), Ruža Barić (odgovorna urednica Tribune) ter Dejan Pušenjak (glavni in odgovorni urednik Katedre). Na zaslihanje sta bila povabljeni tudi Peter Barbarič (glavni urednik Radia Študent) in Ali Žerdin (odgovorni urednik Radia Študent). Na zaslihanje sta sicer prišla, vendar nista bila zaslišana, ker ni bilo "potrebe za to".

19. 6. 1988 je bil v Sarajevu zaradi sovražne propagande na eno leto zapora obsojen vojak Tomo Bogataj.

21. 6. 1988 je bil v Ljubljani kulturni miting v podporo priprtih.

23. 6. 1988 je Delo objavilo izjavo Odvetniške zbornice o zadevi Janša in drugih. Opozarjalo je na Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, ki ga je Jugoslavija ratificirala leta 1971 in ki izrecno določa, da ima obdolženec pravico do zagovornika po svoji izbiri, torej brez kakršnekoli omejitve. Zakon o vojaških sodiščih pa omogoča tudi izločitev civilnega zagovornika, če obstaja nevarnost, da bi s tem izdali vojaško skrivnost.

27. 6. 1988 je član predsedstva SFRJ Stane Dolanc na seji CK ZKS govoril o " aferi Borštner". Dolanc je že takrat povedal, da je Borštner ukradel vojaški dokument, da sta s tem povezana tudi Tasić in Janša in da se to povsod po svetu kaznuje. Trditev o tatvini dokumenta je nova, saj se je do Dolančeve izjave govorilo o izdaji vojaške skrivnosti.

29. 6. 1988 se je iztekel enomesečni pripor za Janšo in Borštnerja. Istega dne je Janez Janša začel z gladovno stavko.

30. 6. 1988 je bila vložena obtožnica zoper Borštnerja, Tasića, Zavrla in Janšo. Tožilec Mazić je predlagal, da se pripor za Borštnerja, Janšo in Tasića podaljša do konca glavne obravnave ter da se na glavni obravnavi izključi javnost. Vojaški tožilec razloga za podaljšanje pripora ni argumentiral (navedel je le 191. člen ZKP, 2. odstavek).<sup>11</sup> Hkrati pa ni zahteval priprtja Francija Zavrla, odgovornega urednika Mla-

11 Praksa krožnega utemeljevanja procesnih instrumentov, se pravi brez sklicevanja na konkretne, specifične, artikulabilne itd. razloge je postala v pričujočem primeru še očitnejša. To samo dokazuje, da mehanizmi prizivne instančne kontrole procesnih sklepov sploh ne delujejo, navsezadnje tudi zato, ker ni procesnega sankcioniranja, to je, dosledno izvedene ekskluzije dokazov. Glej podrobneje *infra*.

dine.<sup>12</sup> Istega dne je Franci Zavrl posredoval izjavo za javnost, v kateri pravi, da ni "nikoli posedoval nikakršnih dokumentov, še manj pa jih komurkoli posredoval". Tožilec je obtožnico zoper Zavrla vložil na temelju dokazov, pridobljenih v toku preiskave, bremeni pa ga izdaje vojaške skrivnosti po 224. členu, 1. odstavek, KZ SFRJ.

Sporočilo za javnost, ki ga je spisal vojaški tožilec, je urednikom medijev predal general Tominc. Priprti so se na sklep o podaljšanju pripora pritožili.

2. 7. 1988 je Janez Janša prenehal z gladovno stavko (tako je Janševo ženo obvestil upravnik vojaških zaporov). Istega dne popoldan pa je predsednik vojaškega sodišča Vlasisavljević zatrdil, da Janša sploh ni začel gladovne stavke, pač pa je le preskočil nekaj obrokov...

7. 7. 1988 je Odbor za varstvo človekovih pravic posredoval 28. sporočilo za javnost, v katerem trdijo, da je Vrhovno vojaško sodišče v Beogradu zavrnilo pritožbo priprtih zoper sklep o podaljšanju pripora.

Istega dne je Franci Zavrl napisal ugovor zoper obtožnico, v katerem trdi, da je obtožnica tožilca Maziča čista konstrukcija, s katero ga hočejo uničiti. Ugovor je vložil tudi Janša.

9. 7. 1988 je senat vojaškega sodišča v Ljubljani zavrnil ugovor Janeza Janše in razpisal datum glavne obravnave. Začel naj bi se 18. 7. 1988. Senat je s svojo sejo nedvomno pohitel, hkrati pa niso počakali Zavrlovega ugovora in zatrdili, da je Janšev ugovor edini. Hkrati pa je bil Zavrlov ugovor javno posredovan (prek Radia Študent) že 8. 7. 1988.

12. 7. 1988 je vojaško sodišče pojasnilo, da so prejeli tudi Zavrlov ugovor, vendar po pošti in to kasneje, kot so pričakovali, čeprav Zavrl zakonskega roka ni zamudil. Zavrlov ugovor so zavrnili kot neutemeljen. Vabilo na glavno obravnavo je bilo Zavrlu vročeno šele 11. 7. 1988, glavna obravnava pa naj bi se začela 18. 7. 1988. Predsednik sodišča Vlasisavljević je trdil, da je Zavrl pristal na začetek glavne obravnave, čeprav so mu vabilo vročili prepozno. Hkrati pa je Zavrl to trditev zanikal, saj je povedal, da Vlasisavljeviću ni obljubil ničesar, pač pa je povedal, da bo prišel na glavno obravnavo, če bo pripravljen (glede na to, da ni imel na voljo 8-dnevnega roka).

18. 7. 1988 se je na ljubljanskem vojaškem sodišču začela glavna obravnava zoper omenjeno četverico. Na začetku glavne obravnave je bilo prisotnih nekaj novinarjev, svojci, odvetnik Francija Zavrla, predstavniki Odbora, odvetniške

12 Sporočilo za javnost št. 25 Odbora za varstvo človekovih pravic.



zbornice in trije profesorji Pravne fakultete. Senat je po eni uri sprejel sklep o tajnosti glavne obravnave in je prisotnost dovolil le sorodnikom. Senat v tem času ni dal besede Zavrlovemu odvetniku, prav tako pa ni protokoliral njegovih večkratnih intervencij. Ob razglasitvi sklepa o tajnosti obravnave ga je dal na silo odstraniti iz dvorane, tako da je Zavrլ ostal brez odvetnika.

Predlog o tajnosti glavne obravnave je izoblikoval tožilec, vsi zagovorniki in obdolženci pa so vztrajali pri predlogu za javno glavno obravnavo (razen v času, ko bi bil govor o spornem dokumentu). Borštnerjev zagovornik Kajfež je celo povedal, da je bilo sporno povelje medtem spremenjeno.

Senat je poleg sklepa o izključitvi javnosti sprejel tudi sklep o izključitvi civilnega odvetnika. Sodišče sklepa o izključitvi civilnih zagovornikov ni vročilo pisno.

Glavna obravnava je potekala v srbohrvaškem jeziku, prevod pa je bil, po izjavi Francija Zavrļa, katastrofalen. Tolmač ni obvladal pravne terminologije in je slabo obvladal slovenski jezik. Zaradi vseh kršitev in izjav predsednika senata Vlaisavljevića je Zavrլ zahteval njegovo izločitev.

19. 7. 1988 je Vrhovno vojaško sodišče zavrnilo Zavrľovo zahtevo o izločitvi predsednika senata Vlaisavljevića. Sklep Vrhovnega sodišča so prebrali na začetku obravnave, vendar ga Zavrլ ni dobil pisмено. Prav tako ni dobil pismene odločbe o izključitvi civilnega odvetnika.

Po obravnavi je Borštnerjeva sestra povedala, da je med obravnavo, ki je tekla 19. 7. 1988, Borštner izjavil, da se je bil ustrašil za usodo slovenskega naroda (potem, ko je prebral dokument). Najprej ga je hotel pokazati slovenskemu vodstvu, ko pa mu to ni uspelo, ga je izročil Davidu Tasiću.

Odvetniška zbornica je sprejela izjavo, v kateri protestira zaradi očitnih kršitev zakona in Ustave.

20. in 21. 7. 1988: na vojaškem sodišču je bilo zaslišanih več izvedencev, direktor Mikro Ade Igor Omerza in uslužbenec UNZ, ki je vodil hišno preiskavo pri Janši, Frumen. (Slednji ni podpisal dokumenta o tej preiskavi.) Prihajalo je do novih težav z izvedenci, pričami in oblikovanjem izjav.

25. 7. 1988 se je obravnava nadaljevala s sklepnimi govori strank. Že v prejšnjih dneh je prihajalo do diskusije o uporabi slovenskega jezika (relacija zvezno – republiško predsedstvo). Tega dne je Delo objavilo stališče predsednika Vrhovnega vojaškega sodišča, ki je trdil, da z uporabo srbohrvaščine ni bil kršen zakon oziroma Ustava.

26. 7. 1988 se končala glavna obravnava. Med Borštnerjevo zaključno besedo ga je tožilec Mazić prekinil, češ da gre v

njegovi sklepni besedi za politični pamflet, vendar mu je kasneje besedo vrnil. Sklepne besede so imeli še drugi obdolženi in njihovi zagovorniki (Zavrl je imel sklepno besedo že dan prej).

27. 7. 1988 je senat vojaškega sodišča sprejel sodbo. Razglasitev sodbe je bila javna. Borštner je bil obsojen na štiri leta, Janša in Zavrl na leto in pol, Tasić pa na pet mesecev. Po končani razglasitvi sodbe je bil pripor zoper Janšo, Tasića in Borštnerja odpravljen.

Istega dne je v prostorih vojaškega sodišča potekala tiskovna konferenca, na kateri so prebrali rekapitulacijo razglasitve sodbe, novinarji pa vprašanji niso mogli postavljati.

V Križankah je bilo organizirano plenarno zasedanje Odbora za varstvo človekovih pravic. Postavljena je bila zahteva, naj se predsedstvo SRS seznaní z vsebino dokumenta in o njegovi naravi obvesti javnost. Obstajalo naj bi več znakov, da je vsebina dokumenta protiustavna, zato obstaja možnost, da je "Borštner kaznivo dejanje odkril, ne pa storil".<sup>13</sup>

Na seji CK ZKS so pod točko razno govorili o procesu in opozarjali predvsem na problem jezika in napačno interpretacijo Ustave, ki jo je dalo zvezno predsedstvo in predsednik Vrhovnega vojaškega sodišča. Zahtevali so pojasnilo o strokovni podlagi, na osnovi katere je zvezno predsedstvo sprejelo svoje stališče.

28. 7. 1988 je Odbor organiziral tiskovno konferenco, na kateri so odgovarjali Janša, Tasić in Zavrl (Borštner se je po posvetu z odvetnikom odločil, da na konferenci ne bo prisostvoval).

29. 7. 1988 je Odbor obiskal predsednika predsedstva SRS Stanovnika in zahteval, naj javnost seznaní z naravo dokumenta. Predsednik Stanovnik je povedal, da bo to moč storiti šele po posvetovanju s strokovnjaki. Odbor se je strinjal, da do sporočila javnosti ne more priti takoj.

8. 8. 1988 sta bili sodbi vročeni Zavrlu in Janši, dan kasneje so sodbo vročili Borštnerju, 10. 8. 1988 pa Tasiću.

12. 8. 1988 je pritožbo zoper sodbo vložil tožilec Mazić in poudaril, da višina kazni ni pravilna, ker ne upošteva dovolj velike družbene nevarnosti.

16., 17. in 18. 8. 1988 so se pritožili tudi Janša, Zavrl, Borštner in Tasić. Borštnerjeva pritožba ni bila objavljena, ker so bile v njej navedbe, ki bi jih lahko označili kot vojaško skrivnost. Druge tri pritožbe so bile objavljene.

13. Matevž Krivic na plenarnem zasedanju Odbora.



# 4. Uvod

## 4.1. Pojem pravne države in zakonitosti

### 4.1.1. Splošno o pravni državi

Primer Janša je v slovenski javnosti predočil vlogo prava v družbi. Osrednje vprašanje, ki se je s primerom sprožilo, se sicer pojavlja pod imenom "pravna država",<sup>14</sup> vendar pa je za sintagmo skritih veliko več popolnoma strokovnih sistemsko-pravnih vprašanj, ki jih je ta država vsa povojna leta uspešno pometala pod preprogo. Upamo si celo trditi, da je pretežni del sindroma Janša, ki je bil sprožen na množici različnih ravni, od politično-sociološke pa do psihološke -- v resnici strokovne ustavnopravne narave. Toda spričo neverjetno nizke stopnje razvoja pravne kulture sploh, posebej pa doktrine o svoboščinah in pravicah v kazenskem pravu, so se ta vprašanja pojavila v javnosti spolitizirana in nabita z raznimi, povečini zmotnimi mnenji in predsodki, kar ima ves čas za posledico tudi to, da se primer Janša vseskozi

14. Kolikor je mogoče razbrati iz pretežno zelo ohlapnih publicističnih opredelitev, je pojem "civilna družba" samo druga beseda za pojem "pravna država". V pisanju o obeh pa se pozna, da o njiju ne pišejo pravniki. Pojem pravne države je leta 1929 prvič(2) uporabil R. von Muhl v svojem delu DAS STAATSRRECHT DES KONIGSREICHS WURTEMBERG.

obravnavajo po logiki najnižjega mentalnega imenovalca.

Kot predhodno je treba postaviti vprašanje, kakšno vlogo naj sploh ima pravo v socialistični državi. Pojem pravne države je v temelju vprašanje odnosa med avtoriteto in posameznikom, med posameznikom in državo. Država sicer nastopa s pozicije moči, vendar se hkrati prek pravnega reda obvezuje držati se tistih pravil, ki jih je vnaprej javno razglasila kot splošna in abstraktna, enotna in obvezujoča pravila. Za pojmom pravne države stoji (liberalna) politična doktrina, ki se po svojem bistvu od Hobbesa do danes pravzaprav ni mnogo spremenila. Tako imenovano načelo zakonitosti in ustavnosti je navsezadnje zgolj izraz prepričanja, da se mora država, enako kot vsak posameznik, držati semantično opredeljenih zavez, ki jih je sama v svojem pravnem redu razglasila za veljavne. Bistvo pravne države, ki potemtakem ni nič drugega kot izenačitev države z vsemi drugimi spornimi strankami v kaki družbi, navsezadnje pomeni, da se pri varovanju človekovih svoboščin zanašamo na splošnost, določenost in enotnost uporabe razglašanih pravnih norm.

Vprašanje zakonitosti je osrednje vprašanje vsakega pravnega sistema in prava sploh. Pravo deluje kot umeten spomin, ki zavezuje s pomočjo vezanosti na besedo, kar je obenem bistvo vsake dane besede, pogodbe, ustave ali kazenskega prava. Edina razlika npr. med kazenskim pravom in zasebno pogodbo je pač v tem, da je zasebna pogodba sklenjena med dvema zasebnikoma, medtem ko je kazensko pravo kot generalna pogodba del pojma o družbeni pogodbi in je sklenjena prek zakonodajne veje oblasti za družbo kot celoto – in sicer med njenimi političnimi protagonisti. Podobno velja za ustavo, ki je med drugim tudi pogodba, v kateri so določena temeljna pravila politične igre v določeni državi.

V vsakem od teh primerov je pojem zakonitosti enak. Pomeni, da so stranke vezane na dano besedo. V kazenskem pravu pa ima pojem zakonitosti tri vsebovane vidike, določenost, restriktivno razlago kazenskih določb in vnaprejšnjost (prepoved retroaktivnosti) kazenskih določb.

#### 4.1.2. *Nujnost vnaprejšnjosti pravnih norm*

Najzanimivejši od teh elementov je element vnaprejšnjosti vsega pravnega. Pomen tega postulata vnaprejšnjosti nam postane očiten tisti trenutek, ko si predstavljamo Platonovo idealno državo, v kateri vseh nekaj sto državljanov odloča o vsem, tedaj tudi o sodnem procesu kakega drugega Sokrata. Ker vsi odločajo o vsem, pa vnaprej dana norma, po kateri bi se sodniki ravnali, sploh ni potrebna. V današnjem poli-



tičnem življenju navadno predpostavljamo, da zakonodajna veja oblasti sprejema norme zato, da omejuje sodno vejo oblasti v njeni potencialni samovoljnosti. Z zakoni je sodna veja oblasti, ki bi sicer sodila zgolj po svoji vesti, omejena na vnaprej dane zgornje premise v zakonskih in podzakonskih aktih. Navadno predpostavljamo, da potrebujemo zakone zato, ker nimamo popolnoma poštenih in popolnoma pametnih sodnikov. V resnici sicer res velja, da pravo obstaja tudi zato, ker nimamo popolnih sodnikov, vendar pa to ne izčrpa njegovega bistva. To bistvo se pokaže, če si zamislimo Platonove državljane, kako vsi naenkrat sodijo nekomu, brez *vnaprejšnjih* pravnih meril. Ker si bolj demokratičnega sojenja ne moremo predstavljati, saj gre tu za popolno zlitje zakonodajne in sodne funkcije, ki sta od meščanske revolucije naprej ločeni ravno zaradi strahu pred zlorabo sodne oblasti,<sup>15</sup> to pravzaprav dokazuje, da tudi v javnem pravu ne gre za demokratičnost odločanja, temveč da v javnem pravu, prav tako kakor v zasebnem pravu, dana beseda pomeni več kot demokratičnost. V primeru Platonove države, v kateri bi vsi državljani sodili v vsakem sodnem procesu, je demokratičnost takega odločanja sicer očitna, vendar bi se vsak pameten človek raje odločil za sodbo strokovnega sodnika, ki bi temeljila na vnaprejšnji razglašeni zakonu. Varnost v tem primeru torej izhaja iz dejstva, da je obljuba o tem, kaj ne bo kaznivo, dana vnaprej – ne pa, da bo o njej demokratično ali pametno odločeno.<sup>16</sup>

Da je nekaj določeno vnaprej, je sestavni del vsake obljube in vsake dane besede: ne obljuba in ne dana beseda se ne dajeta za nazaj. Prepoved retroaktivnosti pravne norme torej ni specifičnost kazenskega prava, marveč je sestavni del same pravnosti.

### 4.1.3. Restriktivna razlaga kazenskih določb

Vprašanja semantične gotovosti se bomo lotili na koncu tega spisa, tu bi se pa dotaknili še vprašanja *restriktivne razlage* kazenskih zakonov. To načelo izhaja iz same funkcije

<sup>15</sup> Glej Cappelletti in Cohen, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, Bobbs-Merrill, New York, 1979, str. 25-72. Ostra delitev na zakonodajno in sodno funkcijo je na kontinentu izraz francoske reakcije na zlorabo sodne oblasti s strani aristokracije pred revolucijo. Prevelik poudarek na tej delitvi je evropsko pravo drago stal, ker je povzročil razpad na abstraktno normo in konkretno dejansko, pri čemer slednja, še zlasti od kodifikacij naprej, ni imela povratnega vpliva na zgornjo abstraktno premiso. Šele v zadnjem času evropske države presegajo to kartezijsko paradigmo skozi funkcijo svojih ustavnih sodišč, pri katerih se zakonodajna in sodna funkcija očitno mešata.

<sup>16</sup> Tu naletimo na zanimivo ugotovitev, da *pravo in demokratičnost nimata nobene zveze*, razen kolikor gre za demokratično izvoljenost tistih predstavnikov, ki se podpišejo pod kazenski zakon. Pravnost kot pojem pa je vezana izključno na semantično zavezo, katere cilj je vnaprejšnja danost, ki nikakor ne temelji in ne more temeljiti na demokratičnem naknadnem preverjanju ali preglasovanju. Koncept pravne države je torej v načelu mogoče povsem ločiti od koncepta demokracije: lahko si predstavljamo povsem nedemokratično državo, v kateri pa je dan višek pravne varnosti.

kazenskega prava, ki predvsem določa kaj *ni* kaznivo, s tem da natančno, in kar se da ozko, opredeljuje, kaj *je* kaznivo. To izhaja iz ugotovitve, da državi kazensko pravo ni potrebno, marveč je potrebno posamezniku, ki se z oboroženo državo sooči. Iz tega sledi, da smisel opredelitev v kazenskem zakonu ne more biti v sporočilnosti, ki bi bila namenjena državnim organom, češ naj vedo, kaj je treba preganjati. Jasno je, da bi bila taka norma redundantna in zato odveč.

Če pa je namen norme opredeliti, kaj državljani lahko počne, ne da bi bil kaznovan, potem je logično, da morajo sodišča v dvomu domnevati, da dejanje ni kaznivo. V procesnem pravu se to kaže v načelu, da v dvomu obtoženca oprostimo (*in dubio pro reo*, presumpcija nedolžnosti), v materialnem pravu pa se isto mišljenje odraža v zahtevi, da naj se kazenske inkriminacije razlagajo ozko, se pravi, v dvomu naj velja, da določeno dejanje ni kaznivo. Določnost, vnaprejšnjost in ozka razlaga kazenskega zakona spadajo skupaj s splošnostjo in enotnostjo uporabe razglašanih pravnih norm med temelje pravne varnosti, s tem pa tudi med osnovne človekove pravice in svoboščine vis-a-vis državi.

## 4.2. *Temeljna razlika med anglosaškim in kontinentalnim sodnikom*

### 4.2.1. *Vprašanje iztožljivosti ustavnih pravic v kontinentalnem pravu*

Protislovno pa je, da na evropskem kontinentu pravzaprav do nedavnega sploh ni bilo foruma, pred katerim bi državljani v sporu z državo lahko iztožil svoje pravice in svoboščine. Kontinentalne ustave so praviloma širokogrudno obdarjale svoje državljane s pravicami in svoboščinami, nobena od teh pravic in svoboščin pa ni predstavljala specifičnega pravnega naslova, iz katerega bi državljani lahko naperil tožbo za vzpostavitev kršene pravice (npr. svobode govora, svobode združevanja, svobode tiska itd.). Evropska pravna mentaliteta je bila zavezana mnenju, po katerem kršitve ustavnega prava ni bilo mogoče neposredno iztožiti, ker se ustava konkretizira samo posredno, skozi manj abstraktne pravne norme – vse do dna kartezijske paradigme, kjer se zakonska norma v posameznem sodnem primeru konkretizira s sodno odločitvijo.

Za nasprotje od te mentalitete, katero označuje fiktivno ločevanje abstraktnega od konkretnega, pa lahko vzamemo anglosaško mentaliteto, za katero je najbolj značilna institucija *Habeas Corpus ad Subjiciendum*, ki izvira iz časov dinastije Stuart, in *Habeas Corpus Act* z dne 26. 5. 1679.



#### 4.2.2. *Bistvo instituta Habeas Corpus*

Bistvo *Habeas Corpora* je enostavno v tem, da ima po njem vsak sodnik pravico odrediti izpustitev iz pripora oziroma zapora v vseh primerih, v katerih meni, da je bil ta pripor oziroma zapor odrejen protipravno. Upravni organ je imel po določbah tega zakona dolžnost takojšnjega pokoravanja sodni odredbi, pri čemer je bila sankcija za nepokoravanje najprej visoka denarna kazen, v ponovnem primeru pa odpust iz službe. Zanimivo je, da je bila na podoben način kaznovana tudi *sodnikova* odklonitev, da bi izdal *Habeas Corpus* nalog za izpustitev, kadar je bil odvzem prostosti v resnici protipraven.

*Habeas Corpus Act* velja za temeljno zagotovilo državljske svobode v anglosaškem pravnem sistemu.<sup>17</sup> Lahko si predstavljamo, da taka pooblastila sodni veji oblasti pomenijo, da ima ta popolno kontrolo nad izvršno vejo oblasti, kar navsezadnje daje državljanu tisto sodno varstvo, katerega končna posledica je *pravnost* države. Poudariti je seveda treba, da ima v takem sistemu vsak sodnik pravico sam presojsati, ali je kakšna določba konkretnega zakona protiusstavna ali sicer v nasprotju z njegovim lastnim pojmovanjem tega, kaj je v konkretnem primeru pravično. To pravico daje anglosaškemu sodniku tista zgodovinska razporeditev moči in oblasti, ki na sodno vejo gleda kot na kontrolo tako izvršne kakor zakonodajne veje oblasti.

#### 4.2.3. *Vzroki in posledice formalno logičnega pravnega pojmovanja*

Naravno je torej, da si v takem sistemu sodnik mirno privoščijo presojo po lastni vesti in da se nikakor ne čuti ukročenega z mitom formalne logike, ki skoraj vselej obvladuje že francoskega pravnika, da o srednjeevropskih sploh ne govorimo. Na srednjeevropskem področju je pojmovanje prava pogosto že tako daleč od pravičnosti, da je kafkovski absurd potrjen znova in znova s tistim sklicevanjem na prisilno moč formalne logike, ki se navsezadnje konča v latinskem reflu *Summus ius, summa iniuria*. Evropski sodnik manj sodi in bolj uraduje, ko se sklicuje na ideologijo formalne logike in pozitivne pravne norme, pač v premem sorazmerju z lastno prestrašenostjo. V sebi ne vidi nosilca oblasti ali sodne moči, marveč se v najboljšem primeru doživlja kot spreten in zgolj strokoven sklicevalec na pozitivno normo. Statistično se potem taka psihologija izrodi v birokratsko poslovanje, ki pogosto nima nobene zveze ne s pravom ne s pravičnostjo.

17 *Habeas Corpus Act* se v angleškem pravnem sistemu pojavlja pod oznako 31 Car II.c.2 (1679) in je bil popravljen in dopolnjen pod oznako St.56 Geo.III.c.100.

Ves čas pa je treba imeti pred očmi, da je taka izrojena koncepcija pravnega sistema navsezadnje posledica določenega pojmovanja svobode. Če stopimo še korak nazaj od te ugotovitve, potem se moramo strinjati z Maxom Webrom, da je sodna veja oblasti na evropskem kontinentu izgubila svojo moč v času absolutnih vladarjev, medtem ko je plemstvo v Angliji obdržalo v svojih rokah ravno sodstvo in s tem kralju preprečilo, da bi si nad ljudmi pridobil absolutno oblast. To se je navsezadnje izkazalo prav v primeru *Habeas Corpus Act-a*, ki daje sodniku za kontinentalno pojmovanje že leta 1679 tako moč, kakršne si kontinentalni evropski sodnik še danes ne more niti zamisliti, kaj šele lastiti.

#### 4.2.4. Odnos med državo in pravom

Za vsem tem stoji radikalno drugačno pojmovanje prava sploh in še posebej odnosa med pravom in državo. Medtem ko na kontinentu vlada prepričanje, da je pravo *emanacija* državne moči, češ pravo je pač izraz nedvoumne premoči države nad populacijo, pa v anglosaškem sistemu pravo velja za glavno protiutež arbitrarne zlorabe oblasti. V tem pogledu sta zelo ilustrativni dve dejstvi. Po eni strani na primer to, da je večina levih radikalov, ki so po burnih šestdesetih letih v ZDA poskušali kaj naprednega, študirala pravo, saj je domnevala in še domneva, da je mogoče prek pravnega sistema, zlasti pa z ustavnopravnim pravdanjem, doseči napredne družbene spremembe.

Trenutno najnaprednejše gibanje v ZDA, *Critical Legal Studies*, hoče doseči takšno dekonstrukcijo prava, ki bi vodila v radikalno levo prevrednotenje vrednot.

Drugo, zelo ilustrativno dejstvo pa je, da se je kazensko pravo pri nas predavalo in razlagalo kot instrument oblasti, čeprav bi moralo biti vsakomur jasno, da država ne potrebuje kazenskega prava, da se nanj sklicuje samo tisti, ki je s strani države kot osumljenec ogrožen.

### 4.3. Nekaj ustavnopravnih vidikov primera Janša

#### 4.3.1. Določnost v zakonu

Primer Janša pa je privedel v prvi plan vprašanja, ki se pojavljajo na treh ali štirih različnih ravneh. Samo za zgled bomo navedli nekaj možnih ustavnopravnih vidikov konkretnega primera. V prvi vrsti gre v tem primeru za vprašanje zadostne *določnosti*<sup>18</sup> 224. člena zveznega kazenskega

18 181. člen, 1. odstavek, Ustave SFRJ določa:

"Ničče ne more biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon ali predpis, ki temelji na zakonu, določil, da je kaznivo..."

Beseda "določiti" pa se tukaj nanaša na nedvoumnost, določnost, točnost in predvsem tudi vnaprejšnjo spoznavnost predpisa, ki mora biti vsakomur jase, da sploh ve, kaj je



zakona, po katerem je za izdajo vojaške skrivnosti odgovoren tisti, "ki komu drugemu neupravičeno sporoči ali izroči podatke, ki so vojaška tajnost, ali mu kako drugače omogoči, da pride do njih, kot tudi, kdor zbira take podatke z namenom, da jih izroči nepoklicani osebi". Po četrtem odstavku te genialne določbe je namreč lahko vojaška skrivnost tudi podatek, ki ni razglašen za vojaško tajnost, "če bi zaradi njegove pomembnosti očitno lahko nastale hujše posledice za oborožene sile in njihovo pripravo za obrambo države, če bi bil (ta podatek) izdan".

#### 4.3.2. Vnaprejšnjost določitve kaznivega dejanja

Ne samo, da iz samega teksta ni razvidno, komu mora biti očitno, da je tak podatek "očitno" tak, kakršen pač je, marveč je jasno, da lahko sodišče *ex post facto* označi kot "očitno" nekaj, kar prej sploh ni bilo "očitno", s čimer je kršeno ne le temeljno načelo kazenskega prava, marveč temeljno načelo prava sploh: da mora biti vsako pravno pravilo razglašeno *vneprej*, ne pa za nazaj. V kombinaciji z dejstvom, da o omenjeni "očitnosti" presoja vojaško sodišče, ki je znano po svoji objektivnosti, zaradi katere -- recimo že enkrat bobu bob -- v bistvu deluje kot posebno sodišče za zaščito države, je vprašanje naknadnega inkriminiranja v našem kazenskem zakonu blamaža ustavnopravnega ranga. Če torej v pesmi napišem, da je "naš vod štiridesetih mož korakal skozi noč", se naknadno, če sem komu dovolj neprijeten, kak vojaški tožilec lahko spomni, da je to izdaja vojaške skrivnosti.<sup>19</sup> V takem primeru od prava ne ostane nič.

#### 4.4. Vprašanje kazenske odgovornosti

##### 4.4.1. Opustitveno dejanje, storjeno z nezavestno malomarnostjo

Če je v konkretnem primeru šlo za to, da je obdolženec pustil neki vojaški dokument nezavarovan na pisalni mizi ali v predalu, potem se tu vprašanje kazenske odgovornosti takoj zaplete, ker gre, *prvič*, za opustitev in, *drugič*, ker je taka opustitev lahko nastala iz nezavestne malomarnosti, če se storilec ni niti zavedal, da gre za vojaško skrivnost. Ali bi se tega bil moral zavedati, pa je seveda veliko vprašanje. Odgovor je negativen, ker nikakor ni mogoče običajnega državljana bremeniti z dolžnostjo, da se spozna na to, kaj je neoznačena vojaška skrivnost, če se mora celo JLA sama pri tem posluževati pravnikov in izvedencev. Kombinacija

prepovedano. Anglosaški sistem govori o *vneprejšnji jasnosti* (*doctrine of sufficient notice*) kazenskopravnih groženj.

19 Obstaja sicer pravilnik, ki ureja to vprašanje vsebinsko, ne preprečuje pa zgoraj opisane nelogičnosti.

opustitve z najnižjo krivdno obliko pa na primer že sproža vprašanje ustavnopravnega ranga, ali ne bi morda v takem primeru prišla v poštev, kot razlog za izključitev kazenske odgovornosti, tudi pravna zmota. V sodni praksi poznamo primere, ko npr. nekdo, ki bi se bil moral kot obsojenec javiti oblastem, tega zaradi svoje pravne nevednosti ni storil. Zato je bila izključena njegova kazenska odgovornost. Sodišče je presodilo, da z ustavnopravnega stališča velja, da je pravna zmota v primerih kombinacije opustitve z nezavedno malomarnostjo razlog za izključitev kazenske odgovornosti. Od nekoga, komur je bila po pošti anonimno poslana nekakšna neoznačena vojaška skrivnost, še ni mogoče pričakovati, da bo sploh vedel, da gre za skrivnost, in še manj, da bo vedel, kaj mora z njo storiti. In če nič ne stori, temveč pusti misteriozni papir ležati na svoji pisalni mizi, do katere imajo dostop nepoklicane osebe -- nepoklicane so pa lahko samo, če se ve vnaprej, za kakšen dokument gre -- je enostavno absurdno človeka za kaj takega kaznovati.

#### 4.4.2. Skrajna sila in primer Ellsberg

Ob Borštnerjevem dejanju se pojavlja vprašanje skrajne sile. V kazenskem pravu je smisel skrajne sile, da napravi dejanje, ki bi bilo sicer kaznivo in protipravno, za pravno sprejemljivo. Za kaj pri tem gre? Kazensko pravo mora računati, da bodo vrednote, ki jih varuje, včasih prišle v nasprotje. Znan je francoski primer,<sup>20</sup> ko mati tri dni ni imela kruha, zaradi česar ni mogla podojiti svojega otroka. Šla je v pekarno in vzela kruh. Za pravnika se tukaj postavlja vprašanje, ali je tako dejanje, kljub temu, da ustreza opredelitvi tatvine, v resnici protipravno, saj je jasno, da je življenje otroka na lestvici varstva vrednot neprimerno višje od varstva zasebne lastnine. Spričo tega imajo vsi kazenski zakoniki sveta določbo, po kateri ima storilec v podobnih situacijah pravico izbirati. Če izbere od dveh zel manjše zlo, tedaj dejanje ni kaznivo.

V primeru Janša, tako vsaj izhaja iz obrazložitve prvostopenjske sodbe, se je ves čas postavljalo vprašanje, ali ni Borštner, ko je izdal vojaški dokument, tega storil zato, ker je bil ogrožen slovenski narod. Če je bil slovenski narod v resnici ogrožen, tedaj je bilo dejanje izdaje vojaške skrivnosti pravno sprejemljivo, saj je zlo, ki ga je v takem primeru Borštner storil z izdajo vojaške skrivnosti, neprimerno manjše od zla, ki je grozilo. O tem, ali je to drugo preprečeno

<sup>20</sup> V tem pogledu je najbolj znan francoski primer, katerega je obravnavalo dne 22. aprila 1898 sodišče v Amiensu (Recueil Sirey II. 1, 1899). V tem primeru se je poleg vsega postavljalo še vprašanje, -- ker dejanje odvzema kruha spričo očitne skrajnosti sile ni bilo protipravno, -- ali se ima lastnik pekarne potem sploh pravico braniti zoper tak "napad". Glej tudi Fletcher, *RETHINKING CRIMINAL LAW*, Boston 1978, str. 821, op. 15.



zlo, ki naj bi grozilo slovenskemu narodu v celoti, v resnici manjše od zla izdaje vojaške skrivnosti, je seveda treba razpravljati, medtem ko je prvostopenjsko sodišče vprašanje obšlo. Elemente doktrine skrajne sile omenja v obrazložitvi, medtem ko nikjer ne sklepa na možnost takega zagovora, ki bi v celoti izključil protipravnost Borštnerjevega dejanja.

Velja, da o tem, katero zlo je večje, ne more odločiti vsak posameznik sam, saj bi si s tem prilastil pravico odločati o tem, kaj je kaznivo in kaj ni, s čimer bi bilo navsezadnje kazenskega prava sploh konec. Zato zmota o tem, katero od obeh zel je večje, v doktrini velja za pravno zmoto, ki ne predstavlja razloga za izključitev kazenske odgovornosti. Če pa je neki aktivni oficir slovenske narodnosti domneval, da je njegova državljanska dolžnost objaviti vsebino vojaške skrivnosti, ker razkritje vsebine dokumenta predstavlja manjše zlo kot ohranitev tajnosti dokumenta, potem se takoj zastavljata dve vprašanji. Prvič, ali bo ravno vojaško sodišče tisto, ki bo o škodljivosti določenega pogojnega plana sploh lahko objektivno presojalo, saj bi kot zlo moralo označiti neko odločitev, ki jo je sprejel generalštab. Drugič, o vprašanju ravnotežja oziroma neravnotežja med obema zloma sodišče razpravlja na iniciativo obrambe, ki v skladu s prvim odstavkom 10. člena kazenskega zakona SFRJ mora imeti možnost, da trdi in dokazuje, kako je bilo razkritje določene vojaške skrivnosti v interesu družbe kot celote, zaradi česar zlo, ki je bilo prizadejano, ni večje, temveč manjše od zla, ki bi obstajalo, če bi se tajnost ohranila. Da ne bi kdo mislil, češ, tu gre za preveč zapleten tok argumentov, se je treba samo spomniti, da je bil dr. Daniel Ellsberg, ki je objavil cel kup strogo zaupnih pentagonskih dokumentov, ki so se nanašali na tekočo vojno v Vietnamu, oproščen, ravno zato, ker je porota spoznala, kako je zlo razkritja neke vojaške skrivnosti lahko neprijemljivo manjše od zla, ki bi ga prikrievanje take skrivnosti povzročilo. Charlie Nesson, profesor kazenskega prava na harvardski pravni fakulteti, zagotavlja, da je obtožba proti Ellsbergu propadla tisti trenutek, ko je bila izbrana porota, za katero je bilo jasno, kako se bo po svoji državljanski vesti odločila, ko bo izbirala med dvema zloma.<sup>21</sup>

Jasno je tudi, da bi se primer Ellsberg, ki je, nasprotno od Dreyfusa, resnični analog primeru Janša, končal prav obratno, če bi o ravnotežju v zagovoru s skrajno silo (*justification defense*) razpravljalo namesto civilnega sodišča s civilno poroto vojaško sodišče, ki ima o vrednosti vojaških skrivnosti najbrž nekoliko deformirano pojmovanje.

21 Professor Charles Nesson, akademska predavanja, Harvard Law School, Trial Advocacy Course, šol. L. 1976-1977.

#### 4.4.2.1. Še o absurdnosti podobnih situacij

Absurdnost podobnih situacij je potemtakem tudi v tem, da o pomenu razkrivanja skrivnosti, ki bi lahko ogrozila na primer ves narod, ni mogoče razpravljati skrivno, ampak javno. Če o pomenu tajnosti razpravlja in odloča tista institucija, to je vojska, ki je skrivnost kot skrivnost morda sploh neupravičeno sproducirala, potem smo spet v okviru starega rekla "kadija tuži, kadija sudi". O zakonitosti takega sojenja pa je bolje, da sploh ne govorimo.

Iz tega sklenemo, da mora delovati odprt in jasen forum (ustavno sodišče), pred katerim je tako vprašanje, ki je nasezadnje zapletene tehnične narave, *sploh mogoče sprožiti*.

#### 4.4.3. Zakaj obtožba po 3. odstavku 224. člena KZ SFRJ ne vzdrži pravne kritike

224. člen zveznega kazenskega zakona v svojem 3. odstavku predvideva izdajo vojaške tajnosti iz malomarnosti, vendar v konkretnem primeru ni šlo za obtožbo po 3. odstavku, marveč po 1., ki pa zahteva storitev dejanja z *naklepom*. Šlo bi torej za *naklepno* izdajo vojaške skrivnosti. To je seveda popoln nesmisel v situaciji, kjer je bil sporen dokument zgolj puščen nezavarovan v miznem predalu ali na mizi. Trditi v takem primeru, da gre za tako imenovani eventualni naklep, pri katerem se storilec vnaprej sprijazni s posledico in nanjo pristane, bi bilo smiselno samo takrat, kadar bi bilo vnaprej tudi jasno, da bo do take posledice praktično gotovo prišlo. To velja za primere, kjer na primer lastnik drogerije alkoholikom prodaja štiriinpetdesetodstotni metilni alkohol, vedoč, da ga bodo uporabljali za pitje. Če kdo od njih umre zaradi zastrupitve, je potem mogoče govoriti o eventualnem naklepu, pri katerem se je storilec vnaprej sprijaznil z *gotovo* posledico.<sup>22</sup>

22 V ameriškem primeru *Commonwealth v. Feinberg* je Vrhovno sodišče države Pennsylvania, 1969, 433 Pa. 558, 253 A.2d 636 je obdolženca Feinberga obsodilo po t. i. misdemeanor-manslaughter pravilu. Bolj znan je primer *Commonwealth v. Welansky*, 316 Mass. 383, 55 N.E.2d 902 (1944), v katerem je Welansky, lastnik bara Coconut Grove v Bostonu, dal zakleniti požarne izhode, ker se je bal, da bodo ljudje vstopali brez plačila konsumacije. Ob požaru je zgorelo več sto ljudi. Sodišče je obtoženega (ki je bil v času požara v bolnici zaradi karcinoma na želodcu) prav tako obsodilo po misdemeanor-manslaughter pravilu, ker takrat sploh še niso razpolagali s pojmom dotus eventualis. Današnji MODEL PENAL CODE pa dotus eventualis opredeljuje kot "knowledge" – pač po načelu, da spoznana visoka verjetnost nastanka škodljive posledice (kognitivni element) eo ipso implicira sprijaznjenje (volitivni element) z njenim nastankom.

MODEL PENAL CODE, Sec.2.02(b), Knowledge:

"A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

- (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and
- (ii) if the element involves a result of his conduct he is aware it is *practically certain* that his conduct will cause such a result."



#### 4.4.3.1. Vprašanje odgovornosti za opustitev

Kadar pa gre za opustitev, se postavlja še posebno vprašanje, ali je bil storilec *sploh dolžan* kaj pozitivnega storiti, da bi se preprečila prepovedana posledica. Če mi kdo po pošti pošlje zaupen vojaški dokument, celo če bi bil ta označen z oznako "strogo zaupno", to še ne pomeni, da imam kakšno dolžnost posebnega varovanja take skrivnosti. Absurdno bi bilo namreč od državljanov pričakovati, da se bodo posvečali dokumentom, ki jih z neznanega naslova dobivajo po pošti, kakor da bi že iz same pošiljke nastala dolžnost, da morajo nekaj storiti. Tudi opustitev ima svojo ustavnopravno raven, na kateri je jasno, da kazenska odgovornost za opustitev lahko nastaja samo iz štirih, povsem določnih virov. Od teh virov je na prvem mestu *zakon*, ki pa mora izrecno določati, da ima državljan določene dolžnosti, na primer, da skrbi za svoje otroke. Drugi vir dolžnosti, zaradi katerih je opustitev lahko kršitev kazenskega prava, so *razmerja*, zlasti sorodstvena, med ljudmi. Tudi če bi zakon ne določal, da morajo starši skrbeti za otroke, bi že iz samega odnosa med starši in otroki nastajala omenjena dolžnost. Njena kršitev bi lahko predstavljala vir kazenske odgovornosti. Tretjič, tudi *pogodba*, na primer med strežnico in bolnikom, je lahko vir take dolžnosti, katere opustitev predstavlja kaznivo dejanje. Četrtoč, v situacijah, kjer ni niti zakonskih določil, niti pogodbe, niti sorodstvenega razmerja, pa lahko dolžnost nekaj storiti nastaja iz *konkludentnih dejanj*. Ker je bila s prevzemom skrbi za drugo osebo implicitno od te skrbi izločena tretja oseba, zaradi česar lahko nastaja kazenska odgovornost, če je bila skrb kasneje opuščena.

Po 2. odstavku 30. člena zveznega kazenskega zakona je "kaznivo dejanje lahko izvršeno z opustitvijo le, če je storilec opustil dejanje, ki *bi ga moral storiti*" (Poudarek dodan). Takoj se postavi vprašanje, kakšen je pravni vir tiste dolžnosti, ki se v gornji formulaciji pojavlja pod besedo "moral".

---

Prevod: "Oseba ravna z vednostjo v odnosu do posamičnega znaka kaznivega dejanja, kadar:

(i) se v primerih, ko ta znak vsebuje naravo njenega ravnanja ali okoliščine dejanja, ta oseba *zaveda* narave svojega ravnanja oziroma obstoja takih okoliščin; in

(ii) v primerih, ko znak kaznivega dejanja vsebuje posledico njenega ravnanja, ta oseba *ve, da je praktično gotovo*, da bo do posledice prišlo." (Poudarek dodan.)

Po tem merilu bi bilo za *dolus eventualis* seveda potrebno praktično prepričanje, da je gotovo, da bo dokument prišel v napačne roke.

Glej podrobneje B. M. Zupančič, CRIMINAL LAW, Seton Hall 1986, str.196-210.

## 4.5. Pristojnost vojaških sodišč nad civilnimi osebami

### 4.5.1. Sodišča med sojenjem in iskanjem resnice

Ustavnopravnega ranga je seveda tudi vprašanje, ali imajo vojaška sodišča sploh lahko pristojnosti nad civilnimi osebami. Primerjalnopravna analiza je sicer prepričljiva in kaže, da vojaška sodišča ne bi smela imeti pristojnosti nad civilisti, vendar tiči v ozadju globlje vprašanje, ki ga je mogoče nasloviti samo v kontekstu razumevanja, v čem je sploh funkcija sodišč. Če je po srednjeevropskem pojmovanju funkcija sodišč nekakšno *iskanje resnice* (v imenu varstva družbe), tako se to namreč uči tudi po naših pravnih fakultetah, potem bi bilo nemara logično imeti za vojaške primere vojaško pristojnost tudi nad civili, saj je npr. vprašanje vojaške skrivnosti lahko precej strokovno vprašanje. (Čeprav bi potem lahko imeli na primer tudi medicinska sodišča za zdravstvene primere itd.)

V resnici je seveda vedno bila funkcija sodišč samo, da razsojajo v sporih. Sodniki se nikoli niso odlikovali po strokovnosti na kateremkoli drugem področju, razen na področju presoje *pravnosti*, še pravi vprašanja, katera od obeh sprtih strani ima *prav*. Če je funkcija sodišča presoja v sporu – in ne iskanje neke represivne "resnice" o stvari – pa je država v vseh kazenskih zadevah zgolj in samo stranka v sporu, zaradi česar posebna (specializirana) vojaška sodišča, v katerih bi bil interes države kaj bolj poudarjen, kot je to res pred običajnimi sodišči, niso potrebna.

### 4.5.2. Vojaška sodišča v funkciji učinkovitega iskanja resnice

Obstoj vojaških sodišč (poleg običajnih, rednih kazenskih sodišč) v kakšni državi je torej mogoče opravičiti zgolj in samo iz razloga, da naj bi vojaška sodišča imela posebna znanja in sposobnosti, se pravi posebno strokovnost, ki bi jih usposabljala za nekaj, česar civilna sodišča niso sposobna. Zelo težko bi bilo kaj takega utemeljiti zgolj in samo na ravni strokovnih znanj, ker je jasno, da redna sodišča ves čas obravnavajo strokovne zadeve od medicine do arhitekture, od literature pri avtorskem pravu pa do nuklearne škode. V vseh teh primerih pa razumljivo sodišča potrebujejo določene informacije in jih tudi dobijo, seveda od izvedencev. Nobenega razloga ni, da bi ravno vojaška materija spričo svoje "strokovnosti" terjala poseben obstoj vojaških sodišč. Zato je utemeljen sum, da obstajajo drugi, manj pojasnjeni razlogi za obstoj vojaških sodišč.



### 4.5.3. Armada kot subkultura in primerjava s cerkvijo

Res je sicer, da je armada neke vrste subkultura, ki je zaradi specifičnosti svojih nalog izločena iz širšega družbenega življenja, pri čemer lahko analogiziramo obstoj vojaških sodišč z obstojem cerkvenih sodišč, ki po kanonskem pravu sodijo tiste zadeve, ki zaradi svoje specifičnosti ne bi mogle biti obravnavane pred rednimi sodišči. Toda, če se vprašamo, zakaj katoliška cerkev vztraja in je vedno vztrajala pri posebnih cerkvenih sodiščih, potem zlahka uvidimo, da gre tu za razloge, ki izvirajo ravno iz *drugačnosti* cerkvene organizacije, hierarhije, strukture, moči in predvsem mentalitete. Ravno zato, ker se cerkev kot organizacija hoče ločiti od civilne družbe in predstavljati subkulturo, v sebi zaokrožen in zaobsežen referenčni sistem, pa tudi želi, da se vsi cerkveni spori odvijajo pred njenimi sodišči, ne pa pred zunanjimi sodišči civilne države, kateri cerkev na ta način tiho odreka pristojnost nad cerkvenimi zadevami.

Skratka, interes cerkvene subkulture je, da, kolikor je to sploh mogoče, obstaja kot "*država v državi*". S tem, ko tako obstaja, pridobiva posebne ingerence nad svojimi pripadniki, obenem pa se kot specifična organizacija povzdiguje nad družbo, češ da njena sodišča na primer niso dovolj dobra, da bi sodila pripadnikom klera. Toliko, kolikor pa imajo sodišča, ki sodijo po kanonskem pravu, pristojnosti nad ljudmi, ki *niso* kleriki, imamo tu *mutatis mutandis* isto situacijo kot v primeru, kadar vojaška sodišča sodijo civilistom. Kakšne zlorabe so se v katoliški cerkvi od leta 1412, se pravi od 4. lateranskega koncila, dogajale ravno zato, ker so dominikanci kot voditelji inkvizicijskih sodišč pridobili pristojnosti nad osebami, ki po svojem osebnem statusu *niso* bile kleriki (čarovniški procesi, herezija itd.), je znano.

### 4.5.4. Delna sprejemljivost pristojnosti vojaških sodišč nad vojaškimi osebami

Mogoče se je še strinjati, da naj vojaška sodišča ohranijo pristojnosti nad *vojaškimi* osebami za vse zadeve, ki so in nastanejo kot sporne *znotraj* vojaške organizacije. Spori o vojaških disciplinskih zadevah, spori glede napredovanja, pa tudi premoženjski spori znotraj same vojaške organizacije bi lahko bili tako močan izraz same vojaške subkulture, da bi v takih sporih lahko razsojala vojaška sodišča, če se strinjamo, da imajo ta sodišča vrednote in dojemljivosti, ki naj bi bile odsev vojaške subkulture. Po drugi strani pa seveda armada, ki govori o lastnem podružbljanju, nima prav dosti razlogov, da bi se pri obstoju vojaških sodišč sklicevala na dejstvo, da ta goje vrednote, ki so tako radikalno drugačne, da vojaških sporov nikakor ni mogoče predložiti civilnim sodiščem. Toda to je že ideološko vprašanje.

#### 4.5.5. *Kriterij pristojnosti vojaških sodišč ad personam kot indikator moči vojske*

Kadar pa je govor o pristojnosti vojaških sodišč nad civilisti, tedaj smo v situaciji, ko mentaliteta subkulture vsiljuje svoje vrednote civilni družbi. Ne gre samo za to, da je armada država v državi, marveč želi ta manjša država vsiliti svoje vrednote večji državi. Zato je kriterij pristojnosti *ad personam* vojaških sodišč najbolj verjetno odličen indikator moči in ustavne pozicije vojske v družbi. Če je res, da imajo v Evropi poleg Albanije in Turčije vojaška sodišča pristojnega nad civilisti samo še v socialističnih državah vzhodnega bloka, potem se nam vsiljuje vtis, da imajo te družbe večjo potrebo po naslanjanju na armado kot zaščitnico države. Iz tega bi bilo mogoče tudi sklepati, da se te države v večji meri počutijo ogrožene od lastnih ljudi, kar ne more biti ravno vir njihove legitimnosti.

#### 4.5.6. *Vojska kot stranka in rabsodnik*

Če je funkcija sodišč v družbi razsojanje v sporu, potem je tožeča stranka ali tožena stranka v vsakem sporu lahko zasebnik ali država. V situacijah, kjer država nastopa kot stranka v sporu, govorimo o javnem pravu (kazensko, upravnico, mednarodno pravo itd.). Če se v pravni državi vojska kot pravna oseba počuti prizadeto ali ogroženo, potem ima kot vsak drug subjekt pravico v sporu nastopati kot stranka. In sicer pred rednimi sodišči. Absurdno pa je, da ima vojska v tistih situacijah, kjer se sama počuti prizadeto, na primer pri izdaji vojaške skrivnosti, možnost spor ne le sprožiti, marveč o njem tudi razsojati. To je tako, kakor če bi kak posameznik, v primeru, ko se čuti prizadetega, dejal nasprotni stranki: "Tožil te bom, vendar ne pred rednim sodiščem, marveč kar pri sebi. In tudi o sporu med nama bom odločal kar jaz, saj sem vendar jaz tisti, ki se na predmet spora še najbolj spoznam".

#### 4.5.7. *Vprašanje neodvisnosti vojaških sodišč*

219. člen Ustave SFRJ pravi: "Sodišča so pri izvrševanju sodne funkcije *neodvisna* in sodijo po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih."

V gornjem citatu je seveda odločilna beseda "neodvisna", saj smo prej poskušali pokazati, kako je bistvo vojaških sodišč prav njihova vgrajenost v armadno subkulturo. Ta vgrajenost ima svojo podstat v tistih določbah zvezne Ustave, po katerih sodnike in sodnike porotnike vojaških sodišč ne volijo skupščine, marveč so imenovani za določeno dobo s strani vrhovnega komandanta, katerega funkcijo zdaj seve-



da opravlja predsedstvo SFRJ.<sup>23</sup> Razreševanje vojaških sodnikov mora potekati v skladu s taksativno naštetimi razlogi iz 39. člena Zakona o vojaških sodiščih. Tam je sicer naštetih devet razlogov za razrešitev, vendar je jasno - tudi če spregledamo generalno klavzulo o "moralno-politični primerčnosti", ta pa se uporablja po 2. odstavku 230. člena, tudi za redne sodnike - da so vojaški sodniki glede na civilne sodnike v bistveno bolj ranljivem položaju.<sup>24</sup> Dokler razrešuje sodnike na predlog sekretarja za narodno obrambo predsedstvo SFRJ v vlogi vrhovnega komandanta, toliko časa imamo opraviti z dodatno ustavnopravno nelogičnostjo, pri kateri izvršilna veja oblasti ogroža neodvisnost sodstva.

Govoriti potemtakem o tem, da je vojaško sodstvo del enotnega pravosodnega sistema, čeprav redna pravna sredstva ne segajo prek vrhovnega vojaškega sodišča in čeprav je personalno celotna kadrovska struktura vojaškega sodstva pod pritiskom subordinacije, je, milo rečeno, cinizem ustavnopravnega ranga.

#### 4.5.8. *Pravica do enakega varstva pravic pred zakonom v postopku*

##### 4.5.8.1. *180. člen Ustave SFRJ in 2. odstavek 221. člena Ustave SFRJ sta v koliziji*

Po 1. odstavku 180. člena Ustave SFRJ ima "vsakdo pravico do enakega varstva svojih pravic v postopku pred sodiščem ter državnimi in drugimi organi in organizacijami, ki odločajo o njegovih pravicah, obveznostih in interesih".<sup>25</sup> Ena-

23 Po 2. odstavku 222. člena Ustave redna sodišča o svojem delu obveščajo skupščino ustrezne družbenopolitične skupnosti, medtem ko vojaška sodišča obveščajo samo predsedstvo SFRJ. Po 1. odstavku 230. člena Zvezne ustave voli sodnike in sodnike porotnike ustrezna skupščina, medtem ko postavlja in razrešuje predsednike, sodnike in sodnike porotnike vojaških sodišč (in vojaške tožilce) po 4. točki 342. člena predsednik republike v vlogi poveljnika oboroženih sil. To funkcijo sedveda sedaj opravlja predsedstvo SFRJ. Po 5. točki 315. člena je ta pristojnost predsedstva SFRJ izrecno vzpostavljena.

24 Po 32. členu ZVS so sodniki vojaških sodišč voljeni samo za štiri leta. Člen 46 ZVS pa se glasi takole:

*"Določbe zakona o službi v oboroženih silah, s katerimi se urejajo razmerja v službi, pravice, dolžnosti in odgovornosti vojaških oseb, veljajo tudi za predsednike in sodnike vojaških sodišč, če ni v tem zakonu drugače določeno."*

Drugeče pa je v ZVS določeno samo v čl. 34, ki pravi:

*"Sodnik in sodnik porotnik vojaškega sodišča ne moreta biti poklicana na odgovor za mnenje in glas, dana pri izvrševanju sodniške dolžnosti."*

Kaže torej, da sta dani samo ti dve, relativno ozko opredeljeni izjemi od načela *subordinacije*, ki je sicer značilno za "razmerja v službi, pravice in dolžnosti in odgovornosti vojaških oseb". Toliko o neodvisnosti vojaških sodišč.

25 Primerjaj Štirinajsti amandma (1868) k ameriški ustavi:

*"No State shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."* (Prevod: Nobena od držav svojim podanikom ne bo jemala pravice do enakega varstva pred zakonom in s strani zakona.) To je klasična formulacija tiste svoboščine, ki predstavlja enega temeljnih elementov pravnosti v vsaki državi.

kost varstva seveda pomeni, da ima državljani pravico pred katerikoli sodiščem kakršnekoli vrste pričakovati, da bo to sodišče poslovalo po enakih merilih presojanja krivde, odmere kazni, v smislu iste procesne zakonitosti, v smislu enakih zakonskih določil o jeziku itd. Če potemtakem vzamemo v poštev, da Ustava, ki v 2. odstavku 221. člena daje pristojnost vojaških sodišč nad državljani, ne glede na to, ali so ti državljani vojaške ali nevojaške osebe – obenem določa, da sodnike, sodnike porotnike in tožilce pred temi sodniki in sodniki porotniki ne volijo skupščine, marveč jih imenuje predsedstvo SFRJ (člen 315, 6. točka, Ustave SFRJ), medtem ko sodnike rednih sodišč "voli in razrešuje skupščina ustrezne družbenopolitične skupnosti" (člen 230, 1. odstavek, Ustave SFRJ), potem pridemo do sklepa, da sta tu v koliziji dve ustavni normi.

#### 4.5.8.2. *Ustavna norma o enakosti pred zakonom je v hierarhiji ustavnih norm više*

Ustavna norma o enakosti pred zakonom je prav gotovo ena od temeljnih pravnih načel sploh, zaradi česar mora biti vsakomur očitno, da v hierarhiji ustavnih norm stoji neprimerno višje od tiste norme, ki določa pristojnost in način vzpostavljanja vojaških sodišč. Če bi kdorkoli podvomil o taki nadrejenosti enakosti pred zakonom nad določbo o vojaških sodiščih, se lahko prepriča o tem v vsaki ustavi vsake države na svetu: vsaka ustava ima namreč določbo o enakosti pred zakonom, saj brez nje pravne države sploh ne more biti.<sup>26</sup>

Elementi pravnosti so: (1) splošnost, (2) enotnost uporabe, (3) javnost in (4) primernost za nasilno udejanjanje. Glej Unger, R.M., KNOWLEDGE AND POLITICS, The Free Press, New York, 1975. Glej tudi Franz Neumann, "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft", Zeitschrift für Socialforschung (1937), 6. del, stran 542-596 (cit. ibidem); podobno Pašukanis, LAW AND MARXISM, A GENERAL THEORY, prev. B. Einhorn, Ink Links, New Jersey, str. 47ff; Kelsen, PURE THEORY OF LAW, University of California Press, Berkeley, 1978, str. 3ff; prvič objavljeno kot REINE RECHTSLEHRE, Dunaj, 1934.

- 26 Negacija enakosti pred zakonom se pojavlja pod pojmom diskriminacije, ali pod pojmom *legis in privos datae*. Oboje je seveda nezdružljivo s kakršnikoli pojmovanjem pravnosti. Glede diskriminacije glej posebej *Yick Wo v. Hopkins*, Supreme Court of the United States, 1886, 118 U.S. 356, 6 S.Ct. 1064, 30 L.Ed. 220. Gre za klasičen primer diskriminacije. Tožniku je bila kratena pravica do obrtnega dovoljenja; slo je za odpranje ročnih pralnic, na katere so v San Franciscu pripadniki kitajske narodnosti imeli *de facto* monopol. Ker je bilo izdajanje obrtnih dovoljenj očitno utemeljeno v diskriminaciji nad pripadniki določenih etničnih skupin, je sodišče globo desetih dolarjev, ki naj bi jih tožnik plačal v skladu s 68. členom mestne uredbe, razglasilo za protiustavno. Doktrina o enakosti pred zakonom je v precedenčnih pravnih sistemih podprta z množico pravnih primerov, od katerih je *Yick Wo* samo eden izmed najbolj znanih.

Določba 154. člena Ustave SFRJ, ki pravi, da so "občani enaki v pravicah in dolžnostih ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, veroizpoved, izobrazbo ali družbeni položaj" (1. odstavek), in da "so vsi pred zakonom enaki" (2. odstavek) – ni zgolj nekonkretiziran vrh ledene gore te ustavnopravne problematike o diskriminaciji. V opisani situaciji je mogoče govoriti o diskriminaciji vseh tistih, ki so bili v skladu s 13. členom Zakona o vojaških sodiščih (ki določa, za katera kazniva dejanja sodi vojaško sodišče tudi civilnim osebam) sojeni pred *nevoljenimi* vojaškimi sodišči – v primerjavi



#### 4.5.9. Vojaška sodišča kot del rednega sodstva

V tej zvezi se postavlja vprašanje, ali so vojaška sodišča del rednega sodstva, oziroma ali so posebna sodišča s posebnim statusom v okviru JLA. 217. člen Ustave SFRJ določa, da sodno funkcijo opravljata samo dve vrsti sodišč, redna sodišča, kot organi državne oblasti na eni strani, in na drugi strani samoupravna sodišča. Ker ustava torej ne pozna posebne kategorije zunaj rednih in samoupravnih sodišč, moramo domnevati, da so vojaška sodišča potemtakem redna sodišča. Iz teksta 221. in 222. člena Ustave, obe določbi pa sočasno govorita o rednih in o vojaških sodiščih, ne moremo sklepati, da so vojaška sodišča zunaj okvira rednih sodišč, marveč samo, da so podkategorija rednih sodišč.

Če so vojaška sodišča potemtakem redna sodišča, mora veljati, da so del enotnega pravosodnega sistema. Da pa v resnici niso del tega enotnega pravosodnega sistema, izhaja ne le iz dejstva, da vojaški sodniki niso voljeni, ampak imenovani, in da jih je mogoče odpoklicati po merilih, ki so drugačna od meril za sodnike rednih sodišč, marveč tudi po tem, da se redni pravni postopek z rednimi pravnimi sredstvi ne konča pred Zveznim sodiščem, kakor bi bilo to normalno, marveč pred Vrhovnim vojaškim sodiščem.<sup>27</sup> Iz

z vsemi tistimi, ki bi bili v normalnih razmerah ozko opredeljene pristojnosti vojaških sodišč sojeni pred civilnimi sodišči.

<sup>27</sup> Glede rednih pravnih sredstev pred vojaškimi sodišči glej Buturović in Pavlica, KRIVIČNI POSTUPAK PRED VOJNIM SUDOVI, Beograd 1986, str. 438. "Pritožba zoper drugostopno sodbo je dovoljena samo takrat, kadar je to z zakonom izrecno predvideno. V postopku pred vojaškimi sodišči obstaja pritožba samo v dveh primerih. Prvič, če Vrhovno vojaško sodišče izreče smrtno kazen, ali kazen zopora dvajsetih let, oziroma, če potrdi sodbo, s katero je bila taka kazen izrečena; drugič, če Vrhovno vojaško sodišče spremeni oprostilno sodbo v obsodilno sodbo. Ker Vrhovno vojaško sodišče kot drugostopni organ nikoli ne sodi na obravnavi, potemtakem ne more spremeniti dejanskega stanja, zaradi česar potem ni možna pritožba iz razloga, da je bilo na drugi stopnji drugače ugotovljeno dejansko stanje. Po pritožbi na drugostopno sodbo, - razen v primerih, ko gre za kaznivo dejanje, inkriminirano v zveznem zakonu oziroma razen če ni izrečena smrtna kazen - odloča prav tako Vrhovno vojaško sodišče, vendar v spremenjenem senatu treh sodnikov in štirih sodnikov porotnikov. V tem senatu ne morejo sodelovati tisti sodniki in sodniki - porotniki, ki so sodelovali pri odločanju na drugi stopnji."

V takih primerih imamo torej pritožbo na drugostopno sodbo, pri čemer pa ni več devolucije na višjo sodno instanco, marveč o pritožbi odloča isto sodišče -- pa čeprav v spremenjenem senatu. Tako obravnavanje pritožbe je najverjetneje v nasprotju, čeprav ne dobesedno, z 233. členom Ustave SFRJ, ki določa, da "sme o pritožbi ali drugem pravnem sredstvu zoper sodno odločbo odločiti samo pristojno sodišče." Jasno je, da tu ne more iti samo za vprašanje, katero sodišče je po zakonu o vojaških sodiščih "pristojno" za presojo pritožbe zoper drugostopno odločbo Vrhovnega vojaškega sodišča.

Če bi bil smisel 1. odstavka 233. člena Ustave SFRJ samo v tem, da o pritožbenih zadevah razsodijo "pristojna" sodišča, potem je taka določba na ustavni ravni povsem nepotrebna, saj je v bistvu izvedena iz zakonskih procesnih določb o pristojnosti, kar pomeni, da je višja ustavna norma pravzaprav izvedena iz nižje zakonske norme. Ker je to nesmisel, moramo domnevati, da je pomen 1. odstavka 233. člena v tem, da implicite daje ne samo pravico do pritožbe, marveč tudi pravico do racionalne presoje pritožbe. Očitno je, da je načelo devolutivnosti pri pristojnostih sodišč za razsodbo o pritožbah tako, da vedno o pritožbah zoper sodbe nižjih sodišč sodi višje sodišče. Določba, ki omogoča, da o sodbi istega sodišča sodi spremenjeni senat istega

povedanega je mogoče dvomiti o tem, da so vojaška sodišča v resnici del enotnega pravosodnega sistema. Z uporabo določb o vojaški tajnosti se poleg vsega lahko vsak trenutek izvzamejo iz siceršnjega pravnega reda in postanejo sodišča za zaščito države. Z nekaj pravnimi potezami je tako mogoče doseči, da dobijo tiste pristojnosti nad civilnimi osebami, ki jih v demokratični družbi nikakor ne bi smela imeti.

#### 4.6. Sodišče je ali preiskovalec ali razsodnik (neodvisnost sojenja)

Neodvisnost sojenja je epistemološka kategorija, ki jo je kot pravnik spočel že znani angleški tožilec Francis Bacon, ki je vztrajal, da je bistvo nepristranskosti razsojanja v tem, da tisti, ki sodi, o stvari nima nobene vnaprejšnje sodbe, nobenega pred-sodka. Vsaka vnaprejšnja koncepcija sodišču jemlje njegovo neodvisnost zato, ker dojemanje primera že vnaprej obarva in tako povzroča selektivno dojemanje tiste dejanskosti, v kateri bi se moralo to sodišče odločiti šele potem, ko je slišalo oba zvana.<sup>28</sup>

##### 4.6.1. Sodišče v funkciji preiskovalca

V načelu imamo z neodvisnostjo sodišč v mešanem in inkvizitornem kontinentalnem evropskem postopku dva problema. Vsa sodišča, ki sodijo tako rekoč na lastno iniciativa (po instrukcijski maksimi in po načelu oficialnosti), so postavljena v položaj, v katerem morajo imeti o stvari določen pred-sodek, ker brez njega zadeve sploh ne bi mogla aktivno preiskovati. Če je torej obdolženec oziroma obtoženec v ljubljanskem procesu protestiral zoper dejstvo, da mu predsednik sodišča ni dovolil, da bi v procesu aktivno sodeloval s tem, da bi zaslišal sebi nasprotne priče, potem se pod tem vrhom ledene gore skriva v temelju povsem zgrešeno dojemanje kazenskega postopka; ta potemtakem ni več tisto, kar pravni proces mora biti, namreč spor dveh enakopravnih strank, temveč postane orodje za

---

sodišča, to pa v primerih, ko gre za smrtno kazen, za kazen dvajsetih let zapora, ali za spremembo poprej oprostilne v obsodilno sodbo – najde svoj edini analog v pristojnostih t. i. izvenobravnavnega senata iz 6. odstavka 23. člena ZKP, ki ima resda prek petdeset pristojnosti, ki pa so vse izključno kontrolne in procesne narave. Najmanj ne-  
navadno pa je, da se pritožba, do katere ima obtoženi ustavno pravico, ki bi nedvomno morala vsebovati tudi pravico do primerne devolucije, obravnava pred istim (Vrhovnim vojaškim) sodiščem, pa čeprav pred spremenjenim senatom.

To še zlasti velja, ker *de lege ferenda* očitno obstaja možnost kontrole dejavnosti Vrhovnega vojaškega sodišča s strani zveznega sodišča, kar bi bilo dvakrat logično, če v skladu z 217. členom Ustave SFRJ res velja, da so vojaška sodišča *redna* sodišča – in potemtakem del *rednega* sodnega sistema, ki se pri nas na zvezni ravni konča na Zveznem sodišču.

<sup>28</sup> Glej podrobneje Zupančič, B. M., CRIMINAL PROCEDURE TEXTBOOK, Seton Hall, Newark, 1986, str. 182-185.



iskanje neke, v tem primeru še celo fiktivne, resnice. To navsezadnje ni nič drugega kot s pravnim pojmovanjem prikrita represija.

#### 4.6.2. *Pasivna ambivalentnost sodišča in iniciativa strank*

Če naj bo sodišče neodvisno, kakor mu to predpisuje 219. člen Ustave SFRJ, potem tako sodišče ne more soditi *ex officio* in po instrukcijski maksimi, to je, ne more biti aktivno vpleteno v raziskovanje kazenske zadeve, marveč mora biti pasiven opazovalec dogajanja, v katerem sta lahko protagonista samo obe stranki. V našem primeru bi bila torej tožeča stranka armada, tožena stranka pa tisti, ki naj bi bil po trditvah tožeče stranke izdal vojaško skrivnost.

Drug nepogrešljiv element neodvisnosti sodišč je sekundaren v tem smislu, da izhaja iz pasivnega opazovalnega statusa sodišča v tistem, kar pravniki imenujejo akuzatorni kontekst – namesto inkvizitornega. V situaciji namreč, v kateri iniciativo prevzemata stranki, prihaja do avtomatičnega prelaganja dokaznega bremena z ene stranke na drugo. To se dogaja v sobesedilu in v referenčnem okviru tistega, kar stranki domnevata ob vsakem trenutnem mnenju sodišča. Kadar ena stranka namreč meni, da je sodišče prepričala, druga stranka potem dojema svoje dokazno breme kot neposredno prisotno, zaradi česar mora glede posameznega aspekta sporne zadeve prevzeti iniciativo.

Na ta način se stranki menjavata v iniciativnosti dokazovanja, kakor to v skladu z načeli pravnega postopka v glavnem velja v civilnem pravu, kjer ne govorimo o oficialnosti sodnega postopanja, marveč predvsem o tem, da stranke disponirajo, razpolagajo s svojimi zahtevki. To, kar je pri stvari bistveno z epistemološkega stališča, pa je prav menjavanje dokazne iniciative, saj je stranski proizvod tega menjavanja ambivalentnost sodišča, ki ostaja neodločeno, ker sedaj verjame eni in sedaj drugi stranki.

#### 4.6.3. *Akuzatorna koncepcija kot edina prava struktura postopka*

Dokler pa je sodišče neodločeno zaradi tega, ker mu, prvič, do stvari ni treba zavzemati aktivnega odnosa in, drugič, zato, ker je spričo menjavanja strank postavljeno v situacijo, v kateri nikoli ne more zavzemati dokončnih stališč, je dojemljivo za nove in drugačne informacije. Skratka, možnost prejudica, pred-sodka, vnaprejšnje selektivne percepcije je minimalizirana. Taka akuzatorna struktura postopka je edina normalna. V njej je sodišče res sodišče, stranki pa res stranki. Samo v takem kontekstu je potemtakem mogoče

govoriti o neodvisnosti sodišč, če naj ta neodvisnost pomeni kaj več kot samo to, da sodišče ni neposredno poslušno direktivam izvršne veje oblasti.

#### 4.6.3.1. Pravica stranke "imeti svoj dan na sodišču"

Ena od temeljnih postavk pravičnega postopanja pred sodiščem je gotovo ta, da sodišče vsaki od strank omogoči, da pove vse, kar ji leži na duši. V angleščini imamo za ta del idiom, ki pravi, da ima vsak pravico do svojega dneva na sodišču: *the right to have your day in the court*. Ta folklorna sintagma ima globok pomen najmanj na dveh ravneh. Po eni strani bi dolžnost sodišča, da prisluhne strankam, predstavljala samo zrcalno sliko zahteve, da se sodišče posveti argumentom obeh strani: "Da se resnica prav spozna, je treba slišati oba zvona", ali latinsko *audiatur et altera pars*.<sup>29</sup> Kot smo prej videli, pa je ta zahteva po kontradiktornosti pravzaprav nujen izraz tiste ambivalentnosti sodišča, ki zagotavlja njegovo neodločenost, vse do konca procesa, kar pa je tudi bistvo sodniške objektivnosti.

Po drugi strani pa je jasno, da je pravno sojenje po svoji naravi verbalni substitut za fizičen spopad, saj gre za spor, v katerem je namesto fizične prisile odločilna moč argumentov.<sup>30</sup> Spričo tega je prvinska pravica strank, ki sodelujejo v postopku, da imajo možnost, da se neovirano izrazijo in navedejo vse argumente, ki bi v posameznem primeru po njihovem mnenju bili relevantni. Jasno je, da vsako sodno presojanje tega, kaj je bistveno in kaj ni bistveno za rešitev konkretne kazenske zadeve, že prejucicira končno stališče sodišča, saj gotovo ni mogoče ločevati vprašanja dopustnosti in relevantnosti posameznih dokazov od vprašanja, kakšen bo izid celotne zadeve. Relevantnost vsakega dokaza se pač presoja v kontekstu celotne zadeve in ga od tega pravzaprav ni mogoče ločevati.<sup>31</sup>

29 Seneca, Med. 2, 2, 199.

30 Glej podrobneje Zupančič, CRIMINAL TEXTBOOK, *supra*, str. 179.

31 V primeru *Douglas v. California*, Vrhovno sodišče ZDA, 1963, 372 U.S. 353, 83 S.Ct.814,9 L.Ed.2d 811, je obstajal predpis države Kalifornije, ki je od prizivnega sodišča zahteval, da se vnaprej v posamičnem primeru opredeli, ali je utemeljena zahteva že obsojenega posameznika, da se mu v prizivnem postopku *in forma pauperis*, se pravi na državne stroške, dodeli odvetnik, ki ga bo zastopal pisмено in ustno pred prizivnim sodiščem. Ker zahteva od prizivnega sodišča, da začevo prejucicira s tem, ko mora vnaprej odločiti, pa čeprav samo procesno, ali je prizivna zadeva dovolj utemeljena, je v ustavnopravnem postopku vrhovno sodišče ZDA zavzelo stališče, da je taka zahteva zakonodajne veje oblasti države Kalifornije protiusstavna. Če s tem primerjamo tisto stališče naše procesne teorije, ki sodniku, ki je že sodeloval v postopku kontrole obtožnice kot član izvenobravnavnega senata po 6. odstavku 23. člena ZKP, dovoljuje, da sodeluje celo kot predsednik senata sodečega sodišča na glavni obravnavi, potem vidimo na enem posamičnem primeru razliko med kontinentalnim in anglosaškim pravnim pojmovanjem. Glej Zobec, KOMENTAR ZKP S SODNO PRAKSO, druga spremenjena in dopolnjena izdaja, Ljubljana 1985, komentar k 1. odstavku 39. člena, točka 4 na strani 106.

Tu velja celo dodati, da v primeru Janša sploh ni bila podana obrazložitev sklepa o zavrnitvi predloga za izključitev predsednika senata Vlasisavljevića, po 4. odstavku 42.



#### 4.6.3.2. *Pravica soočiti se s pričami zoper sebe*

Pravica, soočiti se s pričami zoper sebe je pravica, ki izraža obe gornji stališči, obenem pa predstavlja zgodovinsko neodvisen vir procesne samostojnosti obeh strank v sporu. V kontinentalni pravni teoriji je žal pravica soočiti se s pričami zoper samega sebe, kakor tudi pravica zahtevati in doseči, da se na sodišču pojavijo priče, za katere obtoženec domneva, da bi lahko pričale v njegovo korist, prodrla šele z Mednarodnim paktom o državljanskih in političnih pravicah.<sup>32</sup>

Stvar pa seveda ni v tem, da je ideja mednarodno ratificirana in da potemtakem predstavlja tudi obvezen vir notranjdržavnega prava. Postavlja se vprašanje, ali je pravica soočiti se s pričami zoper samega sebe, v resnici neogiben del postopka, v katerem se razrešuje spor med dvema enakopravnima strankama. Ker je tako razreševanje spora besedni nadomestek fizičnega spopada, je logično, da mora biti obema nasprotujočima si stranema dovoljeno, da uporabita vse argumente, za katere menita, da gredo v njun prid. Potemtakem ne gre samo za to, da se resnica prav spozna, kadar se slišita oba zvona, marveč gre povsem neodvisno od vprašanja spoznavanja resnice za problem, ki nima z epistemološkim namenom postopka nobene zveze.

#### 4.6.4. *Dve različni pojmovanji sodnega postopka*

##### 4.6.4.1. *Spor kot sredstvo za odkrivanje resnice*

Tu moramo vsaj na kratko omeniti dve radikalno različni pojmovanji sodnega postopka. Po enem pojmovanju je sodni postopek sredstvo za odkrivanje resnice. V skladu s to kon-

čena ZKP, ki pravi, da se sklep, s katerim se zahteva za izključitev sodnika, lahko izpodbija s posebno pritožbo, razen če gre za sklep, izdan po vložitvi obtožbe, tedaj pa v bistvu po 2. odstavku 364. člena samo v pritožbi zoper sodbo, to je, če je neizločitev vplivala na pravilnost in zakonitost končne kazenske sodbe, pri čemer je primarno dokazno breme seveda na pritožniku.

32. **MEDNARODNI PAKT O DRŽAVLJANSKIH IN POLITIČNIH PRAVICAH**, je bil sprejet 1966. Jugoslavija ga je ratificirala 1971. leta, veljati pa je začel 1976. leta. Doslej ga je ratificiralo 87 držav. V peti alineji (e) 3. točke 14. člena določa:

"Vsakomur, kdor je obtožen kaznivega dejanja, morajo biti ob popolni enakopravnosti zajamčene vsaj tele pravice:... e.) zaslišati ali predlagati, naj drugi zaslišijo priče, ki ga obremenjujejo, in izposlovati prihod in zaslišanje prič obrambe ob enakih pogojih, kot veljajo za priče obtožbe."

Šesti amandma (1791) k ustavi ZDA predvideva takole:

"In all criminal prosecutions the accused shall enjoy... the right to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favour."

Prevod: "V vseh kazenskih postopkih bo imel obtoženi pravico soočiti se s pričami zoper samega sebe in pravico doseči, da se na sodišču pojavijo tiste priče, ki bodo pričale v njegovo dobro." Tu moramo seveda dodati, da ta pravica nikakor ni omejena na samo soodjenje, marveč, nasprotno, vsebuje še veliko več, predvsem pa pravico navzkrižno zaslišati vsako bremenilno pričovo v sobesedilu poskusa dokaza, da ta priča ni dostojna vere.

cepcijo je potem t. i. kontradiktornost tudi zgolj sredstvo za obojestransko zvonjenje, zaradi česar naj bi se resnica bolj spoznala. Tu bi lahko dejali, da se kontradiktornost uporablja kot instrument boljšega spoznavanja resnice.

#### 4.6.4.2. *Resnica kot sredstvo za rešitev spora*

Po drugem pojmovanju pa *kontradiktornost* v procesu ni niti zgolj niti predvsem sredstvo za spoznavanje resnice, marveč je dobesedno *sama sebi namen*. Če je namreč namen postopka ne spoznavanje resnice, marveč razrešitev spora med strankama, potem kontradiktornost ne more biti sredstvo ničemur, saj predstavlja pravo vsebino pravega postopanja. Sodnik v taki situaciji ne teži k spoznavanju kake vnaprej zamišljene resnice v nekem historičnem dogodku, iz česar bi oblikoval zgornjo premiso, po kateri bi na koncu presodil zadevo. Sodnik v postopku, ki teži zgolj k razreševanju spora, lahko v resnici ostane nevtralen ravno zato, ker mu sploh ne gre za kakršnokoli ugotavljanje resnice. Edina izjema od te neprizadetosti glede iskanja resnice je v takem postopku nuja, da se z uporabo resnice razreši spor.

Potemtakem imamo praviloma dve skrajni situaciji. V prvi je resnica zgolj sredstvo za razreševanje spora, v drugi pa je prav umetno vzpostavljeni spor (kontradiktornost) sredstvo za (objektivnejše) iskanje resnice. Prvi postopek je pravno normalen, ker je že od rimskega prava sem povsem jasno, da je pravo znanost o razreševanju sporov, ne pa nekakšna epistemologija medčloveških razprtij. Drugi (kontinentalni) postopek, katerega označuje kompulzivna težnja k nekakšni resnici, pa je v bistvu degenerirani mutant prvotnega postopka, ki je po četrtem lateranskem koncilu 1214. leta zapadel pod uničujoči vpliv avtoritarnosti katoliške inkvizicije.

Takoj opazimo, da je bistvena razlika med pojmovanjema izkazana v dojemanju absolutnosti oziroma relativnosti resnice. Ko je katoliška cerkev v strahu pred razpadom vsiljevala svojo dogmo kot absolutno resnico, je postalo nadvse jasno, da o vprašanih herezije ne more biti kakršnegakoli spora: da gre v bistvu samo za to, da se uporabijo vsa sredstva, tudi tortura, da bi se dosegel namen, to je, razkrinkanje herezije. Resnica o hereziji je bila potemtakem tista, katero je bilo v kontradiktornem postopku na vsak način treba ugotoviti, zaradi česar kakršnokoli razpravljanje o sporu ni moglo imeti nobene vloge. Sporne so lahko samo stvari, o katerih oblast dopušča različna, pa zato tudi nasprotujoča si mnenja in stališča. Določene stvari pa ne morejo biti postavljene pod vprašaj – tu seveda gledamo na stvar s stališča moči – zaradi česar potemtakem tudi ne more biti govora o sporu.



#### 4.6.4.3. *Kako se ta razlika kaže v razmerju med civilnim in kazenskim pravom*

To dognanje se nazorno kaže v razliki med kazenskim in civilnim pravom. V civilnem pravu stranki razpolagata s svojim zahtevkom, sodišče pa ugotavlja resnico do tiste mere, do katere je resnica uporabna kot merilo za razrešitev spora. V kazenskem pravu pa nam nekako ni razumljivo, da bi lahko bilo vprašanje umora opredeljeno zgolj kot problem spora med državo in posameznikom. Zdi se nam, da resnica o umoru prebija okvire zgolj spora med državnim tožilcem in obtoženim posameznikom, zaradi česar smo pripravljeni žrtvovati samostojnost strank v postopku, ko sodniku naročamo, da mora na vsak način ugotoviti, kdo je storilec umora in ga kaznovati.

Če bi bili sposobni dojeti vprašanje umora zgolj kot sporno postavko, glede katere je pravzaprav vseeno, ali v njej prevlada tožilec ali obdolženec, potem pravzaprav ne bi bilo nobene potrebe po kazenskem postopku. Za slednjega so značilne predvsem tiste poteze, ki, za razliko od civilnega-pravdnega postopka, bolj poudarjajo iskanje resnice.

V kazenskem postopku imamo policijo, ki intenzivno in pogosto s kršenjem človekovih pravic raziskuje kriminalistični primer, ki se potem prevesi v sodno preiskavo, ta pa je spet usmerjena predvsem k iskanju resnice v nekem historičnem dogodku. Že iz tega vidimo, kako kazenski postopek izhaja iz včasih nepripoznane težnje, da se na vsak način odkrije resnica o neki zadevi.<sup>33</sup>

#### 4.6.4.4. *Iskanje resnice izključuje razsojanje, zato je resnica tujek v pravu*

Potemtakem je resnica o stvari tista, ki je predstavljala in še predstavlja razdor med dvema pojmovanema pravnega postopanja in prava sploh. Kompulzivno dojemanje resnice je tujek v pravu in vsako natezanje pravnih postopkov na epistemološko Prokrustovo posteljo iskanja resnice že na kratki rok pomeni degeneriranje pravnih postopkov v kamuflirano nasilje nad posameznikom. Brez nepotrebnega teoretiziranja se tu lahko sklicujemo na Kafko, ki je Proces orisal natanko s tega stališča.

<sup>33</sup> To je zelo očitno v mnenjih Vrhovnega sodišča ZDA, kjer se kot rdeča nit vleče tehtanje med dvema vrednotama, na eni strani iskanje resnice (*truthfinding*) in na drugi strani procesne garancije osumljenčevih pravic, ki navsezadnje vodijo k izločanju protipravno pridobljenih priznanj in drugih dokazov. Nobenega dvoma ni, da je dialektika med iskanjem resnice na eni strani in ekskluzijo tistih dokazov, ki so pridobljeni s kršenjem obdolženčevih pravic, temeljno notranje protislovje modernega kazenskega procesa, obenem pa tudi gibalno njegovega nadaljnega razvoja. Očitno je tudi, da kontinentalni kazenski proces v tem razvoju celovito zaostaja.

Ne moremo pa mimo vprašanja, *zakaj* se je resnica kot primarni (namesto sekundarni) vpliv vsilila v pravo. Vprašati se moramo, v čem je pravzaprav resnica nekega umora, tista resnica, zaradi katere smo pripravljene dati obdolženca tudi na natezalnico, samo da bo priznal. Ali ta resnica objektivno obstaja, ali pa je ta resnica morda le izraz tiste premoči države, ki si jemlje moč in s tem tudi pravico odločati o tem, kaj je in kaj ni umor? Primer umora smo tu izbrali zato, ker je zanj veliko težje dokazati, da gre za zgolj arbitrarno inkriminacijo nekega sicer morda sprejemljivega ravnanja. V kazenskem zakonu je veliko dejanj (mala prohibita), za katera še malo ni jasno, da so po sebi očitanja vredna (mala in se). Izbrali smo si primer, ki je tako moralno kakor tudi pravno očitanja vreden.

#### 4.6.4.5. *Relativnost resnice*

Znamenje genija Dostojevskega je tudi v tem, da je zaznal možno relativnost vprašanja krivde celo pri umoru. Mi si zastavljamo vprašanje z natanko istega stališča, kakor si ga je Dostojevski zastavil v delu *Zločin in kazen*. Resnica o nekem umoru je lahko absolutizirana samo, če za njo stoji moč države. Po dokaz, da je to res tako, nam ni treba dlje od vprašanja abortusa, ki so ga še pred desetletji povsod obravnavali kot (privilegirano) obliko umora, danes pa skoraj brez izjeme velja za rutinsko medicinsko operacijo brez kakršnihkoli moralnih konotacij ali stigmatizacije "storilcev". Ravno dekriminacija splava dokazuje, da "resnice" o splavu danes kazenskopravno govorjeno *sploh ni več*. Tej resnici ni več mogoče žrtvovati procesnih pravic nekega obdolženca.

Če so pa resnice, katerim žrtvujemo procesne in s tem osebne človekove pravice posameznikov v kazenskem postopku, tako relativne, da jih je mogoče od danes na jutri spraviti iz kazenskega materialnega zakona v predal brezpredmetnosti, ali je potem upravičeno postulirati, kakor to počne prvi člen Zakona o kazenskem postopku, da je namen postopanja zgolj udejanjanje materialnega kazenskega zakona, to je iskanje tiste resnice, ki jo ta zakon opredeljuje?<sup>34</sup>

Pravilno bi bilo torej govoriti ne o resnici v kazenskem pravu in kazenskem postopku, marveč o moči in prisili s strani države. Če besedo resnica zamenjamo z besedo moč, hitro

34 Taka orientacija našega kazenskega postopka se nazorno kaže v osrednji določbi člena 364, ki opredeljuje, katere kršitve kazenskega postopnika gre sploh jemati resno. V drugem odstavku tega člena imamo določbo, ki zvede velik del procesnih kršitev na vprašanje, ali je bila sodba (materialnopravno) pravilna in zakonita. Z drugo besedo, za večino procesnih kršitev se je mogoče pritožiti samo, če zaradi njih ni bilo pravilno ugotovljeno dejansko stanje, ali pa ni bil na to dejansko stanje pravilno apliciran materialni kazenski zakon. Vse to kaže, da je proces zgolj instrument ugotavljanja resnice in da sam po sebi ne velja nič. To je seveda možno samo v sobesedilu tistega pojmovanja, ki razglša "Resnico" za edini cilj in namen postopka.



opazimo, da se izgubi upravičenost kršiti človekove pravice v imenu posvečanja že tako vzpostavljene državne premoči nad posameznikom. V imenu te premoči in z namenom vzdrževanja te premoči pod krinko iskanja resnice, žrtvu-jemo posameznika, a ne le enkrat, marveč dvakrat. To je tako, kakor če bi nekemu dejali, da zasluži biti pretepen ravno zato, ker ni dovolj močan, da bi se branil nasproti močnejšemu.

Če se sedaj vrnemo na vprašanje pravice do soočenja s pričami zoper samega sebe, vidimo, da ta pravica ni izraz nekakšne teoretične kontradiktornosti, ali celo zakonodajne dobrosrčnosti, spričo katere bi se pač spodobilo obdolžencu dovoliti, da navzkrižno zasliši tiste priče, ki ga obremenjujejo in sploh, da reče na glavni obravnavi kakšno besedo v svojo korist. To, kar je v kontinentalnem kazenskem postopku absurdno, ni dejstvo, da te pravice same po sebi ne pripoznava. Absurdno je tisto, v imenu česar ta postopek ne priznava te pravice, zaradi katere v naslednjem krogu obdolženci ostajajo zaprtih ust tam in takrat, ko bi najbolj morali imeti pravico in priložnost povedati kaj v svoj zagovor. Kontinentalni kazenski postopek ne poteka v imenu pravičnosti, kajti pravičnost je sposobnost, dojeti relativnost resnice.

#### 4.6.4.6. *Preveč resnicoljubni kontinentalni kazenski postopek*

Kontinentalni postopek ni nič drugega kot pravna natezalnica, ki se samo zaradi od zunaj vsiljenih civilizacijskih minimalnih standardov vzdržuje mučenja in strukturirane torture.<sup>35</sup> Ni treba posebej poudarjati, da se v predkazenskem postopku, glede katerega se zakon in sodstvo sprenevedata, kakor da o njem nič ne veda, še vedno dogaja precej, o čemer sploh ne govorimo. Ne gre samo za to, da bi se sodnik moral umakniti v kazenskem postopku v ozadje in pustiti strankama, da oblikujeta kontradiktornost kot izraz svojega spora o tem, ali se je zgodil neki historični dogodek, na primer umor. V kontinentalnem postopku ravna sodnik po t. i. oficialnem načelu in instrukcijski maksimi. Oficialno načelo ne pomeni nič drugega kot to, da sodnik nastopa brez pobude strank glede vprašanja, kaj naj obravnava kot relevantno v kazenskem postopku. Instrukcijska maksima pa pomeni, da se mora sodišče samo poučiti o resnici v kazen-

35. Malo ljudi ve, da je ravno naše centralnoevropsko področje rekorder v vprašanju torture, kajti za vladanja cesarice Marije Terezije je bil izdan *Codex Theresianus*, imenovan *Theresiana*, ki je edina ilustrirana kodifikacija v zgodovini človeške rase. Če povemo, da ilustracije zadevajo mučilna orodja praške in dunajske različice torture, potem nam postane očitno, da je še pred koncem 18. stoletja pri nas vladala tista avtoritarnost, ki že od leta 1215 na Anglškem nikakor ni bila več mogoča. Toliko o kulturni dediščini sicer opevane srednje Evrope.

zadevi. Oba postulata sta izraz že opisanega resnicoiskalnega pojmovanja kazenskega postopka. Oficialno načelo in instruktivska maksima pa tudi predstavljata tisto razliko, ki ločuje kontinentalni postopek od anglosaškega, se pravi, pretežno inkvizitorni od pretežno akuzatornega postopka. V načelu je torej treba predlagati takšno spremembo kazenskega postopka, ki bo radikalno zmanjšala poudarek na iskanju resnice, kadar gre to na škodo posameznega obdolženca.

Nasledki take spremembe zakonodajnega pojmovanja bi pomenili sledeče inovacije, ki so bile na primer v ameriškem postopku že dosežene. Najpomembnejše je pripoznati, da spor med strankama, se pravi med posameznikom in državo, nastopi tisti trenutek, ko policija *osredotoči* svoje poizvedbe na eno osebo, zoper katero posledje ne zbira več zgolj informacij in indicev, marveč s svojim poslovanjem že nabira dokaze v *pričakovanju* bodočega sodnega postopka. Če se torej spor začne že tedaj, ko je nekdo aretiran ali sicer v rokah policije in njenih zasliševalcev, tedaj mora biti zagovorniku ves čas dovoljena prisotnost v postopku pred policijo, vsekakor pa takoj, kadar je nekomu odvzeta prostost.<sup>36</sup>

#### 4.6.5. Vprašanje verjetnosti v kazenskem postopku

Eno od pglavitnih nerazrešenih vprašanj modernega kazenskega procesa v vseh civiliziranih deželah je, ali ima država samo na podlagi *verjetnosti* pravico nekomu odvzeti prostost z namenom, da bi to verjetnost preverila in iz nje morda napravila gotovost. Za kaj pravzaprav gre?

Že v četrtem amandmaju k ameriški Ustavi je rečeno, da ima

<sup>36</sup> V primeru Janša se je postopek začel z odvzemu prostosti, zaradi česar je jasno, da policija mora trditi, da je že takrat imela dovolj utemeljen sum zoper Janšo: tak sum je seveda pogoj za zakonit odvzem prostosti. Po drugi strani pa se mora ta - isti kazenski postopek pretvarjati, da postopek pred policijo sploh še ni pravni postopek in da je brez formalne procesne vrednosti zato, ker se postopek pravno začne šele s sklepom o preiskavi, ki ga izda preiskovalni sodnik. Jasno je, da je do takrat že minila kritična faza, v kateri je obdolženec policiji že dal podatke - to pa brez tistih posvaril in privilegijev, katere mu obljublja 218. člen ZKP (9. in 10. odstavek) takoj ob začetku sodne preiskave, ko je bil duh že zdavnaj izpuščen iz steklenice.

"Obdolženec sme biti zaslišan brez zagovornika, če se je izrečno odpovedal tej pravici, obramba pa ni obvezna, če sodišče zagovorniku ni dovolilo, da bi bil navzoč pri preiskovalnem dejanju, če zagovornik ni navzoč, čeprav je bil obveščen o zaslišanju, ali če si obdolženec za prvo zaslišanje ni zagotovil navzočnosti zagovornika niti v 24 urah od ure, ko je bil poučen o tej pravici, razen, če je obramba obvezna. Če je bilo ravnanje proti /tem/ določbam ali če izjave obdolženca iz 9. odstavka tega člena o navzočnosti zagovornika niso zapisane v zapisnik, ni mogoče opreti sodne odločbe na obdolženčevo izpovedbo."

Primerjaj ameriški primer *Miranda v. Arizona*, 284 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602 (1966), ki je nedvomno zgodovinski vir podobnih določb povsod v kontinentalni Evropi, saj tudi ta primer vzpostavlja *presumpcijo prisile s strani policije* v vseh tistih primerih, ko ne obstaja podpisan zapisnik o obdolženčevem pristanku na zaslišanje brez zagovornika. Bistvena razlika med tem primerom in kontinentalnimi določbami pa je v dejstvu, da ima v ameriškem postopku obdolženec opisane pravice pred policijo, kjer te pravice kaj štejejo, medtem ko jih pri nas pridobi šele ob sklepu o uvedbi preiskave.



država pravico na podlagi utemeljenega suma (probable cause) izdati zaporni nalog, na podlagi katerega potem država lahko osumljencu odvzame prostost, čeprav njegova krivda še zdaleč ni dokazana.<sup>37</sup> To sicer ne pomeni, da ima država po tej ustavi pravico nekemu odrediti pripor, preiskovalni zapor ali preventivno detencijo, kakorkoli že kdo to imenuje, ker osmi amandma k isti Ustavi izrecno prepoveduje preiskovalni pripor.<sup>38</sup>

Problem je pravzaprav zelo enostaven, čeprav prebija okvire strogo pravne analize in se veže na politično teorijo družbene pogodbe, oziroma točneje na širšo mentaliteto enciklopedizma, ki je najlepše prišla do izraza v spisu Cesara Beccarie z naslovom "O prestopkih in o kaznih", ki ga je anonimno prvič objavil leta 1764. Kadar država koga kaznuje za storjeno kaznivo dejanje, tedaj izvaja legitimnost svojega posega v osebno integriteto posameznika iz njegove poprej in popolno ugotovljene kršitve družbene pogodbe. Logika "kakor ti meni, tako jaz tebi" je prvotna logika legitimnosti kazenskega prava sploh, oziroma točneje, legitimnosti državnega kaznovanja. Seveda pa pri "kakor ti meni, tako jaz tebi" veljata dve predpostavki, obe pa sta za pravo povsem temeljni. Prva predpostavka je, da mora biti "kakor ti meni" v času pred "tako jaz tebi", kar pomeni med drugim, da policija ne more vnaprej opraviti preiskave stanovanja ali telesa, četudi bi kasneje morda našla dokaze, ki bi ex post facto opravičevali njen poseg.<sup>39</sup>

37 *Amendment IV. (1791)*

"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated; and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularity describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

(Prevod: "Ljudje imajo pravico do varstva svojih oseb, domov, papirjev in vrednosti, to pa zoper nerazodno izvedene preiskave in zasege, pri čemer velja, da se ne bodo izdajale sodne odredbe glede kratega zadržanja gornjih pravic, razen če obstaja utemeljen sum, ki temelji na prisegi ali uradni zatrditvi, pri čemer mora ta odredba zelo natančno opisovati kraj, na katerem naj se izvede preiskava, kakor tudi osebe ali stvari, ki naj se zasežejo.")

38 *Amendment VIII. (1791)*

"Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted."

(Prevod: "Sodišče ne bo zahtevalo pretirane varščine [za to, da se bo obtoženec pojavil na glavni obravnavi], previsokih denarni kazni tudi ne bo izrekalo ter ne odmerjalo krutih in nenavadnih kazni.")

39 V primeru *Henry v. U.S.*, Vrhovno sodišče ZDA (1959), 361 U.S.98, 80 S.Ct. 168, 4 L.Ed.2d 134, se je zgodilo tole. Policia, točneje FBI, je sicer imela zakonito sodno pooblastilo za preiskavo avtomobila in aretacijo, pri čemer pa je utemeljen sum, katerega je FBI predočila sodniku, ki je izdal nalog, temeljil na dokazih, da dva osumljenca tihotapita alkohol. Na podlagi takega naloga je policija izvedla preiskavo, pri kateri pa se je izkazalo, da osumljenca sploh nista tihotapila alkohola (viskija), marveč radijske sprejemnike. Ko je primer prišel pred vrhovno sodišče, je sodnik Douglas kategorično pribil:

"Aretacija nikoli ne more biti opravičena s tistim, kar njej sledeča preiskava razkrije." Vprašanje predhodnosti oziroma naknadnosti opravičenja posegov v osebno integriteto osumljenca še pred uradnim kazenskim postopkom torej nikakor ni kakšna pedantna, tehnična podrobnost, marveč gre za povsem temeljno postavko o tem, kaj in

Druge predpostavke tukaj pa je, da morata biti obe kršitvi pogodbe z gotovostjo ugotovljeni, kar seveda ne predstavlja nobenega problema, če govorimo o naknadnem državnem reagiranju (kaznovanju), saj je to vprašanje stvar naknadne volje sodišča.

#### 4.6.5.1. Poseganje v človekovo integriteto — jemanje pravic na kredit

Ključni problem pa se pojavlja pri vprašanju, do kakšne mere mora biti ugotovljena prvotna kršitev, s katero je posameznik kršil svojo zavezo z družbo. Kadar gre za ugotavljanje kazenske odgovornosti, je to samo epistemološki problem, saj je jasno, da o preteklih historičnih dogodkih, katerih obstoja ne moremo preveriti z znanstvenim eksperimentom, ne moremo nikoli z gotovostjo trditi, da so se v resnici zgodili.<sup>40</sup> Dodatna nelogičnost pri odrejanju posegov v osebno integriteto v kazenskem postopku, ki se seveda v celoti odvija, preden je krivda ugotovljena. Temeljno vprašanje je, če je sploh mogoče legitimno komurkoli prikrajšati kakršnekoli pravice tako rekoč na kredit, se pravi, preden je bila z gotovostjo ugotovljena njegova krivda.

Seveda je vsak odvzem prostosti, vsaka osebna preiskava, vsaka preiskava avtomobila, hotelske sobe, hiše, stanovanja, obleke ali celo telesa, poseg, iz katerega se država nadeja šče

---

iz kakšnih razlogov si država, ki se ima za pravno, lahko privoščiti nasproti posamezniku.

- 40 Naš zakon o kazenskem postopku pove v 15. členu, da morajo sodišča "po resnici in popolnoma ugotoviti dejstva, pomembna za izdajo zakonite odločbe." Dokazni standard, ki velja v tistih pravnih sistemih z razvitim dokaznim pravom, česar na kontinentu tudi nimamo, pa je tako imenovani "beyond reasonable doubt standard", kar pomeni, da mora biti porota (ki je na kontinentu nimamo, zaradi česar tudi nimamo dokaznega prava) prepričana o krivdi storilca "onstran vsakega utemeljenega dvoma". Poleg omenjenega dokaznega standarda obstajajo v anglosaškem sistemu še standard "preponderance of evidence" in drugi nižji standardi, ki pa se ne uporabljajo v kazenskem postopku.

Francosko pravo govori v 353. členu *Code de procedure penale*:

"La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas des règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans la silence et le recueillement et de chercher, dans de leur conscience, quele impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accuse, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: 'Avez-vous une intime conviction?'"

Ta visokoleteča proza pa je v sobesedilu inkvizitorskega oficialnega in instruktorskega počela — skratka tistega pojmovanja kazenskega postopka, ki v njem gleda sredstvo za odkrivanje resnice — nekoliko deplasirana, ker je navsezadnje jasno, to pa tudi Foucault vseskozi poudarja, da je resnica, kadar jo oblast ugotavlja sama in po lastni iniciativi, samo ena. Ta resnica je zrcalna slika njene lastne uporabe arbitrarne premoči.

Dokazni standardi akuzatornega postopka imajo smisel samo zato, ker se razvijajo pred (nedržavno) poroto in zato, ker je v sobesedilu, ne iskanja resnice, temveč razsojanja v sporu, dokazno breme v resnici na strani tožeče stranke, kar pomeni tudi, da je presumpcija nedolžnosti operativno izvedena v kazenskem postopku in ni zgolj deklaracija, ki stoji naprimer kot postulat, in zgolj kot postulat, npr. v 9. členu francoske Deklaracije o pravicah človeka in državljana (1789). O tem več kasneje.



pridobiti informacije, katere bo potem uporabila zoper posameznika. Če bi država že v celoti imela v rokah dokaze, katere bi pred sodiščem lahko uporabila zoper posameznika, potem ga seveda ne bi pripravala v upanju, da bo od njega izsilila priznanje, niti ne bi posegala po opisanih preiskovalnih metodah.

#### 4.6.5.2. Zakaj postulat verjetnosti nasprotuje načelu "oko za oko"?

Z drugo besedo, povsem nelogično je, da si država na podlagi zgolj izkazane verjetnosti ("utemeljenega suma") vzame pravico posegati v posameznikovo integriteto. Če je že morda logično, da po načelu "kakor ti meni, tako jaz tebi" država napada posameznika, katerega kršitev družbene pogodbe je stoodstotno ugotovljena, pa nikakor ni logično, da si država na podlagi tridesetodstotne verjetnosti prisvaja pravico nekoga stoodstotno pripreti.<sup>41</sup> Že četrti amandma k ameriški Ustavi je potemtakem mogoče napadati, ker nelogično vzpostavlja pravico države, da na podlagi utemeljenega suma ("*probable cause*") dovoljuje policiji, pa čeprav pod strogim sodnim nadzorom, da posega v osebnostno in zasebno sfero posameznika še prej, preden mu je karkoli dokazala pred pristojnim sodnim organom. Moderni postulat ideologije kazenskega procesa in politike sploh bi moral biti odprava vseh pravic policije pri poseganju v sfero posameznika, preden mu je bila pred sodiščem stoodstotno dokazana njegova krivda. Postulat politike v moderni dobi, v tem pa je tudi bistvo odmiranja države, mora biti v radikalnem zoževanju pravic policije. Ta naj sicer ima vse možnosti zbiranja podatkov, vendar nikakor ne iz tistih virov, ki so v posameznikovi osebni sferi. Tu pa se že lotevamo naslednjega vprašanja, ki je za moderni kazenski postopek povsem osrednjega pomena, to pa je vprašanje pravice zoper samoobtožbo: *nemo contra se prodere tenetur!*

### 4.7. Pravica zoper samoobtožbo

#### 4.7.1. O različnosti resnic

Osrednja razlika med zasebnopravnimi in javnopravnimi postopki sploh, posebej pa med civilnim ter kazenskim, se kaže v načinu ugotavljanja resnice.<sup>42</sup> V vsaki družbi obsta-

41. Neki ameriški profesor je nekoč na pol v šali predlagal, da bi zaradi dokaznih težav v kazenskem postopku, kjer tožilec v resnici nosi veliko dokazno breme, uvedli nov pojem "verjetnega umora", katerega ne bi bilo treba stoodstotno dokazovati ("*beyond reasonable doubt*"), marveč bi za obsodbo zadoščala nižja stopnja verjetnosti (*preponderance of evidence*). Logična reakcija na tako puhlo idejo je seveda, da je nekoga, ki je "verjetno" storil kaznivo dejanje umora, treba "verjetno" (tedaj seveda sploh ne, ker "verjetnega" kaznovanja sploh ni) kaznovati.

42. Ker je družbena vloga kazenskega postopka javne, civilnega pa zasebne narave, je ugotavljanje resnice v kazenskem postopku mandatorne, v civilnem pa dispozitivne narave. Tako Vasiljevič, SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA SFRJ, Naučna knjiga, Beograd, 1964, str. 27 in 28. Vasiljevičevo stališče je povsem sprejemljivo, ven-

jajo situacije, v katerih je ugotavljanje resnice o kakem dogodku že *samo po sebi* pomembno. Vsa znanost in njena praktična uporaba v večji ali manjši meri temelji na ugotovitvi določenih "dejanskih stanj". Veliko resnic, ki jih ugotavljamo, zadeva le osebne interese, nekatere pa so širšega družbenega pomena.

Poleg tega je mogoče potegniti črto med tistimi resnicami, ki so tako splošne narave kakor npr. znanstveni zakoni, da jih je mogoče zajeti in abstracto<sup>43</sup> in dogodki, ki so že po svoji definiciji neponovljivi.

#### 4.7.1.1. Znanstveni eksperiment

Za tiste dogodke, ki nimajo svoje enkratne istovetnosti, ampak so le posebni izrazi kake splošne zakonitosti, je na voljo znanstveni poizkus. Vsakokrat, ko v laboratoriju ponovimo poizkus npr. z električnim krogotokom, smo dokazali splošni "dogodek" *razmerja* med napetostjo, tokom in uporom. Posamezni *krogotok*, kakor ga vzpostavimo ob različnih priložnostih, nima lastne istovetnosti; je le ena od mnogih manifestacij dane splošne zakonitosti.<sup>44</sup>

---

dar ga bomo tu poskusili razviti v širšo trditve. Iz Vasiljevičevega kratkega orisa razlike med civilnim in kazenskim postopkom namreč ni razvidno, čeprav je tako stališče implicirano, da je kontradiktornost v kazenskem postopku umetne, v civilnem postopku pa organske narave. Glej tudi Chaves, A., *The Role of the Judge in the Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol. 89, maj 1976, str. 7.

- 43 Glej Horkheimer, M., in Adorno, T. W.,  *DIALECTIC OF ENLIGHTENMENT*, New York, 1972. Avtorja očitno gradita na Heglovi trditvi, da predstavlja abstraktno mišljenje, ki išče skupne imenovalce v sicer ponovljivih dogodkih (Verstand) le eno od možnih miselnih variacij. Racionalizem, ki izhaja iz dobe razsvetljenstva, predstavlja tudi temelj sodobnega kazenskega prava. Najlepši dokaz za to je že sama razprava Cezara Beccarie, *DEI DELITTI E DELLE PENE*, prvič priobčena 1764. leta. Hegel v svoji *LOGIKI*, ki predstavlja del *ENCIKLOPEDIJE FILOZOFSKIH ZNANOSTI* ves čas vztraja, da je racionalizem tega tipa – spomnimo se Beccarijevih zahtev po "geometrični natančnosti" kazenskopravnih "silogizmov" – razvojno prvotna in torej nižja oblika razvoja ideje. Slednja se dvigne na raven dialektike in zatem spekulativnega mišljenja, ki je sposobno zajeti dejanskost v vsej svoji živi celokupnosti, brez posploševanja, ki ubija posameznost. Glej Hegel, *LOGIC*, Oxford, 1978, paragrafi 26, 37, 61, 84, 112, 160. V pričujočem sestavku se ne moremo podrobneje spuščati v vprašanja pravne epistemologije, treba pa je poudariti, da so za pravno filozofijo ta vprašanja osrednjega pomena, ker nam dajejo temelj za sum, da je celotna abstraktna pravna zgradba in način mišljenja, kakršnega posebej, odtujena današnjemu zgodovinskemu trenutku. Glej npr. André-Vincent, *L'abstrait et le concret dans l'interprétation*, Les archives de philosophie de droit, 1972, str.135.

- 44 T. i. objektivnost znanstvenega dokaza izvira prav iz dejstva, da je osebno prepričanje znanstvenika mogoče preveriti s ponovitvijo poizkusa. Glej Kant, *CRITIQUE OF PURE REASON*, New York, 1966. The transcendental Doctrine of Method, tretje poglavje, drugi oddelek, Doubleday, str. 523-529, in Popper, *THE LOGIC OF SCIENTIFIC DISCOVERY*, Harper, New York, 1977, str. 44. Taka objektivnost temelji na ločevanju tistega, kar je bistveno, od tistega, kar ni bistveno. Poizkus preverja kovariacijo le dveh spremenljivk, medtem ko vse druge ostanejo nespremenjene. Prav to ločevanje bistvenega od nebistvenega pa tudi predstavlja bistvo abstraktnega mišljenja o pravu. Da bi izločili bistvene elemente kaznivega dejanja, moramo zanemariti nebistvene. Zapletena resnica kakega umora je torej lahko predmet romana Dostojevskega ali pa enostavnega suhega terorja kazenske sodbe: "Obtoženeц je kriv kaznivega dejanja umora". Resničnost ene ali druge sodbe ne temelji na objektivni veljavnosti in preverljivosti trditve, temveč na *namenu*, s katerim ocenjujemo dejanskost. S te pozicije pa tudi Horkheimer in Adorno, *op. cit. supra*, napadata sodobno znanstveno povečevanje profita.



#### 4.7.1.2. Neponovljivost dogodkov v pravu in božja sodba

Čeprav v pravu ugotavljamo določene splošne zakonitosti, npr. ko poskušamo opredeliti posamezna kazniva dejanja, pa so predmet sojenja vedno le neponovljivi dogodki. Ti t. i. historični dogodki ne morejo biti predmet poizkusa. In ker je ni moč preveriti s poizkusom, pravna sodba ne more biti objektivno, marveč le subjektivno (moralno) gotova in zanesljiva.<sup>45</sup>

Zastavlja se torej vprašanje, kako se dokopati do čim večje zanesljivosti na teh področjih ugotavljanja resnice, še zlasti, ker slednje kazenskopravno področje ni le vprašanje znanstvene radovednosti, marveč zadeva človekovo življenje in prostost.

Bili bi površni, če bi enostavno trdili, da je to nemogoče. Pravni postopek z božjimi sodbami (ordali) na primer je kljub svoji iracionalnosti morda načelno najdoslednejši pravni postopek ugotavljanja resnice, saj se po svoji imaginarni zasnovi približuje znanstvenemu eksperimentu.<sup>46</sup> Seveda pa je mogoče verjeti v objektivnost takega poizkusa le ob takem "zgodnjem srednjeveškem doživljanju dejanskosti, ki vseskozi predpostavlja medsebojno prepletanje človekovega in božjega sveta".<sup>47</sup>

Dokaz z božjo sodbo se je sicer moral po IV. lateranskem koncilu umakniti inkvizitornemu postopku, ki ga je papež Inocenc III. uvedel po vzoru starejšega sicilskega postopka. Poprej eksperimentalno metodo ugotavljanja resnice z božjo sodbo je najprej nadomestilo formalno dokazno pravo, po

45 Kant, *op. cit. supra* v opombi št. 3, str. 525. Beccaria, *ON CRIMES AND PUNISHMENTS*, prev. H. Paolucci, Bobbs-Merrill, New York, 1963, VII. poglavje, str. 21: "...moralna gotovost ni nikoli kaj več kot verjetnost, katero pač imenujemo gotovost, ker vsak razumen človek iz praktičnih razlogov in iz navade taki gotovosti pritrdi..."

46 Vilfan, S., *PRAVNA ZGODOVINA SLOVENCEV*, Slovenska matica, Ljubljana, 1961, str. 272 in 273:

"Sploh je predstava o sodelovanju višjih sil pri dokaznem postopku obvladovala starejše načine dokazovanja. Dokaz, pri katerem so menili, da višja sila neposredno pomaga pri ugotovitvi resnice, so imenovali *božjo sodbo* (ordal). ...Kot najbolj tipične oblike božje sodbe naj bodo tu omenjeni sodni dvoboj, hoja po razgretih lemezih, dvig predmeta iz kotla vroče vode in metanje v vodo. Pri oblikah, ki so imele zvezo z vročino in opeklinami so predvsem opazovali, kako se je razvijala rana. Pri metanju v vodo so ponekod verovali, da voda ne sprejme nečistega; zato so šli za krivega tistega, ki ga je voda dvignila na površje. ...Pri umoru so izvajali preizkušnjo ob rakvi v veri, da bodo začele rane ubitega krvaveti, ko stopi v rakev njegov mortilec. ...Odprava božje sodbe se je izvedla v glavnem v teku 13. stoletja."

Božji sodbi pa je očitno mogoče slediti v zgodovini nazaj vse do babilonskega prava, v katerem se je zgoraj opisani postopek z vodo, kasneje imenovan *iudicium aquae frigidae*, uporabljal zoper ženske, osumljene preuštva ali čarovništva. Glej Horvat, Bataič, Sirotković, *RJEČNIK HISTORIJE DRŽAVE I PRAVA*, Zagreb, 1968, s.v. "Božji sud", str. 117.

47 Damaška, M., *The Death of Legal Torture*, The Yale Law Journal, Vol. 87, 1978, str. 860.

katerem je bilo že pred uvedbo torture v posameznem postopku potrebno zbrati točno določeno število prič ali materialnih dokazov.<sup>48</sup> Formalno dokazno pravo, tortura, prav tako pa tudi moderna sredstva kakor poligraf, "serum resnice", skupaj z vsemi področji kriminalistične taktike in tehnike, kažejo na poskus nadomestiti prej zanesljivo metodo božje sodbe z drugimi posrednimi in opisnimi "historičnimi" metodami.

#### 4.7.2. Razkol v evropskem kazenskem pravu

Znano je, da se je enotni kazenski postopek v Evropi razcepil na kontradiktorni anglosaški ter inkvizitorni kontinentalnopравни postopek prav ob odpravi božje sodbe. Ta razcep pa ni bil samo izraz kulturnih razlik. Prav nasprotno! Sistema sta se razšla točno ob črti notranjega nasprotja, ki jo je vzpostavila prepoved "eksperimentalne" metode ugotavljanja resnice v kazenskem pravosodju. Eksperiment bi namreč združeval objektivnost s popolnim ugotavljanjem resnice. Udeleženci božje sodbe so si, čeprav zmotno, vendarle lahko predstavljali, da je bila resnica o kakem preteklem dogodku popolno ugotovljena in objektivno potrjena. Z odpravo te metode pa je bilo pravo prisiljeno izbirati med objektivnostjo ugotavljanja resnice ter čim popolnejšo informiranostjo tistega, ki naj sodbo izreče.

#### 4.7.3. Objektivnost versus popolnost

Pri omenjeni dilemi, za katero bi lahko rekli, da predstavlja osrednje nasprotje in gibalo kazenskega procesa, smo prisiljeni izbirati med *objektivnostjo*, kakršno nam nudi kontradiktornost, ter ono *popolnostjo*, ki nam jo nudita instruksijska in oficialna maksima.<sup>49</sup> Na tem mestu se ne moremo podrobneje spuščati v opis načina, po katerem kontradiktornost vnaša objektivnost v postopek.<sup>50</sup> Omenimo naj le, da morajo biti v kazenski preiskavi oblikovane nekatere pravne in nepravne hipoteze o tem, kaj se je v dejanskosti zgodilo. Preiskovalčevo oblikovanje hipoteze pa

48 Glej obširneje Damaška, *op. cit. supra*, v opombi št. 6, in Langbein, *Torture and the Law of proof: EUROPE AND ENGLAND IN THE ANCIEN RÉGIME*, Chicago, 1977.

49 Instruksijska maksima, po kateri se je sodnik dolžan dokopati do vseh informacij, ki so v danem primeru pravno relevantne, in pa oficialna maksima, po kateri mora to storiti *ex officio*, na lastno iniciativo, predstavljata glavno razliko med kontradiktornim in inkvizitornim tipom postopka. O tem von Bar, *A HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL LAW*, Boston, Little, Brown and Co., 1916, str. 1 ss.; Jeschek, *THE DISCRETIONARY POWER OF THE PROSECUTING ATTORNEY IN WEST GERMANY*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, str. 508-517; Jeschek, *Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law*, *Virginia Law Review*, Vol. 56, str. 248: "V Nemčiji je sodnik tisti, ki je v skladu z instruksijsko maksimo odgovoren za izvajanje dokazov."

50 Glej podrobneje Zupančič, *CRIMINAL LAW; THE CONFLICT AND THE RULES*, Seton Hall, New York, 1981.



že predstavlja *poskusno odločitev*. Ker pa je za vsako odločitev značilno, da odstrani tiste informacije, ki odločitvi nasprotujejo,<sup>51</sup> iz tega verjetno tudi sledi, da se bo delna in poskusna odločitev v obliki hipoteze izkazala v selektivni, torej neobjektivni, percepciji pravno relevantnih dejstev. Taki subjektivni selektivni percepciji pa se je mogoče izogniti le ob pasivizaciji sodnika. Tedaj mu namreč ni treba oblikovati hipoteze, njegovo dožemanje za kontradiktorne informacije vzdržuje sistem aktivnega nasprotovanja procesnih strank. Tako ustvarjena pasivna ambivalentnost sodnika<sup>52</sup> predstavlja verjetno najbližje možno oponašanje objektivnosti znanstvenega eksperimenta.

Jasno pa je, da pasivizacija sodnika predstavlja aktivizacijo strank, to pa s seboj prinese mnoge zaplete, ki so povezani z odpravo instruksijske in oficijalne maksime (uvredba dokaznega prava, procesno sankcioniranje protipravno pridobljenih dokazov, splošen poudarek na procesnih, ne pa materialnih rešitvah, zavlačevanje, procesni formalizem itd.) Kljub tem zapletom pa tudi naš "mešani" postopek, razdeljen na preiskavo in na sojenje, vendarle odraža spoznanje, da tisti, ki aktivno preiskuje kazensko zadevo, za objektivno sojenje ni primeren.

#### 4.7.4. *Umetna narava spora v kazenskem postopku — država se odpove delu svoje moči*

Izhajali bomo torej iz predpostavke, da je *vloga kontradiktornih elementov v kazenskem postopku vzdrževati določeno raven pasivne ambivalentnosti sodnika*. Nekateri vodilni teoretiki v anglosaškem sistemu stoje na nevzdržnem stališču, da je vloga kontradiktornosti v razreševanju spora med procesnima strankama.<sup>53</sup> Vendar spora med strankama v kazenskem procesu sploh ne bi bilo, če ga ne bi država umetno ustvarjala s tem, da plača državnega uradnika, tožilca, ki spor začne in vzdržuje. Spor v kazenskem postopku je na zunaj sicer podoben sporu med storilcem in žrtvijo kaznivega dejanja, vendar pa obstajajo številni dokazi za tezo, da gre v resnici za povsem drugačno vrsto spora. To izhaja že iz dejstva, da država vztraja pri javni iniciativi postopka. Žrtev, kadar nastopa, nastopa le drugotno. Pravo tudi predpostavlja, da je predmet spora med žrtvijo in storilcem odškodninske in ne kazenskoopravne narave, kar je razvidno iz adhezijskega postopka

51 Deutsch, K. W., *THE NERVES OF GOVERNMENT*, II. izdaja, Free Press, New York, 2. izdaja, 1966.

52 Glej Zupančič, *op. cit. supra* v opombi št. 9.

53 Goldstein, A. S., *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, *The Yale Law Review*, Vol. 69, 1960, str. 1149. "Glavni namen kazenskega postopka, kakor to velja za vse postopke sploh, je na pravičen način razrešiti spor, postavljen pred sodišče."

oz. iz napatitve na pot pravde. Tudi pri privatnih in predlagalnih deliktih samo dejstvo, da kot tožilec ali kot predlagatelj nastopa žrtev, še zdaleč ne pomeni, da žrtev nastopa pretežno ali izključno v lastnem imenu. Verjetno zakonodajalci izhajajo iz prepričanja, da v določenih primerih javna potreba po pregonu zavisi od zasebne želje po pregonu, vendar pa z njo ni istovetna.<sup>54</sup>

Smoter kazenskega postopka torej ne more biti v razrešitvi spora, saj tega pogosto sploh ne bi bilo, če ne bi bilo institucije javnega tožilca. Po drugi strani pa ni samo po sebi umevno, da bi ugotavljanje resnice moralo biti tudi podvrženo kontradiktornemu režimu, saj je na drugih področjih, kjer gre za historične dogodke (pri zgodovini), način ugotavljanja resnice nesporen in nekontradiktoren. Ali nemara obstajajo drugi razlogi za kontradiktorno organizacijo kazenskega postopka?

Če hočemo govoriti o sporu, morata biti izpolnjena dva pogoja.<sup>55</sup> Nietzsche je bil verjetno prvi, ki je pokazal, da je poleg nezdružljivosti interesov dveh strank za spor potrebna tudi *približna enakost strank*. Da bi namreč sploh lahko govorili o nejasnosti in negotovosti izida v tistih situacijah, v katerih imata dva posameznika nezdružljive interese, ta dva

54 Predmet spora v javnem pravu sploh, še posebej pa v kazenskem postopku, presega spor sam. Kadar govorimo o procesnem mešetarenju (*plea bargaining*) v pretežno kontradiktornih postopkih Združenih držav, nam ne gre v račun, da bi obtoženec in tožilec s poravnavo enostavno odpravila predmet spora, pri tem pa obtoženec prizna nekaj manj, kot je v resnici storil. To je najlepši dokaz, da predmet spora v kazenskem postopku, v nasprotju s civilno pravdo, kjer se stranki lahko takoj pobotata, ni kak interes ali prid, za katerega bi se potegovali obe stranki. Razrešitev spora ni ne glavni ne postranski namen kazenskega postopka. Kakor bomo videli, je spor sam le sredstvo, nikakor pa ne namen kazenskega postopka. Glej Chayes, *op. cit. supra* v opombi št. 1. O vlogi same umetne kontradiktornosti glej Fuller, *Adjudication and the Rule of Law*, *Proceedings of the American Society of International Law*, 54:1, 1960, str. 1-8. Fuller pravi, da je glavna cena, ki jo plačamo za uvedbo kontradiktornosti v kateremkoli postopku odločanja, v tem, da mora odločanje potekati na aut-aut način, kjer se mora tisti, ki odloča, opredeliti ob osi polarizacije, katero določata stranki: ali "kriv" ali "nedolžen". Tak način odločanja, za razliko od običajnega, imenuje Fuller *monocentrični način odločanja*.

55 Deutsch, *op. cit. supra*, str. 112. Deutsch omenja nezdružljivost interesov in pa "verjetno ceno izogibne trčenju" kot vodilna kriterija spora. Ta drugi kriterij v resnici pomeni le, da je obema strankama ceneje spustiti se v spor, kot pa se mu izogniti. Jasno je, da bo ta pogoj izpolnjen le, če si stranki lahko vsaj utvarjata, da bosta v odkritem konfliktu premagali nasprotno stranko. Nietzsche, *Human, All too Human*, v delu *ON THE GENEALOGY OF MORALS*, Vintage Books, New York, 1967, str. 169, par. 92: "Izvor pravice. Pravičnost (Gerechtigkeit) oz. poštenost (Billigkeit) izvira med njimi, ki so po moči *približno enaki*, kakor je to Tukidid (v strastnem razgovoru med atenskimi in melianskimi ambasadorji) pravilno razumel: Tam, kjer ni jasne premoči in tam, kjer bi bitka in pretep pomenila nedokončano medsebojno škodovanje, od tam izvira misel, da bi bilo mogoče priti do skupnega jezika in se pogajati o zahtevah. Začetna narava pravice je narava mešetarenja. Vsaka stranka zadovolji drugo do tiste mere, do katere sama predpostavlja, da je dobila več, kot je dala. Vsaka stranka da drugi, kar ta želi in hoče, tako da to postane njeno; v zameno pa sama dobi, kar hoče. Tako je pravičnost le plačilo in menjava, ki temelji na predpostavki približne enakosti. Tudi maščevanje spada v domeno pravičnosti, ker je pač izmenjava. Enako velja za hvaležnost." Primerjaj. Pašukanis, *LAW AND MARXISM*, Ink Links, London, 1978, str. 167-188, zlasti str. 170. Primerjaj tudi Pašukanis, *op. cit.*, str. 168s z Nietzsche, *The Wanderer and his Shadow*, *op. cit.*, Appendix, *Seventy-five Aphorisms from Five Volumes*, str. 179-182, par. 33. Podobnost je verjetno več kot le naključna.



posameznika po svoji moči ne smeta biti preveč različna. Če eden nad drugim zlahka fizično, gospodarsko ali v kakem drugem dejanskem (ne pravnem) smislu prevlada, tedaj je vprašanje konflikta interesov le akademsko, teoretično vprašanje. V takšnem primeru do spora pravzaprav sploh ne pride, saj je jasno, da bo prevladal interes močnejše stranke. S širšega pravoznanstvenega stališča nam je lažje razumeti, čeprav to na meščanskem pravnem področju še malo ni jasno, da s tem, ko je država monopolizirala fizično prisilo, ni le odpravila Hobbesov *bellum omnium contra omnes*, marveč je prav s tem šele *ustvarila celo vrsto sporov*, ki jih ne bi bilo, če bi v družbi enostavno odločala fizična premoč. V nekem smislu je torej država tudi orožje fizično šibkejših. Revolucija pa je nasprotno povratek k elementarnemu, eksperimentalnemu, fizičnemu merjenju moči. Očitno je tudi, da monopolizacija fizične prisile s strani države morda odpravlja fizično prisiljevanje, ne pa njegovih gospodarskih, socialnih in množice drugih neformalnih oblik. Z drugo besedo, če bi država odpravljala celo take, manj otipljive oblike prisile, bi s tem ustvarila celo vrsto novih spornih situacij, ki bi jih njeni sodniki morali presojati po splošnih, vnaprej veljavnih in enotno uporabljenih pravnih pravilih.

Če je torej res, da za pristen spor potrebujemo ne le nezdržljivost interesov strank, marveč nujno tudi njihovo približno enakost,<sup>56</sup> potem nam postane na mah očitna notranje razklana narava kazenskega postopka, v katerem se država kot procesna stranka poslužuje te iste, sicer prepovedane, fizične prisile. Država, s svojim monopolom fizične prisile doseže, da so posamezniki v svoji fizični brezmoči izenačeni. Kadar nanese, da postanejo interesi posameznikov nezdržljivi, je podan ta drugi pogoj za pristen spor, namreč približna enakost spornih strank. Če pa sama država nastopa kot procesna stranka in pri tem izkorišča svojo fizično premoč, ta mehanizem, po katerem sta stranki približno enaki, očitno ne deluje več.

Znano je, da je Montesquieu v svojem *Duhu zakonov* vztrajal, da ne more biti govor o javnem pravu (v katerem država

56 Na spor je mogoče gledati kot na poizkusno merjenje moči. Čim večja je mera negotovosti o izidu tega merjenja, čim bolj sta obe stranki prepričani o medsebojni izenačenosti, in verjameta, da je njuna hipoteza, za razliko od hipoteze nasprotne stranke, tista, ki bo obveljala, tem bolj je vejetno, da bosta stranki poskusili svoje stališče uveljavljati v dejanskosti. To načelo velja v mednarodnih odnosih, v zasebnih sporih, pri vaškem pretepu in prav tako v sodni dvoranji. Tisto, kar je v podobnih situacijah različno, je le raven spora. Pri fizičnem obračunavanju, vaškem, ali mednarodnem, se preizkušata dve hipotezi o fizični premoči; pri civilnih pravnih gre za prepričanje v pravno premoč, to je glede na dane pravne kriterije za zaščito zasebnih interesov. V zasebnih sporih se bo stranka toliko raje spustila v pravdo, kolikor bolj bo prepričana, da bo na sodišču uspela. Na ta način je nekako privolila v spor. To pa ne velja za kazensko pravno. Bolj ko je pristna negotovost o končnem izidu, bolj je spor eksperimentalen. Negotovost o končnem izidu pa je v veliki meri odvisna od približne (ali vsaj percipirane) enakosti strank.

sama nastopa kot stranka), če sodna oblast ni neodvisna od drugih funkcij oblasti. V nasprotnem primeru namreč ista stranka, država, toži in sodi. Takšno stanje Weber imenuje formalno iracionalen način aplikacije prava.<sup>57</sup>

Kazensko pravo je javno pravo, v katerem nastopa kot tožeča stranka država. Ta država ima nad osumljencem in kasneje obtožencem očitno fizično premoč. Kako torej lahko govorimo o sporu med državo in tem posameznikom, ko pa ni podan temeljni pogoj približne enakosti sprtih strank? Mar ni izid spora (vsaj v pomembnejših primerih) že vnaprej jasen?

Tu naletimo na drugi umetni element kazenskega spora. Prvi, kakor smo že omenili, je v tem, da spor začne državni uradnik, oziroma da spora v dani obliki sploh ne bi bilo, če ne bi država sama vztrajala pri tem, da spor začne in ga vzdržuje. Drugi umetni element se kaže v tem, da se v kazenskem postopku sam monopolist prisile odreka velikega dela svoje premoči in se, še več, podvrže sicer fizično brezmočne veje državne oblasti, sodstva. Zastavlja se vprašanje, zakaj zasledimo to umetno vzdrževanje približne enakosti sprtih strank prav na tistem torišču države in družbe, kjer so njihovi interesi najbolj očitno in najbolj boleče prizadeti, tam torej, kjer bi bilo najmanj pričakovati, da bo država popustila.

Klasiki marksizma so poudarjali, da je ta popustljivost le prekarna koncesija, da obstaja tako rekoč na prošnjo do preklica. Znano je, da so fašistični režimi kaj hitro odpravili *materialne* kautele, vsebovane v načelu zakonitosti. Manj je znano, da v anglosaškem sistemu ta proces poteka analogno na *procesnem* področju. Kljub temu pa ni mogoče odpraviti kontradiktorne narave kazenskega postopka, še manj pa formalističnih pregrad materialnega kazenskega prava z enostavno pripombo, da gre za meščansko ideologijo.

Pašukanis<sup>58</sup> je poudarjal, da sistem materialnega kazenskega prava nima kakega racionalnega namena specialne ali generalne prevencije, temveč, da leži njegovo bistvo, kakor po Gumplowitzu bistvo vsega pravnega,<sup>59</sup> v sporu. Vendar Pašukanis ne pojasni očitne umetne narave kazenskega spora in sledi Nietzscheju,<sup>60</sup> ki trdi, da je kazensko pravo le analogija siceršnji splošni ideji ekvivalenta vrednosti, kakor se ta najjasneje kaže v obligacijskem pravu. Varovalna na-

57 Weber, M., *Categories of Legal Thought*, 4. poglavje, ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY, Max Rheinstein Ed., 1954, str. 61-64.

58 Pašukanis, *op. cit. supra*, str. 181, 182.

59 Pašukanis, *op. cit. supra*, str. 81, citira Gumplowitz, L. *RECHTSTAAT UND SOZIALISMUS*, Innsbruck, 1881, str 80, op. 11.

60 Nietzsche, *op. cit. supra*.



rava pravnega formalizma je najmočnejše poudarjena prav v materialnem kazenskem pravu in Feuerbachovem načelu *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. Procesne kavtele vseh vrst so najbolj očitne ravno v kazenskem procesu. V tem smislu je torej kazensko pravo najbolj "pravno" pravo, po Pašukanisu<sup>61</sup> morda prav zato, ker je v resnici najmanj "pravno", saj je sama narava konflikta, torej "bistva vsega pravnega", tu najbolj prekarna.

Brez pretiravanja je danes mogoče trditi, da urejen, vsaj delno kontradiktoren kazenski postopek, v katerem se uporabljajo vnaprej določene norme kazenskega prava, predstavlja enega glavnih meril civiliziranosti določene družbe.<sup>62</sup> Linčanja, pogromi, analogija juris, neodvisna pooblastila policije, visoke prostostne kazni, neuravnovešena kazenska politika in prevelika pooblastila sodnikov – vse to so že od Beccarijevega esaja<sup>63</sup> znaki nizke pravne kulture.

Čeprav je v talionskem načelu in njegovi ideji ekvivalenta<sup>64</sup> malo namenskega racionalizma,<sup>65</sup> pa je znano, da je npr. Kant vztrajal pri kategoričnem imperativu in da danes ugotavljamo, da je bil v tem morda implicitno bolj pragmatičen kot Bentham, ki je zastopal eksplicitno pragmatistična stališča.<sup>66</sup> Vse to pa še zdaleč ne razloži temeljnega paradoksa, da se država odreka svoje premoči tam, kjer je najbolj prizadeta.<sup>67</sup>

#### 4.7.5. V čem je razlika med kazenskim in civilnim pravom

V čistem modelu kazenskega prava je predmet spora obstoj določenega preteklega dogodka. V tem pogledu je kazensko pravo podobno odškodninskemu pravu. Drži tudi, da je v obeh primerih najboljši vir pravno relevantnih dejstev

61 Pašukanis, *op. cit. supra*, str. 73-108.

62 Glej npr. Kelsen, *PURE THEORY OF LAW*, University of California Press, Berkeley, str. 82-84; Nietzsche, *op. cit. supra*. Drugi esej v celoti; Fuller, *THE MORALITY OF LAW*, Yale University Press, New Haven, 1970, str. 200-224.

63 Beccaria, *op. cit.*, str. 8, 11, 14-17, 20-22.

64 Pašukanis, *op. cit.*, str. 84-108; Marx, *PREFACE TO THE CRITIQUE OF POLITICAL ECONOMY*, v Marx and Engels, *WORKS*, Vol. 1, 1969, str. 503-504.

65 Horkheimer, *CRITIQUE OF INSTRUMENTAL REASON*, The Seabury Press, New York, 1974.

66 Glej podrobneje Zupančič, *Criminal Law: Today and Never Again*, neobjavljen rokopis koncepta doktorske disertacije, na razpolago v knjižnici Instituta za kriminologijo, str. 226-265. V tem poglavju z naslovom "Utilitarian philosophy: Bentham" sem poskusil pokazati na krožno naravo Benthamovega felicitističnega računa.

67 Kelsen, *op. cit.*, str. 313. Avtor stoji na stališču, da "ni država tista, ki se podreja pravu (to je, da se odreka svoje fizične premoči, op. pisca) temveč je pravo tisto, ki ureja človekovo ravnanje, še posebej njegovo pravotvorno dejavnost in ki potemtakem podreja pravu tudi te ljudi." Za nas pa tu ni bistveno, ali govorimo o podrejanju države lastnim predpisom, ali podrejanju njenih organov predpisom države. Učinek s stališča enakosti orožja v kazenskem postopku je v obeh primerih enak.

(ob)toženi sam. Toda medtem ko se v odškodninskem postopku izrečena sodba glasi na premoženje, v kazenskem postopku neposredno zadeva samo osebo obsojenca. Medtem ko v civilnem postopku izrek o odgovornosti toženca ne predstavlja, vsaj pravno ne, sodbe o njem samem, je v kazenskem pravu sodba o preteklem dogodku le graja storilčeve osebnosti. Prav zato je npr. poskus, pri katerem ne nastane dejanska škoda, tudi kazniv,<sup>68</sup> nikoli pa ni predmet civilne tožbe. Primerjava med civilnim in kazenskim postopkom torej kaže na globljo možno primerjavo med človekom in stvarjo. Spori s področja kazenskega prava zadevajo neposredno človeka, na eni strani posameznika, širši krog ljudi ali družbo v celoti kot žrtev določenega dejanja in na drugi strani storilca kaznivega dejanja.<sup>69</sup> Vsebinsa in narava spora v kazenskem postopku sta, če ju primerjamo z zgodovinsko prvotnejšimi pravnimi postopki zasebno-pravne narave, nenavadni.

Prav v spisu Beccarije se kot leitmotiv ponavlja trditev, da v kazenskem pravu ne gre za odnos subjekta do objekta,<sup>70</sup> ali

68 V anglosaškem pravu je Francis Bacon kot tožilec pred inkvizitorno komoro že leta 1615 predlagal, da bi t. i. "Star Chamber" napravila poskus kazniv. Bracton pa je stal na stališču, naj poskus ostane nekaznovan, ker pač pri njem ne nastane nobena dejanska škoda (Bracton, *De legibus Angliae*, 2, str. 337, f. 128, 13). Anglosaško pravo je poskus kaznovalo šele 169 let kasneje, ko je pojem sprejel znani sodnik Mansfield (*Cald. Mag. Rep.* 399 (1784)). Zanimivo je seveda, da je *CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA* v svojem 177. členu poskus kaznovala že leta 1532 (glej Langbein, *PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE*, Harvard, 1974, str. 300).

69 Nietzsche in Pašukanis pojmujeta pravo kot izraz tržne ideje ekvivalenta: *quid pro quo*. O tem govorita tudi Horkheimer in Adorno, *op. cit. supra*, str. 3-43. Str. 6:

"Za dobo razsvetljenstva je sumljivo vse, kar se ne da scela podvreči pravilu preračunavanja in koristnosti."

Str. 9:

"Človek plača z odujtvijo tega, nad čimer vrši svojo moč."

Str. 14:

"Tista individualnost, ki se je naučila reda in podrejanja pri podrejanju sveta, je kaj kmalu pričela enačiti resnico s skladnostjo z zakoni, brez trdne opredeljenosti, katerih splošna resnica sploh ne more obstajati."

Nasprotno pa je pri Beccariu podrejanje abstrakciji sredstvo zoper še hušjo alienacijo, ker podrejanje formalni logiki kazenskega silogizma v svoji "geometrični natančnosti" predstavlja varnost pred oblastjo, oz., če sledimo Kelsnu, pred organi oblasti.

70 Njegovo izhodišče, iz katerega izvaja vso legitimnost kazenskega prava, je bil Rousseaujev "contrat social". Primerjaj Rousseau, *DRUŽBENA POGODBA*, I, 6: "...temeljni problem je najti takšno obliko združevanja, ki bo obenem varovala osebo in posest vsakega pridruženca in dovoljevala, da se vsak od njih ravna, čeprav je združen z vsemi drugimi člani družbe, po lastni svobodi." Treba je priznati, da je šele Hobbes v svojem Levitanu pričel debato o tej osrednji dialektiki človekovega razkola med eksistencialnim dolgom družbi in potrebo po ločenosti od nje. Brez slednje ni mogoče govoriti o individualnosti, katero pa je, vsaj za potrebe kazenskega prava, v resnici vzpostavil šele Beccaria. Na podlagi takega družbenega vzdušja, h kateremu so največ prispevali Hobbes, Montesqui (ki je umrl devet let pred izidom knjige Beccaria) in Rousseau, je Beccaria (*op. cit. supra*, 2. poglavje) lahko zapisal, da "so zakoni tisti pogoji, pod katerim so se neodvisni in ločeni posamezniki združili, da bi ustvarili družbo - in ustvarili družbo. To je njegovo osrednje izhodišče, iz katerega izvaja celo prepuščeno smrtno kazni, češ da se posameznik v zgoraj opisanem smislu pač ni mogel pridružiti z mislijo na lastno smrt (*op. cit.*, 16. poglavje). S tega stališča je torej mogoče trditi, podrobna analiza Beccarijevega esaja pa je za to najlepši dokaz, da je kazensko pravo po svojem bistvu eno najmočnejših orožij posameznika zoper državo.



za spor dveh subjektov o določenem objektu, temveč da gre za temeljni eksistencialni spor o človeku samem, o njegovem bistvu, bivanju in njegovem odnosu do družbe.<sup>71</sup> Beccaria neprestano ponavlja, da je spričo tega treba do "geometrične natančnosti" zaostri kriterije odgovornosti, pa tudi postopek, po katerem se dejanski temelj te odgovornosti ugotavlja. En dejavnik pri razlaganju omenjenega paradoksa torej zagotovo leži v doživljanju posameznikove osebnostne neokrnjenosti. V toliko, v kolikor posameznik napade družbo (mala in se) ali državo (mala prohibita) ali obe, pride do stika, v katerem posameznik negira in mora zato biti tudi sam negiran.<sup>72</sup>

Če je na splošno res, da kazensko pravo predstavlja manifestacijo tankočutnih sodba o sicer nerazrešenem odnosu med posameznikom in družbo in je zato pravo o ljudeh, ne pravo o stvareh, je toliko očitneje, da si kazenski postopek, katerega celotni smisel je prav varovanje posameznikove osebnostne neokrnjenosti, ne more privoščiti, da iz storilca napravi objekt, t. j., da ga napravi za vir informacij zoper samegasebe.

#### 4.7.6. *Spor kot bistvo vsega pravnega*

Ker je nemogoče oporekati Gumplowitzu, ki pravi, da je spor bistvo vsega pravnega, je treba tudi na kazenskopravnem področju izhajati iz kontradiktorne narave kazenskega postopka. Spor med posameznikom in državo naj bi bil vnaprej, čeprav *in abstracto*, že odločen z razglasitvijo materialnih kazenskopravnih norm.<sup>73</sup> V tem smislu se ne razlikuje mnogo od narave vsake druge zasebno in javno-pravne norme. Razrešitev spora je procesno kar se da determinirana, določena mera nepristranskosti pa je zagotovljena z neodvisnostjo sodne veje oblasti. Vse to pa še ne pomeni, kakor prikazuje Goldstein, da je kazensko pravo zares pravo o sporu.

Da kazenski postopek ni samo spor, se najlepše kaže prav pri

---

Kaznovati je pač mogoče brez vsakih predpisov, za to človek potrebuje le organizacijo fizične prisile. Varovati posameznika in njegovo osebnostno neokrnjenost v okviru te prisile, to je države, brez prava ni mogoče. Zmotna so tista stališča, ki dojemajo kazensko pravo kot pravo o družbeni kontroli, kot pravo, ki spočenja kaznovanje itd. Kazensko pravo je pravo o preprečevanju kaznovanja (v tistih primerih, ko ni izrecno predvideno). In to je kazensko pravo tudi vedno bilo: *poena non irrogatur nisi quae quaeque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est.* (D.50, 16, 131). Glej podrobneje Zupančič, *op. cit.*, str. 248-428.

71 Zupančič, *op. cit. supra* v opombi št. 25, str. 248-428.

72 Glej Hegel, *Philosophy of Right*, prev. Knox, Oxford University Press, New York, 1971: "Kaznivo dejanje je splošno dejanje fizične prisile, ki okrne svobodo v konkretnem pomenu te besede ter napada pravo kot pravo -- sodba, ki je v negativnem smislu absolutno neskončna; s to sodbo storilec ne zanika le posameznega, temveč tudi splošno in ono neskončno v predikatu 'moje', to je v moji sposobnosti biti subjekt pravic."

73 Glej podrobneje Alchourron and Buliygin, *NORMATIVE SYSTEMS*, Dunaj, Springer, Verlag, 1971.

ugotavljanju resnice. V zasebnih postopkih je ugotavljanje resnice (R) sredstvo za razrešitev spora (S). V javno pravnih postopkih je spor sredstvo za (objektivno) ugotavljanje resnice.

R → S (zasebno pravo)

S → R (javno pravo)

Z drugo besedo, in če obrnemo Gumpłowitza na glavo, je spor sicer res bistvo vsega pravnega, po drugi strani pa je vse pravno tudi v bistvu sporne (torej kontradiktorne) narave. Če je prvotna vloga prava zagotoviti družbeno premirje z razglasitvijo norm in postopkov za možne spore (*Si in ius vocat, ito!*<sup>74</sup>), pa je možno proces tudi obrniti in doseči, da postanejo določene odločitve, npr. o kaznivosti določenih ravnanj, sporne narave, četudi le zato, da bi bil pred vsemogočnostjo države varovan posameznik, za katerega Kant trdi, da ne sme nikoli služiti kot sredstvo, marveč le kot namen.<sup>75</sup>

#### 4.7.7. Spor kot sredstvo za zagotavljanje pravne varnosti

Mogoče je, kot smo že videli, umetno ustvariti spor, npr. tako, da se država odreče svoje očitne premoči in se spusti na raven navadne procesne stranke. Postavi državnega uradnika, ki pred sodiščem toži v imenu države, čeprav bi bilo veliko lažje in učinkoviteje, če bi država kar sama neposredno zgrabila in kaznovala motečega posameznika. Z drugimi besedami, mogoče je siceršnji namen prava, razreševanje sporov, obrniti in iz spornosti napraviti sredstvo, ki naj omogoči pravno varno odločanje o posamezniku.

74 Zakonik XII. plošč I, 1, 1. Primerjaj Pašukanis, *op. cit.*, str. 168: "*Si in ius vocat ito, ni it, antestamino igitur in capito.*" (sic), iz česar pa Pašukanis ne izvaja, kakor bi morda pričakovali, da temelji sporna narava pravnih postopkov na siceršnji državni monopolizaciji fizične prisile, ki povzroča, da so posamezniki pred zakonom enaki in torej v načelu enako močne procesne stranke v sporu. Pašukanis nasprotno predpostavlja, da starejša, ko je kakšna zakonodaja, bolj kruto je njeno kaznovanje. Pri tem očitno sledi Nietzschejevi trditvi, da je kaznovanje izraz atavističnega sadizma: "*de faire le mal pour le plaisir de le faire.*" (Nietzsche, *op. cit.*, str. 65, par. 5 drugega eseja.) Ob takem stališču, ki je očitno v nasprotju z navedbo Gumpłowitza (Pašukanis, *op. cit.*, str. 81), ker so pravni spori mogoči le ob siceršnji odpravi uporabe fizične samopomoči, Pašukanis povsem napak sklepa, da je kazensko pravo eno izmed izvirnih prav. To stališče je značilno za Nietzscheja, le da slednji govori o krutem kaznovanju, medtem ko Pašukanis govori o kazenskem pravu. Čeprav je atavistično naravo kaznovanja lažje predpostavljati, pa je pravno odločanje o kaznih možno šele, ko se država odpove svoji moči in gre namesto tega *in iure*.

75 Kant, *GROUNDWORK OF THE METAPHYSIC OF MORALS*, Paton, H.J., (naslov orig. *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*), Harper & Row, New York 1964, str. 95.

"Pravim pa tudi, da človek, in sploh vsako racionalno bitje, obstaja kot cilj zase, ne pa zgolj kot sredstvo za arbitrarno rabo te ali one volje: v vseh svojih dejanjih, pa naj so usmerjena na njega samega ali na druga racionalna bitja, mora biti viden hkrati kot cilj."



Tega ni mogoče dovolj poudariti. Kakor je sicer v evropski teoriji močno izražen namen iskanja resnice, tako je v anglosaškem svetu ostal dominanten kontradiktorni element v kazenskem postopku. Očitno je, da bo učinkovitost iskanja resnice trpela, če bo proces organiziran kontradiktorno; vmešavanje obeh strank, če nič drugega, moti že tako težavno zbiranje podatkov o preteklem sumljivem dogodku. Še tako simbolična kontradiktornost v evropskih kazenskih postopkih obstoji navkljub (in ne zaradi) iskanja resnice. Kakor smo omenili, je en razlog za uvedbo kontradiktornih elementov upanje, da se bo s tem povečala objektivnost sojenja, ker je ob aktivnih strankah moč pričakovati večjo mero pasivne ambivalentnosti sodnika. To zahteva *umetno organizacijo spora* na vseh tistih področjih, na katerih se ni mogoče zanesti, da bodo spontani zasebni spori zagotovili potrebno kontradiktornost.

Objektivnost sojenja je mogoča samo kot nasprotje pristranskosti strank v sporu. *Le v kontrastu dveh pristranskosti je mogoče govoriti o nepristranskosti.*

Bilo bi napak, če bi razlikovanje med (prvotnim) zasebnim in (kasnejšim) javnim pravom razumeli, kot da je eno "resnično" in drugo le "potvorjeno" pravo. Prav umetna narava javnega prava, ki se pojavi v svoji čisti obliki šele v času meščanske revolucije, stopnjuje njegovo pravnost. Razlogi, ki terjajo pravno odločanje o storilcih kaznivih dejanj, toliko bolj silijo, da so merila odločanja, če se že o tem odloča na praven način, kar se da pravna.

*Oblika in formalizem* bosta torej stopnjevana tam, kjer je pravno odločanje šele nedavna pridobitev civiliziranih družb.

Da bi lahko govorili o kazenskem postopku kot pristno pravnem postopku, moramo torej nujno sprejeti kontradiktorno organizacijo odločanja o njem. Kontradiktornost pa je pristna samo takrat, kadar je podana resnična enakost orožja partnerjev v sporu.<sup>76</sup> Ali to pomeni, da je povsem nelogično, če ima država pravico aretirati in pripreti osumljenca? Mar to pomeni, da ga država kot stranka v procesu ne bi smela zasliševati? V čem je bistvo te enakosti?

Tu nam pride na pomoč anglosaško pravo s svojim privilegijem zoper samoobtožbo.<sup>77</sup> Čeprav v literaturi odkrito

76 Glej Kobe, P., *Enakost orožja v kazenskem postopku in jugoslovansko kazensko procesno pravo*, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete, XXXIII, Ljubljana, 1968, str. 81-100.

77 Podrobnejša analiza je podana v primeru *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Zgodovinski izvor tega "privilege against self-incrimination" je slabo dokumentiran, velja pa, da se zoper obdolženca oz. obtoženca ne smejo uporabiti tisti dokazi, ki so (1) komunikativne narave, t.j. govorene besede, pisani dokumenti in (2) ki izvirajo iz obdolženčeve osebnostne sfere. Glej *Holt v. United States* in Peti amandma k Ustavi ZDA, ki se glasi: "...nor shall (any person) be compelled in any criminal case to be a

priznavajo, da tega privilegija ni mogoče opreti na kako izrecno normo ali iz nje izvedeno doktrino,<sup>78</sup> pa je mogoče logično izvesti to pravico iz same kontradiktornosti. Kako namreč lahko govorimo o sporu, če ena stranka iz druge izsili priznanje?

"Enakost orožja" se torej nanaša na možnosti pri dostopu do informacij, ki kot pravno relevantna dejstva navsezadnje odločijo spor. Bistvo kazenskopravnega spora je vprašanje kazenske odgovornosti, slednja pa je posledica obstoja določenih pravnorelevantnih dejstev. Če ima ena stranka možnost od druge stranke izsiliti ta pravno relevantna dejstva, tedaj ni mogoče govoriti o sporu, ker je enakost orožja prav v tem odločilnem trenutku odpravljena.

Prvi in najbolj naraven pomislek proti takšnemu stališču je, da bi se krivi osumljenec kaj hitro lahko izmuznil, če policiji, ki mora zbrati dokaze za njegovo krivdo (osumljencu oz. obdolžencu pač ni treba ničesar dokazovati) ne dovolimo, da malo trše prime osumljenca.

Na eni strani smo pripravljene organizirati ugotavljanje resnice na kontradiktoren način, ker je to v prid objektivnosti in ker poudarja, da posameznik tudi v konfrontaciji s celotno družbo ni zanemarljiv. Na drugi strani pa se nam zdi absurdno, da bi za to žrtvovali resnico, kadar nam jo je sposoben povedati edinole osumljenec sam. Na tej točki smo prisiljeni dati prednost eni od dveh možnosti.

*Čisti kontradiktorni postopek*, če bi tak idealen tip postopka sploh obstajal, se za resnico ne bi menil. Sodniku bi bilo malo mar, ali je obtoženi v resnici nedolžen ali kriv. Razsodil bi na podlagi dejstev, ki bi mu jih predložili stranki po načelu: *da mihi factum, dabo tibi ius*. V takem postopku bi smoter razrešitve spora z aplikacijo norme prevladal nad vsemi drugimi pomisleki.

V *čistem inkvizitornem postopku* pa sploh ne moremo govoriti o sporu, temveč gre za navadno preiskavo, v kateri je preiskovalec subjekt, preiskovanec pa objekt. Taka preiskava se po svojem bistvu ne razlikuje od epistemologije na drugih historičnih področjih, ki jih človek raziskuje.

Vprašanje pa je, ali je v *mešanem postopku*, kakršnega imamo tudi pri nas, v katerem govorimo o kontradiktornih in inkvizitornih elementih, ki naj bi sestavljali (eklektično?) celoto tega tipa postopka, v resnici mogoče nasiti volka in tudi kozo ohraniti pri zdravju. Delitev na preiskavo, v kateri je osumljenec v večji meri objekt postopanja, in adjukativno

---

witness against himself..."

78 Glej Ellis, *Vox Populi v. Suprema Lex: A Comment on the Testimonial Privilege of the Fifth Amendment*, Iowa Law Review, Vol. 5, 1968, str. 829.



fazo, v kateri naj bi bil v večji meri subjekt, naj bi pripomogla k temu, da se obenem v preiskavi naberejo vsi bistveni podatki, medtem ko naj bi se v fazi glavne obravnave o teh informacijah objektivno odločalo.

V pričujočem sestavku tega vprašanja ne moremo niti prav prikazati, kaj šele razrešiti. Naš namen je le opozoriti na to, da ni pravno dosledno vnaprej odvzeti z desnico, kar je kasneje (v preiskavi) dano z levico. Ugotovili smo, da mora biti pravni postopek sporen, torej kontradiktoren. Če pa je konradiktoren, potem stranki ne moreta biti zdaj v odnosu nadrejenosti in podrejenosti, zdaj v odnosu procesne enakosti. Če je od osumljenca predhodno izsiljeno priznanje, tedaj je konradiktornosti dokončno konec in ni se mogoče pretvarjati, da arhitektura sodne dvorane in prisotnost zagovornika in tožilca na glavni obravnavi to konradiktornost znova vzpostavi. Taka obravnava je le slaba vrsta pritožbe na že odločeno zadevo. Če je osumljeni v policijski zasliševalnici, v uradu tožilca ali v kabinetu preiskovalnega sodnika postal vir informacij zoper samega sebe, je klonil kot subjekt ter postal objekt kazenskega postopka. Tak postopek pa ni več praven, marveč je ideološka farsa, ki zakriva brutalno dejanskost fizične premoči države. Vsaj pravni teoretiki se ne bi smeli pretvarjati, da verjamejo v pristno pravnost takega postopka.

Pravica zoper samoobtožbo ni mehaničen privilegij, element postopka, ki ga je mogoče zdaj dopustiti in zdaj onemogočiti. Tisti trenutek, ko ta pravica ni spoštovana, je pravnega postopka konec, ker je konec spora. Če je skušnjava uporabiti silo, zvijačo ali grožnjo zoper osumljenca prevelika, tedaj je treba najti učinkovit način sankcioniranja takšnih ravnanj. To pa ne more biti le kazenskopravno varstvo, marveč predvsem učinkovito procesnopravno sankcioniranje, ki bo učinkovito odpravljalo škodljive posledice takšnega ravnanja v konkretnem postopku (z doslednim izločanjem tako pridobljenih dokazov), zato pa bo destimulativno delovalo tudi v potencialnih primerih bodočih zlorab.

S tega stališča se odpira cela vrsta vprašanj. *Najprej* je treba vedeti, kateri so tisti stiki med procesnima strankama, ki načelo zoper samoobtožbo kršijo. Sem spadajo vprašanja vse od fizične torture, do psiholoških zlorab, poligrafa, prisluškovanja, *agents provocateurs* itd. Jasno je, da popolne disjunkcije med strankama ni mogoče vzdrževati, ker navsezadnje že dejstvo, da obtoženec sam, ko se pojavi na glavni obravnavi, nudi nasprotni stranki možnost, da ga s pomočjo prič poistoveti kot storilca, s čimer je oseba obtoženca postala vir informacij zoper samega sebe. Nekatere pa je vendarle treba potegniti mejo. Poglavitni problem na tem področju bo filozofski problem determinizma, ker bo

merilo kršenja vendarle soglasje osumljenega oz. obtoženega posameznika pri posameznih preiskovalnih dejanjih.<sup>79</sup>

*Drugič*, poudarjena kontradiktornost zmanjša pomen instrukcijske in oficialne maksime. Institucija preiskovalnega sodnika je v sebi razklana institucija. Isti posameznik pač ne more v isti sapi preiskovati dejstev (predvsem) v škodo osumljene stranke in o njih neprizadeto razsojati.<sup>80</sup>

*Tretjič*, tudi procesno sankcioniranje nepravilno pridobljenih dokazov gre na škodo ugotavljanja resnice. Očitno je, da se protipravno pridobljeni podatki ne morejo uporabiti pri pisanju sodbe.

Čeprav so ta vprašanja na prvi pogled tehnična, je bistvena dilema vendarle načelna. Vsaka družba si lahko privoščiti določene korake v smeri pravno objektivnega odločanja o antisocialnem vedenju svojih članov. Ali si lahko privoščiti vse inhibicije pregona, ki iz kontradiktornosti izhajajo, je navsezadnje tudi vprašanje stopnje kriminalitete,<sup>81</sup> seveda pa tudi vprašanje razkoraka med družbo in državo. Kolikor bolj je država tujek družbi, nad katero visi, toliko manj si lahko privoščiti, da bi se spustila na raven procesne stranke in se odpovedala tistemu, kar je za sam pojem države bistveno, možnosti uporabe fizične prisile.

Navsezadnje pa je jasno, da idealna rešitev celo ob maksimizaciji kontradiktornosti v kazenskem postopku ni mogoča, ker država pač nikoli ne bo brezmočna stranka, čeprav se razcepi na izvršilno in sodno vejo. Uresničenje pravice zoper samoobtožbo je možno samo v družbi, v kateri bi bil že sam pojem pravice kot pravno varovanega zasebnega interesa brezpredmeten. Z drugo besedo, uresničenje ideala kazenskega postopka je v popolnosti možno le ob odpravi postopka samega, predvsem pa tiste dominacije in fizične prisile, ki sta obenem vir, pa tudi glavni paradoks kazenskega postopka, namreč države same.

V naravi ideala je, da je nedosegljiv. Vsak korak k višji pravno civilizacijski kulturi pa je vendarle storjen v smeri uresničenja tega ideala.

#### 4.7.8. Predpostavka nedožnosti

Kontinentalna politična in pravna teorija je privzela pojem predpostavke (presumpcije) nedolžnosti v času francoske revolucije pod vplivom enciklopedistov in seveda še zlasti

<sup>79</sup> *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S.218, 93 S.Ct.2041, 36 L.Ed.d 854, 1973. Citira Bator and Vorenberg, *Arrest, Detention, Interrogation and the Right to Counsel: Basic Problems and Legislative Solutions*, 66 Columbia L.R. 62, 72-73

<sup>80</sup> Prim. Kobe, *op. cit. supra* v opombi št. 34.

<sup>81</sup> Združene države npr. se utaplajo v procesnem mešetarjenju (*plea bargaining*), ker spričo visoke stopnje kriminalitete sodišča z okornimkontradiktornim postopkom hudo delstev preprosto ne dohajajo.



Montesquieuja, kar se je izrazilo v Deklaraciji o človekovih pravicah.<sup>82</sup>

#### 4.7.8.1. *Ratio legis presumpcij sploh*

Pomen predpostavk, presumpcij, v pravu je, da pomagajo pri odločanju takrat, kadar iz dejanskega stanja ni jasno, kako bi se moral sodnik odločiti v posamičnem primeru. Ker je pravo veda o razreševanju sporov, je pogosto tako, da je odločitev sodnika bolj bistvena sama po sebi, to je, bistveno je, da taka odločitev sploh obstaja – veliko manj pa je bistveno, kakšna je vsebina kakšne odločitve.<sup>83</sup> Ker se pravo ukvarja s historičnimi dogodki, katerih obstoja ni mogoče nikoli povsem razjasniti, se seveda pogosto dogaja, da mora sodišče razsoditi na podlagi nepopolno razjasnjene dejanskega stanja. Ker sodišče v takih primerih ne more enostavno skomigniti z rameni in izjaviti, da o stvari ne ve dovolj, da bi o njej sodilo (v rimskem pravu se je taka sodba imenovala *non liquet* in jo je bilo mogoče izdati samo pod zelo restriktivnimi pogoji), morajo obstajati domneve, predpostavke, ki določajo, kako naj se sodišče odloči, kadar ostaja v dvomu.

#### 4.7.8.2. *Pravni status odločitev v dvomu*

Odločitev, izdana na podlagi dvoma, pa je seveda ravno tako odločitev, kakor tista, ki je izdana npr. na podlagi nesporno ugotovljenega dejanskega stanja. V kazenskem postopku to pomeni, da je odločitev, izdana na podlagi predpostavke nedolžnosti, ravno tako zakonita in dokončna, kakor tista oprostilna sodba, katero sodišče izreče na podlagi popolno ugotovljenega dejanskega stanja.<sup>84</sup> To med drugim

82 Člen 9. DEKLARACIJE O ČLOVEKOVIH PRAVICAH se glasi:

"Vsakdo velja za nedolžnega, dokler se ne ugotovi njegova krivda..."

83 To se lepo kaže v doktrini *res judicata*, po kateri o isti stvari ni mogoče soditi dvakrat, če je že bila pravnomočno razsojena. (V rimskem pravu: "Res judicatae dicitur, quae finem controversarium pronuntiatione iudicis accipit; quod vel condemnatione vel absolute contingit." Mod. D. 42.1.1.) Pomen odločitve je tu, kar se navezuje na abso prejšnje razpravljanje o dokončnosti razrešitve spora, da je kljub spremenjenemu pogledu na dejansko stanje pogosto nemogoče o stvari znova razpravljati in znova odločati. Načelo *res judicata* je od nekdanj veljalo tudi za kazensko procesno pravo, kjer se pojavlja pod imenom *ne bis in idem* (razsojena stvar). Tudi to načelo je veljalo že v rimskem kazenskem pravu D. 48, 2, 7, 2. Ulpianus libro septimo de officio proconsulis: "Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita Divus Pius Salvio Valenti rescripserit: sed hoc, utrum ad eodem an nec ab alio accusari possit videndum est."

349. člen Zakona o kazenskem postopku v svoji peti točki predvideva takole:

"Če je bil obtoženec za isto dejanje že pravnomočno obsojen, oproščen obtožbe, ali je bil postopek zoper njega s sklepom pravnomočno ustavljen", potem mora sodišče izdati v zadevi sodbo, s katero obtožbo zavrne, ne da bi se spuščalo v meritorno razpravljanje o stvari."

84 V 350. členu, 3. točka, Zakona o kazenskem postopku, je rečeno, da sodišče obtoženca oprosti "če ni dokazano, da je storil dejanje, katerega je obtožen." Ta določba je pravzaprav edini približek presumpciji nedolžnosti, kajti iz nje bi vsaj nedoločno izhajalo, čeprav v praksi to še malo ni jasno, ker nimamo izdelanega dokaznega prava, da je dokazni riziko (*the risk of persuasion*) na tožilcu, kar je, kakor bomo videli, eden od

pomeni, da postopka, ustavljenega, ali dokončanega na podlagi nemogućnosti ugotovitve dejanskega stanja, ni mogoče znova začeti.<sup>85</sup>

#### 4.7.8.3. *Predpostavka nedolžnosti v naši zakonodaji*

Jugoslovanska zvezna ustava sicer ima določbo, ki je podobna predpostavki nedolžnosti in ki je dobesedno prepisana v 3. členu Zakona o kazenskem postopku: "Nihče ne more veljati za krivega kaznivega dejanja, dokler to ni ugotovljeno s pravnomočno sodbo."<sup>86</sup> Ta določba po mnenju večine teoretikov žal ne pomeni nič drugega, kot točno to, kar pravi. Pravne posledice prave predpostavke nedolžnosti so namreč v tem, da je dokazni riziko, in s tem tudi dokazno breme, prenešen na tožilca, kar pa seveda ni in ne more biti posledica skope določbe v 181. členu Ustave SFRJ. Zato tega člena res ne moremo šteti za predpostavko nedolžnosti v pravem pomenu besede, kar obenem tudi pomeni, da 3. člen ZKP tudi ni predpostavka nedolžnosti, po kateri bi se sodišče ravnalo v dvomu, kadar dejansko stanje ne daje dovolj podlage za odločitev o stvari.

Dinamični učinek ima določba 3. točke 350. člena Zakona o kazenskem postopku toliko, kolikor to pomeni, da sodišče v dvomu oprosti tistega, za katerega ono samo ne more najti dovolj podlage za obsodbo. Tu se zopet pokaže absurdnost kontinentalnega kazenskega postopka, ki nalaga dokazno breme sodišču, namesto da bi ga nosili stranki, v kazenskem postopku obtožba in obramba.

#### 4.7.8.4. *Postulat presumpcije nedolžnosti v kontinentalnem pravu*

Postulat presumpcije nedolžnosti ima v kontinentalni pravni teoriji in ideologiji naravo nedosegljivega ideala, ki je vse-

---

od dinamičnih elementov zbirnega pojma presumpcij nedolžnosti.

Omenjena določba ZKP bi pravzaprav morala pomeniti, da sodišče v dvomu obdolženca oprosti. Če pa to povežemo s 15. členom, ki pravi, da je sodišče tisto, ki mora "po resnici in popolnoma ugotoviti dejstva, pomembna za izdajo zakonite določbe", potem pridemo do čudnega neskladja, po katerem dokazni riziko ni, kakor bi moral biti, na strani tožilca, marveč na strani neke "objektivne" in neugotovljive dejanskosti. Povezava teh dveh določb namreč pomeni, da se sodišče lahko nasloni na presumpcijo nedolžnosti samo, če samo ne more ugotoviti vseh dejstev, ki bi dokazovala, da je obtoženeц storil očitano mu dejanje.

Rezultat je seveda ta, da ostaja situacija nejasna toliko, kolikor je skoraj vedno nemogoče reči, da je kakšno dejansko stanje dokončno nejasno.

85 V pravni teoriji je znana institucija *absolutio ab instantia*, po kateri je v inkvizitornem postopku sodišče imelo pravico znova začeti kazenski postopek potem, ko ga je začasno ustavilo v tistih primerih, ko ga je ustavilo zaradi nemogućnosti popolne ugotovitve dejanskega stanja. Določba sedaj je veljavnega fašističnega kazenskega postopnika v Italiji, člen 479, 3. odstavek: "Se non risultano sufficienti prove, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione per insufficienza di prove." Cf. določba 27, prvi odstavek Costituzione della Repubblica Italiana, art. 27/1: "L'imputato non e considerato colpevole sino alla condanna definitiva."

86 Člen 3 Zakona o kazenskem postopku; člen 181, četrti odstavek Ustave SFRJ.



skozi in vsevdilj kršen v kazenskem postopku, ki se npr. zanaša na preventivno detencijo (pripor, preiskovalni za por) in izhaja vseskozi iz predpostavke krivde že pri upoštevanju ponovitvene nevarnosti kot razloga za pripor, seveda pa še bolj pri celotnem delovanju preiskovalnega sodnika, ki dobesedno mora izhajati iz predpostavke krivde, saj v nasprotnem primeru, če bi izhajal iz nekakšne konkretne domneve nedolžnosti, sploh ne bi mogel delovati, ker ne bi imel delovne hipoteze.

#### 4.7.8.5. Izvedljivost presumpcije nedolžnosti v akuzatornem postopku

Kakor je že predpostavka nedolžnosti nenaravna v sistemu, v katerem sodišče samo in po uradni dolžnosti išče resnico o stvari, pa je prav ta predpostavka logična in izvedljiva v takem sistemu kazenskega postopanja, v katerem je dokazno breme na tistem, ki toži. Že po zdravi pameti uvidimo, da mora tisti, ki začenja tožbo zoper nekoga, imeti v rokah nekakšne dokaze, s katerimi drugo stranko prisili v spor. Brez tega bremena si lahko predstavljamo absurdno situacijo, v kateri bi tožilec sodišču enostavno predložil spisek tistih, katere toži, kar bi pomenilo, da se morajo vsi tisti, ki so na tej listi, sedaj braniti, ne da bi bil zoper njih podan en sam dokaz. Normalno je torej, da ima sodišče v takih situacijah pravico in dolžnost izhajati iz dejstva, da so ti ljudje povsem nedolžni, pri tem pa prepustiti napor dokazovanja njihove krivde tožilcu.<sup>87</sup>

V akuzatornem sistemu, v katerem sta iniciativa in dokazovanje prepuščena tožilcu, je za nasprotje od inkvizitornega postopka logično, da v primeru, ko tožilec ne uspe s svojimi dokazi, nevpleteno in pasivno sodišče enostavno skomigne z rameni in zavzame stališče, da tožilec s tožbo ni uspel. Tu seveda spet pridemo do filozofskega vprašanja, ki smo ga že prej omenili, namreč, da je poglobitna razlika v dojemanju kazenskega postopka, ki vidi v njem *spor* dveh prirejenih si strank, za razliko od tistega dojemanja, ki jemlje kazenski postopek kot sredstvo za ugotavljanje *resnice*. Če je naloga kazenskega postopka ugotoviti resnico v neki kazenski zadevi, potem sodišču kot državnemu organu ne more biti dovoljeno, da enostavno ugotovi, kako tožilec ni zadostil svojemu dokaznemu bremenu: ne gre namreč za to, ali *tožilec uspe*, marveč je stvar v vprašanju, ali je storilec *zares storil* domnevno kaznivo dejanje. Zopet torej opazimo, kako

<sup>87</sup> Že v rimskem pravu je veljalo načelo "*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*", (Sec. Paul - D. 22, 3, 2). Tisti naj dokazuje, ki trdi, ne tisti, ki zanika. Stvar pa seveda ni tako zelo enostavna. Glej Maguire-Weinstein-Chadbourn-Mansfield, EVIDENCE, CASES AND MATERIALS, The Foundation Press, Mineola, New York, 1973, str. 1046-1048; *Hinds v. John Hancock Mutual Life Insurance Co.*, 155 Me. 349, 155 A.2d 721, 85 A.L.R.2d 703 (1959).

je vprašanje iz kazenskega postopka pravzaprav odvisno od nezavedne filozofske predpostavke, iz katere ta postopek izhaja.

Če postopek izhaja iz kompulzivne potrebe po dojemanju resnice, in če to resnico, ki je pravzaprav samo izraz državne moči in možnosti, da inkriminira določena dejanja, jemlje resno, tedaj ne moremo govoriti o predpostavki nedolžnosti, ker je nemogoče, da bi kazensko zadevo, v kateri je vsebovana "resnica", jemali kot navaden spor.

#### 4.7.9. Zakonitost

Ob koncu uvodnih pripomb se moramo dotakniti še vprašanja zakonitosti. Zakonitost, ki se kaže predvsem v določenosti pravnih norm (*lex certa*), kakor to poudarjajo vse moderne države v svojih ustavah, temelji na čisto določenem dojemanju vloge prava kot determinante človeških odnosov. Enostavneje povedano, gre za vprašanje, kakšno vlogo ima že od predzgodovine sem dana beseda.

Priseganje na zakonitost ni nekaj, kar bi bilo funkciji prava v družbi dodano ali celo navrženo. Ustavnost in zakonitost, kakor se ta dva izraza vse pogosteje pojavljata tudi v našem političnem slovarju, sta izraz čisto opredeljene semantične funkcije, ki pa ima samo omejen domet.

Če je danes relativno jasno, da je temeljna funkcija prava urejati človeške odnose tam, kjer je sila izločena iz igre zato, ker govorimo o civilizirani in civilni družbi, pa bi taka vloga prava postala zgolj idealiziran postulat, če se ne bi zanašali na dve stvari. Prva od teh dveh stvari je funkcija *semantičnega določanja in spomina*. Druga funkcija, ki prvi šele daje njeno realnost, pa prvo tudi udejanja v resničnih odnosih med ljudmi. To je država.

Če pričnemo pri vprašanju države, moramo začeti s protislovjem. To je v tem, da država preprečuje nasilje med državljani ali med skupinami državljanov, tako da s svojim nepremagljivim nasiljem obvladuje v družbi vsa druga nasilja. Zato v njej prevladuje mir, ki je zgolj zrcalna slika nenehno grozeče vojne. Protislovje, ki je v tem, da mir vzdržujemo v državi tako, da z enim največjim, grozečim nasiljem vnaprej preprečimo in zatremo vsa druga nasilja, pa se maščuje na vsakem koraku, tako znotraj same države, kakor tudi v meddržavnem pravnem redu. Problem je pravzaprav v svojem bistvu zajet že v starem vprašanju, "*Quis custodiet custodes?*", "kdo bo torej stražil stražarje same".

Če bi sicer navidezni mir, kakršnega uživamo v urejeni civilni državi, v resnici temeljil na objektivni nemožnosti nasilja med ljudmi, ali z drugo besedo, če bi država kot or-



ganizirano nasilje ne bila potrebna že navznoter, če bi v resnici, kakor so si to predstavljali teoretiki marksizma, lahko odmrta -- potem problemov, kakršne opisujemo v pričujočem spisu, sploh ne bi bilo. Ti problemi so namreč vseskozi in povsod izraz nenehne prisotnosti mehanične prisile, kakor bi dejal Durkheim, nad organskim delovanjem družbe. Razširjena pristojnost vojaških sodišč nad civilnimi osebami, odsotnost zagovornika v prvi fazi kazenskega postopka, nedoločnost materialnopravnih kazenskih opredelitev pri političnih, verbalnih in vojaških kaznivih dejanjih, izločitev civilnega zagovornika po petem odstavku 65. člena Zakona o vojaških sodiščih in tako dalje -- vse to so izrazi nenehne grožnje, ki se lahko vsak trenutek iz možne pretvori v dejansko silo nad človekom.

Ta prevlada je že z dokumentom *Magna Charta Libertatum* iz leta 1215 prodrla v zavest tistih slojev v družbi, ki tedaj niso bili na oblasti, zaradi česar so si na področju ustavnega in javnega prava v tistem kritičnem trenutku zagotovili pravice tako, da so jih zapisali v omenjeni dokument. Ta dinamika formuliranja političnih pogodb -- kar je po svoje bistvo ustavnega prava -- se ni od spora med plebejci in patriciji v Rimu do našega AVNOJ-a pravzaprav nič spremenila. V vseh takih situacijah gre za pogodbe med političnimi frakcijami, s temi pogodbami pa se urejujejo pravila politične igre, kakor tudi dejanski, se pravi materialni, pravni status pogodbenih strank. Nietzsche je to prikazal takole:

"Izvor pravice. Pravica (*Gerechtigkeit*) oz. poštenost (*Billigkeit*) izvira med njimi, ki so po moči *približno enaki*, kakor je to Tukidid (v strastnem razgovoru med atenskimi in melianskimi ambasadorji) pravilno razumel: 'Tam, kjer ni jasne premoči in tam, kjer bi bitka in pretep pomenila nedokončano medsebojno škodovanje, od tam izvira misel, da bi bilo mogoče priti do skupnega jezika in se pogajati o zahtevah. Začetna narava pravice je narava mešetarjenja.' Vsaka stranka zadovolji drugo do tiste mere, do katere sama predpostavlja, da je dobila več, kot je dala. Vsaka stranka da drugi, kar ta želi in hoče, tako da to postane njeno; v zameno pa sama dobi, kar hoče. Tako je pravičnost le plačilo in menjava, ki temelji na predpostavki približne enakosti. Tudi maščevanje spada v domeno pravičnosti, ker je pač izmenjava. Enako velja za hvaležnost."<sup>88</sup>

Pravno gledano so problemi, ki se pojavljajo v zvezi s političnimi pogodbami, analogni problemom, ki jih imata lahko individualni pogodbeni stranki pri navadni kupopro-

88 Nietzsche, *Human, All too Human*, v delu *On the Genealogy of Morals*, Vintage books, New York, 1967, str. 169, par. 92.

dajni, najemni, zakupni, ali kakšni drugi pogodbi. Tudi kazensko pravo v svojem procesnem, kakor tudi v svojem materialnem vidiku po svojem bistvu predstavlja pogodbo, katere namen je jasno in točno opredeliti, ne tisto, kar je kaznivo -- ampak predvsem tisto, kar ni kaznivo. S temi določanji je posamičnemu državljanu potem vnaprej jasno, kaj si v določeni družbi sme nekaznovano privoščiti. To je tudi edini namen kazenskega prava.

Poglejmo si sedaj, na kakšen način si je sploh mogoče predstavljati, da bo dokument, kakršen je npr. *Magna Charta Libertatum* ali Deklaracija o pravicah človeka in državljana, deloval kot protiutež organizirani vojaški in policijski sili, ki ima v državi dejansko, če že ne pravno moč in oblast. Mehanizem sklicevanja na dano besedo v teh situacijah ni prav nič drugačen od zanašanja na semantično določnost pri navadnih civilističnih pogodbah. Bistvo tega sklicevanja je v zaupanju, to zaupanje, da ima beseda, ko je enkrat zapisana, svojo dano in nespremenljivo pomenskost, pa ni vselej upravičeno.

V ta kontekst spada tudi mit o "kratki in jedrnatih ustavi", katerega gojijo vsi tisti, ki naivno verjamejo, da imajo besede svojo neizpodbitno vrednost in pomen. Pravna teorija pa je dokazala, da bi bilo to lahko res samo v dveh primerih, od katerih pa noben ne obstaja. V prvem primeru bi zanašanje na semantično določnost besede v resnici lahko preprečilo zlorabo oblasti tedaj, če bi imele besede v sebi vgrajene nespremenljive pomene, t. i. intelegibilne esence, ali po naše dojemljiva bistva. Po sholastični teoriji bi to veljalo v primerih, ko je smisel besede kamen npr. v bistvu že opredeljen izven kateregakoli konkretnega kamna, se pravi v univerzaliji. Seveda je povsem jasno, da intelegibilne esence ne obstajajo, če pa bi obstajale, pravo sploh ne bi bilo potrebno, ker bi bilo v vsakem primeru in že vnaprej povsem jasno, kdo ima prav in kdo ne: tudi dobro in zlo bi bila namreč v takem smislu po svojem bistvu dojemljiva.

Ker to ni tako, nam preostane samo še druga možnost sklicevanja na obči in dogovorjeni pomen besed.<sup>89</sup> Sodobna pravna teorija seveda ni imela dosti izbire in se je morala zadovoljiti s to nižjo stopnjo semantične določnosti, bistveno pa je, da razumemo, kako posamična pravna norma ni nujno izraz nekega ideala konciznosti, marveč operira na ravni zdravo-pametne sporočilnosti.

Zelo poučen je v tem pogledu ravno 224. člen KZ SFRJ, ki v svojem prvem odstavku pravi, da se za izdajo vojaške tajnosti kaznuje tisti, kdor "komu drugemu neupravičeno

<sup>89</sup> Glej Holmes v primeru McBoyle, Vorenberg, CRIMINAL LAW, 2. izd., 1981, str. 124-125.



sporoči ali izroči podatke, ki so vojaška tajnost ali mu kako drugače omogoči, da pride do njih, kot tudi, kdor zbira take podatke z namenom, da jih izroči nepoklicani osebi." Če ta tekst razlagamo v luči kar največje možne semantične določnosti, to je, če izhajamo iz predpostavke, da je zakonodajalec, ko je pisal te besede, težil k semantični vodotesnosti, tedaj nam besedici "sporoči" ali "izroči" pomenita tisto, kar pomenita v čisti semantično jezikoslovni pomenski zvezi. Vprašanje je bistveno tudi zato, ker v nadaljevanju teksta besedica "omogoči" predstavlja ekstrapolacijo pomena besedic "izroči" ali "sporoči".

Nekomu nekaj sporočiti ali izročiti pa še zdaleč ne pomeni, da mora oseba, kateri je to sporočeno ali izročeno, to sporočilo tudi (s)prejeti, ali tisto, kar je izročeno, tudi dobiti v roke. V nadaljevanju je tudi jasno, da potem beseda "omogočiti" nikakor ne pomeni, da je tisti, komur je nekaj "omogočeno", to možnost, ki mu je bila dana, tudi udejanil.

Z drugo besedo, če je nekdo na pisalni mizi ali v njenem nezaklenjenem predalu pustil nezavarovan dokument, ki je kasneje označen kot vojaška tajnost, potem lahko govorimo o storjenem kaznivem dejanju izdaje vojaške tajnosti po 224. členu KZ SFRJ, ker je bilo dejanje dokončano že s tem, da je nekdo enostransko ustvaril verjetnost, da bo neka sicer nedoločena oseba prišla do dokumenta, ki je bil na ta način nezavarovano izpostavljen. Še enkrat poudarjamo, da taka analiza izhaja iz predpostavke, da je zakonodajalec težil, ali celo udejanil ideal semantične konciznosti. Samo v takem primeru se namreč lahko zanašamo na semantično pomen-sko tolmačenje omenjenih kritičnih besed.

Stvar pa se seveda ne konča tukaj, kajti taka analiza izhaja pravzaprav iz metafizične naivnosti, saj predpostavlja, da imajo pojmi "sporočiti", "izročiti", "omogočiti, da pride do" – svoja dojemljiva bistva, ki naj bi bila imanentna in vgrajena v same besede. Kot rečeno, če bi bilo tako, potem bi bila tudi razlika med dobrim in zlom vnaprej in popolnoma jasna, in semantična gimnastika opisanega tipa sploh ne bi bila potrebna.

Spričo tega si lahko tu postavimo drugo razlago zakonskega teksta, ki pa ne izhaja iz semantičnih predpostavk, marveč iz dejstva, da je pravo kot sporočilo namenjeno ljudem, da mora torej računati s tistim pomenom besed, kakršnega ljudje v vsakdanjem govoru pripisujejo določenim pomen-skim zvezam. Če v vsakdanjem govoru beseda "izročiti" vsebuje tudi aktiven prejem tistega, kar "je izročeno"; če beseda "sporočiti" pomeni, da mora tisti, kateremu je nekaj sporočeno, sporočilo tudi aktivno dojeti, potem beseda "omogočiti" nekomu, da pride do podatkov, pomeni tudi, da

mora taka tretja oseba do teh podatkov tudi dejansko priti. Če se to ne zgodi, potem kaznivo dejanje ni dokončano in lahko govorimo le o poskusu.<sup>90</sup> V anglosaški pravni literaturi je teorija, po kateri velja za pravno razlago tisti pomen besed, katerega mu običajen razsoden pripisuje po zdravi pameti, prodrla s primerom *Mc Boyle* že leta 1931. V tem primeru se je postavljalo vprašanje, ali je sintagma "motorno vozilo na lasten pogon, ki ne teče po tračnicah" zajemalo tudi aeroplan, ki seveda je motorno vozilo na lasten pogon in ki ne teče po tračnicah. Znani sodnik Holmes je zavzel stališče, da tu ne more biti odločilna semantična razlaga dobesednega pomena omenjene sintagme, marveč da velja sledeče: "Kadar je kakšno pravilo za ravnanje opisano v besedah, ki pri povprečnem človeku vzbudijo samo sliko vozil, ki se gibljejo po zemlji, takrat razlage zakonske določbe ne smemo raztezati tudi na aeroplan samo zato, ker bi se nam morda zdelo, da tudi za aeroplane velja podobna politika, ali pa na temelju spekuliranja, da bi zakonodajca, če bi bila pomislila na aeroplane, zelo verjetno uporabila širše zajemajoče izraze."<sup>91</sup>

Taka teorija izhaja iz dejstva, da namen prava ni samo

90 Po 19. členu KZ SFRJ velja, da se za poskus kaznuje naklepna izvršitev kaznivega dejanja, če se sme po zakonu izreči pet let zavora ali hujša kazen. Tu se seveda postavlja dodatno vprašanje, ali je tak pasiven poskus, kakršnega posredno pripisujejo Janši (storil naj bi ga tako, s tem, ki se samo izpostavil dokument in tako *in abstracto* omogočil nekemu dostop do njega sploh mogoč, kajti raven intencionalnosti, ki se zahteva za poskus, je bistveno višja od eventualnega naklepa, ki je zgolj neke vrste sprijaznenje z zelo verjetnimi posledicami kaznivega dejanja. Če je verjetnost takih posledic ne le majhna, marveč tudi povsem abstraktna, kakor je to veljalo za primer Janša, potem o kakšni resni poskušaniosti dejanja tu sploh ne more biti govor. O tem obstaja v primerjalnem pravu veliko število primerov, od katerih *People v. Brown*, Supreme Court, Appellate Division, Fourth Department, 1964. 21 A.D.2d 738, 249 N.Y.S.2d 922, na primer dokazuje, kako se za poskus le v izjemnih primerih dopušča kaj manj kot direktni naklep.

Po Sec. 5.01(1)(b) Model Penal Code, ki je ta trenutek vodilna materialnopravna kodifikacija, velja:

"A person is guilty of an attempt to commit a crime if, acting with the kind of culpability otherwise required for commission of the crime, he

(a) purposely engages in conduct which would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be; or

(b) when causing a particular result is an element of crime, does or omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result without further conduct on his part; or

(c) purposely does or omits to do anything which under the circumstances as he believes them to be is an act or omission constituting substantial step in the course of conduct planned to culminate in his commission of the crime."

Iz podčrtanega teksta se vidi, da je poskus s stopnjo *dolus eventualis* mogoč samo v tistih primerih, ko je škodljiva posledica element samega kaznivega dejanja, saj je samo v takih primerih predvidevati, da bo poleg samega ravnanja kaj določnega nastalo, s čimer se je sploh mogoče vnaprej sprijazniti.

To pa nas zapelje v začarani krog, ker se sedaj lahko vprašamo, ali je pri 224. členu KZ SFRJ inkriminirana tudi posledica, to je, dejstvo, da je nekdo tako sporočene ali izročene podatke tudi dobil v roke. Precej jasno je seveda, da v takih primerih najbrž ni mogoče govoriti o posledici, ki bi bila izrecno predvidena kot element kaznivega dejanja, zaradi česar pa je tudi vsako govorenje o poskusu v Janševem primeru neumestno.

91 *McBoyle v. United States*, 283 U.S. 25, 51 S.Ct. 340, 75 L. Ed. 816 (1931), *in fine*.



postavljati meje med tistim, kar je dovoljeno, in tistim, kar je prepovedano, da torej ne gre samo za abstraktno določanje in za zapis te določnosti v zakonu, se pravi v umetnem spominu prava samega, marveč da gre tudi, če že ne predvsem, za sporočanje ljudem, da pravo nekaj zapoveduje, prepoveduje ali dovoljuje. V tradiciji anglosaškega prava je ideja o zadostnem sporočilu (*sufficient notice*) obenem ideja o zadostnem svarilu, kar pa oboje vsebuje zahtevo, da bodi pravna norma dojemljiva na ravni običajne razsodnosti slehernega posameznika.

Če potemtakem tako razlago presadimo na raven problematičnega teksta 224. člena KZ SFRJ, postane naenkrat bistveno, kaj povprečni ljudje in ne semantika pojmujejo pod pojmom sporočiti ali izročiti. Pravne posledice takega pojmovanja smo že nakazali.

Žal pa ta teorija o pravni razlagi ni nič bolj sprejemljiva, kakor ona o dojemljivih bistvih stvari, kajti tudi teorija o *običajni sporočilnosti pravne norme* zapada v protislovje. To protislovje izhaja iz sledečega. Pomen, kakršnega ljudje družno pripisujemo besedicama "izročiti" ali "sporočiti", izhaja iz splošne predstave o tem, kakšen je svet, ki nas obkroža. Predstave o svetu, sem pa spadajo tudi vrednotenja, pa so žal enotne in splošne samo dotlej, dokler glede kakega interesa, ki bi bil vezan na besedo, ne nastopi nasprotje in spor. Ali drugače povedano, besede imajo enoten pomen v glavnem le toliko, kolikor imajo ljudje enotne interese.

Ker pravo uporablja besede prav z nasprotnim namenom, da bi namreč razmejilo in razsodilo interese tam, kjer so si nasprotni, tedaj se poslužuje pravo besed v obrnjenem sorazmerju s funkcionalnostjo teh besed. Bolj ko je verjetno, da je nekogaršnja usoda odvisna od pomena besede sporočiti ali izročiti, manj je jasno, še zlasti na tej ljudsko-rasodni ravni, kakšen je pomen te besede. Mit o zakonitosti tu na obeh ravneh zelo hitro najde svoj konec, za njim pa tudi mit o pravni državi, ki temelji na fiktivni določnosti besed.

Spričo tega ni mogoče premočno poudariti, da so materialnopravne varnosti, ki naj bi jih pravo nudilo človeku, samo manjši del pravne varnosti. Zelo velik del tiste gotovosti, kakršno mora državljan uživati pred sodišči vseh držav, temelji na procesnem varstvu, se pravi na vseh postavkah, od neodvisnosti sodišč pa do pravice do neovirane pritožbe na sodbo.

#### 4.8. Sklep

V tem uvodu smo poskusili prikazati na manj pozitivističen, pa zato morda bolj nazoren način, katere temeljne probleme





# 5. Jezik

## 5.1. Procesnopravni vidik

Pri vprašanju, kateri jezik jugoslovanskih narodov naj se uporablja pred vojaškim sodiščem v Ljubljani, moramo ločevati dve ravni problematike. Na *procesni* ravni je vprašanje jezika podrejeno neposrednim kazenskim ciljem postopka kot organiziranega občevanja med sodiščem in spornimi strankami. Za primer, ko nastopijo težave pri komuniciranju v različnih jezikih, vse države v svojih kazenskih postopkih predvidevajo pomoč tolmača. Procesno bi potem izgledalo, kakor da se vprašanje jezika zastavlja samo do tiste mere, do katere je kršen kakšen od temeljnih (epistemoloških in adjudikativnih) postulatov kazenskega postopka. To pa se v našem Zakonu o kazenskem postopku (v nadaljevanju ZKP) navezadnje odraža v kriteriju "pravilnosti in zakonitosti" kazenske sodbe.<sup>92</sup>

V konkretnem primeru je potem dejansko vprašanje, ali so težave pri sprotne prevajanju iz slovenščine v srbohrvaščino (in nazaj) vplivale ali mogle vplivati na

<sup>92</sup> 2. odstavek 364. člena Zakona o kazenskem postopku ima procesne kršitve katerekoli določbe za relevantne v tem smislu, da predstavljajo izpodbojni razlog za sodbo, samo če je to vplivalo ali je moglo vplivati na "pravilnost in zakonitost" sodne odločbe.

"pravilnost in zakonitost" sodne odločbe.<sup>93</sup> Opazimo, da ima ZKP glede splošne procesne sprejemljivosti odločbe dve merili. Od teh se merilo "pravilnosti" sodbe nanaša na pravilno in popolno ugotovljeno *dejansko* stanje, medtem ko se merilo "zakonitosti" sodbe nanaša na skladnost kazenske sodbe z *višjimi pravnimi akti*.<sup>94</sup> Ko pravimo "*višjimi pravnimi akti*", pa pri tem namerno vključujemo več, kakor sam kazenski zakon. Kazenska sodba, izrečena pred kazenskim sodiščem SFR Jugoslavije in SR Slovenije, mora biti skladna ne le "tudi", marveč predvsem in najprej, z zvezno in z republiško ustavo.

Če bi se postavili na stališče, da je kazenska sodba, pa čeprav prevedena v slovenščino (kakršenkoli je že ta prevod), *zakonita* tudi takrat, kadar je rezultat *protiustavnega* postopanja pred sodiščem, potem smo zopet zapadli v shizofreni machiavellizem. Ta se kaže v tradicionalnem kontinentalnem ločevanju procesne in materialnopravne materije.<sup>95</sup> Samo izhajajoč iz tako radikalnega ločevanja obeh materij bi namreč lahko pritrdili trditvi, da je sodba, ki je rezultat protiustavnega *postopka*, po svoji *materialni* naravi zakonita.<sup>96</sup>

S primerjalnega stališča je tako ločevanje materialnopravnega učinka od procesnopravne zakonitosti zelo vprašljivo. Ali lahko na primer policija z nedovoljenimi sredstvi išče tisto resnico, o kateri bi po ožji razlagi bilo mogoče govoriti tudi v primeru "pravilnosti" kazenske sodbe. Taka koncepcija pa je implicite presežena tudi v našem kazenskem postopku, ki je v svojem 83. in 84. členu sprejel ekskluzijsko pravilo, v skladu s katerim velja načelo, da se izločajo vsi tisti dokazi -- čeprav materialno in meritorno *resnični* in *relevantni* -- ki so bili pridobljeni v naspro-

93 Tu na primerni mogoče reči, da so obdolženci implicite pristali na slabo kvaliteto obrambe, ker so kljub svojemu znanju srbohrvaškega jezika, vztrajali pri uporabi slovensčine.

94 Tretja točka 1. odstavka 363. člena ZKP sicer predvideva kot izpodbijni razlog samo kršitev kazenskega zakona, kar pa ne pomeni, da se besedica "zakonitost" v 2. odst. 364. člena ZKP nanaša samo na skladnost s kazenskim zakonom. V našem primeru je to bistveno, saj je bil kazenski postopek izveden v neskladju z 212. členom Ustave SRŠ, ki predvideva kot uradni jezik slovenščino. Nezakonitost predmetne kazenske sodbe, če sploh, je potemtakem v neskladnosti z aktom (Ustavo SRS), *različnim* od kazenskega zakona, ki je omenjen v 3. točki 1. odstavka 363. člena ZKP.

95 V čistem inkvizitornem postopku je torturo mogoče opravičiti samo s stališča, da cilj ugotavljanja neke (takrat blasfemične ali shizmične) "resnice" opravičuje natezalnico kot sredstvo. In samo z radikalnim ločevanjem nepravilnosti postopka od pravilnosti iz njega izhajajoče sodbe je mogoče pojasniti, kako je kdorkoli sploh lahko domneval, da je inkvizitorni postopek imel na sebi karkoli pravnega.

96 Določba 2. odstavka 364. člena ZKP seveda stoji prav na tem stališču, ko predvideva, da so procesne kršitve relevantne samo, če imajo materialnopravne učinke na pravilnost in zakonitost kazenske sodbe. (Izjema so navedbe v 1. odstavku, ki pa ne izčrpajo materije.) Tu se najbolj izrazito kaže t. i. ancilarna koncepcija kazenskega postopka. Glej Zupančič, *Odnos med procesnim in materialnim (kazenskim) pravom*, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete 179 (1986).



tju z izbranimi procesnimi določbami, npr. s tistimi, ki zadevajo prisotnost odvetnika že pri prvem zaslišanju pred preiskovalnim sodnikom itd. Iz tega jasno izhaja, da "pravilnost in zakonitost" kazenske sodbe poslej nista več vprašanje skladnosti zgolj z materialnopravno normo, pa naj gre tu za kazenski zakon ali celo za ustavo. Poslej namen nič več ne posvečuje sredstev, marveč je sredstvo, se pravi postopek, samo po sebi postalo vir (ne)zakonitosti, pa tudi (ne)pravilnosti kazenske sodbe. Taka koncepcija v kontinentalnih prestopkih ni izražena v kakšnem eksplicitnem načelu, nasprotno, v izrazitem neskladju je s samim prvim členom Zakona o kazenskem postopku, ki v svojem prvem odstavku določa, da so določbe ZKP "pravila, ki naj zagotovijo, da se nihče, ki je nedolžen, ne obsodi, zoper krivca pa izreče kazenska sankcija, ob pogojih, ki jih določa (materialni) kazenski zakon, in na podlagi zakonitega postopka." Iz te določbe bi morda izhajalo, da je namen kazenskega postopka zgolj najti resnico in zagotoviti skladnost z materialnim zakonom -- morda v resnici ne glede na to, kako se je do dokazov, ki ta silogizem omogočajo, sploh prišlo.

Dejstvo, potemtakem, da je v skladu s 83. in 84. členom ZKP mogoče *izločiti* dokaze, ki sicer služijo iskanju materialne resnice in tako predvsem tudi "pravilnosti in zakonitosti"<sup>97</sup> kazenske sodbe, dokazuje, da skladnost z materialnim zakonom ni končno merilo procesne zakonitosti (se pravi "pravilnosti in zakonitosti" kot izpodbojnega razloga iz 2. odstavka 364. člena ZKP). Ekskluzija dokazov je kontinentalnega zakonodajalca zvalila v veliko večjo past, kot si je to sam predstavljal. Ko je menil, da je šlo za golo pragmatično ničnost protipravno pridobljenih dokazov, pa se je v konceptu kazenskega postopka *sub rosa* znašla radikalno drugačna koncepcija razmerja med kazenskim postopkom in kazenskim materialnim pravom. Ne glede na to, ali je to vprašanje sedaj eksplicirano v kakem načelu ali sicer *expressis verbis* izraženo v zakonu, je očitno, da sedaj *sam način postopanja* odločilno vpliva na pravilnost in zakonitost končne kazenske sodbe. Če je npr. taka sodba utemeljena na podatkih, ki so bili pridobljeni z nasiljem, potem tudi *absolutna* resničnost dokazov, ki so bili na ta način pridobljeni, ne more biti temelj za sodbo, ki bi bila sprejemljiva in ki bi se torej tudi v skladu z 2. odstavkom 364. člena ZKP imenovala "pravilna ali zakonita".

97 Iskanje materialne resnice v kazenskem postopku služi po eni strani popolnemu in pravilnemu ugotavljanju dejanskega stanja, to pa navsezadnje skladnosti z materialnim kazenskim zakonom. Ugotavljanje resnice pa v nobenem primeru ne služi procesni zakonitosti marveč je z njo največkrat v funkcionalni koliziji, ker je izbira med iskanjem resnice (*truthfinding*) in procesno zakonitostjo vseskozi osrednje notranje protislovje kazenskega postopka.

Iz tega povsem logično izhaja, da kazenski postopek, ki je procesno protiustavno izpeljan pred vojaškim sodiščem neke federalne enote, ne more rezultirati v materialno zakoniti kazenski sodbi. Absurdno je domnevati, da v kazenskem postopku, ki ni tekel v uradnem jeziku, končna sodba, izdana v tem uradnem jeziku (ali v revni imitaciji tega jezika) *more biti zdravilo* za siceršnjo ne le protizakonito, marveč predvsem in povsem protiustavno postopanje vojaškega sodišča v Ljubljani. To sodišče se je shizofrenosti ločevanja materialnopravnega učinka od procesne zakonitosti, ali, machiavellijevsko rečeno, ločevanja cilja od sredstva, zavedalo dovolj dobro, da je sodbo, oziroma njen pismeni odpravek, dalo prevesti v skrpucano slovenščino. V svoji naivnosti je pač domnevalo, da končni izdelek lahko konvalidira nepravilen postopek zato, ker je sredstvo vendarle samo dekla dobrega končnega učinka, se pravi "zakonite" kazenske sodbe.

Potem pa gre pričakovati vsaj dvoje. Od sodnih instanc, ki bodo v rednem ali izrednem pritožbenem postopku preverjale pravilnost in zakonitost sporne sodne odločbe, lahko pričakujemo, da bodo zavzele stališče, da je *taka sodba rezultat relativne bistvene kršitve kazenskega postopka*, zaradi katere jo je treba (v skladu s 363. členom, 1. odstavek, 1. točka, v zvezi z 385. členom, 1. odstavek), razveljaviti in zadevo vrniti v novo sojenje, ki naj poteka v uradnem jeziku sodišča.<sup>98</sup>

## 5.2. Ustavnopravni vidik

Kot drugo vprašanje, na povsem ločeni ravni, se postavlja vprašanje *ustavnosti* uporabe jezika pred vojaškim sodiščem v Ljubljani. Pustimo zaenkrat ob strani vse druge zaplete okrog statusa vojaških sodišč in si poglejmo temeljne določbe obeh relevantnih ustav. Zvezna Ustava predvideva v svojem 246. členu, da so jeziki narodov in narodnosti v SFRJ enakopravni, 2. odstavek 212. člena slovenske Ustave, pa pravi: "Vsi državni ter drugi organi, samoupravne organizacije, skupnosti in posamezniki, ki opravljajo službo na območju Socialistične republike Slovenije, poslujejo v slovenskem jeziku."

Bistveno je razumeti, kako enakopravnost kot pojem, oziroma točneje "enakost pred zakonom", ni nič drugega kot *prepoved* diskriminacije.<sup>99</sup> Diskriminacija je tako razliko -

<sup>98</sup> Tu je seveda ta opozoriti na možnost, da bo Vrhovno vojaško sodišče zadevo delegiralo kakemu drugemu prvostopnemu vojaškemu sodišču, npr. v Zagrebu, s čimer bi bilo mogoče povsem obiti vprašanje slovenskega jezika v konkretnem postopku.

<sup>99</sup> Enakopravnost je tu prazen pojem, ki sam po sebi nič ne pove o tem, kaj je treba storiti, marveč samo, kaj je treba opustiti. Njegovo bistvo ni *prisotnost* nekakšne abstraktne "enakopravnosti" - marveč predvsem *odsotnost* vsakršne diskriminacije. Enakopravnost (*equal protection of the laws*) prepoveduje tako klasifikacijo po zakonu, ali po



vanje v zakonu ali pred sodišči, ki ni v skladu z ustavo ali zakonom.<sup>100</sup> Enakopravnost jezikov je torej *prepoved* diskriminacije enega jezika nasproti drugim jezikom, ali, kar je isto, favoriziranje enega jezika nasproti drugim jezikom. Člen 246. Ustave SFRJ v svojem drugem odstavku torej prepoveduje zakonu in sodiščem, *to pa je tudi smisel celotne določbe*, da bi na primer izločali makedonski ali slovenski jezik iz uporabe v zveznih organih, ali pa da bi favorizirali srbskohrvatski jezik nasproti slovenskemu ali makedonskemu jeziku, kar bi bila samo zrcalna slika prej omenjene diskriminacije. Izrecna *prepoved* diskriminacije (in ne kakšna abstraktna enakopravnost), o kateri se pravzaprav ne more reči nič določenega, je smisel določbe 1. odst. 246. člena ustave.

### 5.2.1. *Tretji člen Zakona o vojaških sodiščih je v nasprotju z Ustavo SFRJ*

Poglejmo si sedaj, ali je določba 3. člena Zakona o vojaških sodiščih resnično skladna z določbo 1. odst. 246. člena Ustave SFRJ. 3. člen ZVS določa, da teče postopek pred vojaškimi sodišči "v enem od jezikov narodov Jugoslavije". Ta določba je *na videz* povsem skladna z idejo o enakopravnosti, saj dejstvo, da postopek *lahko* teče v enem od jezikov narodov Jugoslavije nikakor še ne implicira diskriminacije. *Vendar predstavlja 3. člen ZVS grobo kršenje zvezne ustave, ker je namen določbe o enakopravnosti, da prepove diskriminacijo, medtem ko je namen določbe 3. člena ZVS ta, da tako diskriminacijo sistemsko dopušča.*<sup>101</sup> V tem je tudi jabolko spora in resnica o vprašanju jezika pred vojaškim sodiščem v Ljubljani. Reči, da se pred vojaškim sodiščem uporablja "eden od jezikov narodov Jugoslavije", pomeni enakopravnost sicer dovoljevati, ne pomeni pa, da je *diskriminacija* prepovedana.

Za ta del poznamo tri vrste norm. Poleg norm, ki *prepovedujejo* in *zapovedujejo*, poznamo tudi norme, ki *dovoljujejo*.

aplikaciji zakona, ki bi ljudi in situacije diskriminativno razvrščala tako, da bi enemu jeziku dajala prednost. Prvi odstavek 246. člena Ustave SFRJ tako diskriminacijo izrecno prepoveduje, medtem ko jo 3. člen Zakona o vojaških sodiščih dopušča.

100 Recimo na podlagi vere, narodnosti, rase, spola itd.

101 Postavlja se vprašanje, kakšen je sploh smisel 3. člena ZVS, saj bi na prvi pogled izgledalo, da je ta določba odveč, če bi zgolj povzemala določbo citiranega 246. člena zvezne Ustave. To pa seveda ne drži, kot smo že pokazali, kajti eno je govoriti o "enakopravnosti" jezikov narodov in narodnosti, drugo pa je reči, da se postopek pred vojaškimi sodišči vodi "v enem od" (torej kateremkoli od) jezikov narodov Jugoslavije. Govoriti o enakopravnosti jezikov v zvezni Ustavi pomeni, da se je zvezni ustavodajalec izrecno odrekel pravice v tem pogledu kaj predpisovati. Bistvo govora o enakopravnosti je v tem, da določa, da nič ne določa. Tako normo, ki napotuje na drugo normo, imenujemo blanketno normo, pri čemer je povsem jasno, da zvezna Ustava napotuje na republiško Ustavo. Ker pa to ni izrecno rečeno, si je zvezni zakonodajalec, ki je s pravnega stališča radikalno drugačen od zveznega ustavodajalca, privoščil konkretizirati (in deformirati) določbo 246. člena zvezne ustave s 3. čl. ZVS.

Ker zapoveduje enakopravnost, je ustavna določba norma, ki prepoveduje diskriminacijo. Tretji člen ZVS pa je norma, ki samo dovoljuje enakopravnost. Posledica česar pa je, da dovoljuje tudi diskriminacijo enega jezika nasproti drugim jezikom narodov Jugoslavije.<sup>102</sup> Natanko toliko, kolikor določba 3. člena ZVS dovoljuje favoriziranje in diskriminacijo jezika, je ta določba v nasprotju z ustavno določbo, ki tako favoriziranje oz. diskriminacijo izrecno prepoveduje.

Teoretično gledano gre na zvezni ravni torej za kolizijo prepovedne (prohibitivne) ustavne norme na eni strani in dovolitvene (avtorizacijske) norme na drugi strani. Določba 3. člena ZVS v skrajnem primeru dovoljuje vojaškim sodiščem, da na celotnem teritoriju SFRJ uporabljajo izključno in samo srbohrvaški jezik, kar bi bilo očitno v nasprotju z določbo o enakopravnosti (prepovedjo diskriminacije) jezikov v Ustavi SFRJ.<sup>103</sup>

Odnos med temi normami je sledeč. Vse, kar je zapovedano, je tudi dovoljeno. To, kar je dovoljeno, je lahko, ali pa tudi ne, zapovedano. Nič od tega, kar je prepovedano, ne more biti zapovedano. Nič od tega, kar je zapovedano, ne more biti prepovedano. Nič od tega, kar je prepovedano, ne more biti dovoljeno in nič od tega, kar je dovoljeno, ne more biti prepovedano. Ker je diskriminacija jezikov prepovedana v Ustavi, ne more biti dovoljena v 3. členu ZVS.

Kolizija med prepovedno (ustavno) in dovolitveno (zakonsko) normo postane očitna tisti trenutek, ko opazimo, da je navidezno zapovedna norma o enakopravnosti v bistvu prepovedna norma glede diskriminacije, kar je seveda nezdržljivo z izrecno dovolitvijo diskriminacije v 3. členu ZVS. Tu je protiustavnost očitna. (Q. e. d.)

Če pa bi kdo trdil, da je določba 246. člena Ustave zapovedna norma (glede enakopravnosti), medtem ko je določba 3. člena ZVS dovolitvena norma (glede uporabe nekega jezika) – kar da nikakor ni nezdržljivo ali protiustavno, mu odgovorimo takole. Zapoved enakopravnosti na ravni Ustave bi bila združljiva z dovolitvijo enakopravnosti na ravni zakona. Toda ustavna zapoved enakopravnosti je izrecno nezdržljiva z dovolitvijo neenakopravnosti jezikov, kar je bistvo določbe 3. člena ZVS.

### 5.2.2. Razmerje med republiško in zvezno Ustavo

Ustava SR Slovenije predvideva v svojem 212. členu, 2. odstavek, da vsi državni organi na območju SRS poslujejo v

<sup>102</sup> Oziroma, da favorizira en (srbohrvaški) jezik nasproti drugim jezikom Jugoslavije.

<sup>103</sup> To bi bil, pravno govorjeno, argument *ad absurdum*. Ali je morda zgolj naključje, da taka absurdnost opisuje dejansko stanje pred vojaškimi sodišči?



slovenskem jeziku. V tej točki že lahko ugotovimo, da ni neskladja med republiško in zvezno Ustavo, marveč da je določba 246. člena zvezne Ustave po svoji pravni naravi blanketna norma, ki povsem v skladu s temeljno koncepcijo federativnosti eksplicite prepušča urejanje zakonitega jezika ustavam republik. Določba 246. člena zvezne Ustave bi bila celo redundantna in odveč, če bi zgolj *napotila* na republiško Ustavo,<sup>104</sup> saj je vendar jasno, da je republiška Ustava primarna in torej tista, katere pristojnost je originarna, medtem ko je zvezna Ustava sekundarna, njena moč pa izvedena iz republiške Ustave. To izhaja iz tiste koncepcije, ki pravi, da je vir suverenosti v republiki in da republika del svoje suverenosti cedira federaciji.<sup>105</sup>

Zvezna Ustava prepušča vprašanje jezika republiškim Ustavam, zaradi česar bi se morala -- glede na to, da jezik ni v njeni pristojnosti -- vzdržati podrobnega normiranja vprašanja jezikov. Določba, da so jeziki narodov in narodnosti enakopravni, pa ni normiranje vprašanja jezika, marveč je le specifična prepoved diskriminacije med jeziki.

### 5.2.3. *Poslovník vojaških sodišč prve stopnje*

Določba 3. člena pa je vprašanje enakopravnosti jezikov -- torej vprašanje, ki je sistemsko in strukturalno in ga ni mogoče prepustiti komurkoli drugemu kakor zgolj ustavnopravnim institucijam, -- zvedla in bagatelizirala na raven *diskrecijske pravice vojaškega sodišča*. Sistemsko enakopravnost jezikov se v 3. členu ZVS reducira na zgolj "enega od jezikov narodov Jugoslavije".

V Vojaškem uradnem listu št. 18/1977 je objavljen *Poslovník vojnih sudova prvog stepena*, ki v svojem 21. členu pod marginalno rubriko "upotreba jezika" predvideva takole: "Kad suđenju prisustvuju stranke, veće odlučuje -- imajući u vidu predloge stranaka na kojem jeziku naroda Jugoslavije će se voditi postupak." Takoj opazimo, da se je širok spekter možnih razlag enakopravnosti jezikov zvedel na diskrecijsko pravico sodečega sodišča, pri čemer to sodišče ni vezano niti na predloge strank, marveč postopa povsem prosto in po lastni presoji -- ali bolje rečeno po lastnem presodku.

V tej točki pridemo torej do absurdne situacije, v kateri je

104 Po eni strani ima ta določba, kakor bomo videli, ta učinek, da iz enakopravnosti izloči jezike narodnosti. Toda, kar je važneje za nas, je dejstvo, da 3. čl. ZVS temelji v svoji dvoumnosti -- ko pravi, da se v JLA uporablja katerikoli jezikov narodov (kar je povsem različno od góle enakopravnosti) -- na blanketni določbi 1. odst. 246. čl. Ustave.

105 Ustava SFRJ, Uvodni del - Temeljna načela, 1, 2. odstavek: "Delovni ljudje ter narodi in narodnosti uresničuju svoje suverene pravice v socialističnih republikah in v socialističnih avtonomnih pokrajinah v skladu z njihovimi ustavnimi pravicami in - kadar to v skupnem interesu določa ta ustava - v Socialistični federativni republiki Jugoslaviji."

neki poslovnik, katerega je podpisal neki predsednik Vrhovnega vojaškega sodišča in ki torej ne predstavlja niti podzakonskega akta niti ravni uredbe, marveč je stvar čisto administrativnega poslovanja brez kakršnekoli prisilne zakonske moči ali normativne legitimnosti – nadvladal ustavno določbo.

Ko pravimo "ustavno določbo" pa pri tem ne mislimo samo na republiško Ustavo, marveč iz zgoraj navedenih razlogov tudi na zvezno Ustavo, ker v njej ustavodajalec nikakor ni pristal na logiko, po kateri bi prepustil vprašanje enakopravnosti jezikov nekemu "Poslovníku" brez kakršnekoli zakonodajne moči, se pravi navsezadnje predsodku narodnosti sodečega vojaškega sodišča.

#### 5.2.4. Ugotavljanje neveljavnosti določb Poslovníka in Zakona o vojaških sodiščih

Lahko se postavimo na stališče, da je poslovnik ničen in brezpredmeten, pri tem pa še vedno ostaja vprašanje, kdo bo to ničnost in brezpredmetnost ugotovil in iz nje izvedel potrebne pravne posledice.

V načelu obstajata dve možnosti in vsaj na prvi pogled sta obe sprejemljivi. Iz povedanega izhaja, da je poslovnik nasproten zvezni Ustavi, zato ker protiustavno oži domet postulata enakopravnosti jezikov, po drugi strani pa je nasproten republiški Ustavi, ki jasno določa, da bi postopek moral teči v slovenskem jeziku. Če bi zvezno Ustavno sodišče Poslovník razglasilo za ničen, določbo 3. člena ZVS pa za protiustavno, potem bi bilo to v skladu z določbo 3. točke 1. odstavka 375. člena zvezne Ustave, ki pravi, da Ustavno sodišče Jugoslavije odloča o skladnosti predpisov in drugih splošnih aktov z Ustavo SFRJ in zveznim zakonom. Če bi bilo to storjeno, bi avtomatično prišla do veljave določba republiške Ustave, prek nje pa vprašanje kršitve določb kazenskega postopka in potemtakem izpodbijanje predmetne kazenske sodbe ter vrnitev zadeve v novo sojenje prvostopnemu vojaškemu sodišču.

Po drugi strani pa se postavlja vprašanje, ali ima republiško Ustavno sodišče možnost presojeti skladnost zveznega predpisa, točneje 3. člena ZVS z republiško Ustavo. Določba 408. člena republiške Ustave pravi, da Ustavno sodišče odloča samo o skladnosti republiških zakonov z Ustavo republike Slovenije. Ustavnoppravna teorija stoji na stališču, da ne more biti neskladja med republiško in zvezno Ustavo. Zato ne ena ne druga ustava ne predvidevata možnosti, da bi bil kak iz zvezne Ustave izveden predpis, ki na zvezni ravni ne bi bil protiustaven, protiustaven z republiško Ustavo. Ta dvotirni sistem izhaja iz napačne predpostavke,



da sta dve zadevi, ki sta skladni *in abstracto*, nujno skladni tudi *in concreto*, kar seveda sploh ne drži.

Iz našega primera smo videli, da sta zvezna in republiška Ustava povsem skladni, da pa je zvezni zakon abstraktno določbo o enakopravnosti iz 246. člena zvezne Ustave napačno konkretiziral, s čimer ni nujno prišel v neskladje z zvezno Ustavo, je pa povsem določno padel v nasprotje z republiško Ustavo. Abstraktno pozicijo o enakopravnosti jezikov bi bilo mogoče v 3. členu ZVS konkretizirati tako, da bi ta zakon *expressis verbis* napotil na republiško Ustavo. Tega 3. člen ZVS ni storil, marveč je na drugačen način konkretiziral določbo zvezne Ustave, s tem pa je prišel v neskladje z republiško Ustavo.

Potemtakem je imperativno odrediti forum, ki bo presojal neskladnost zveznega predpisa z republiško Ustavo. Ker ne ena ne druga Ustava takega foruma ne predvidevata, govorimo o pravni praznini, ki jo je treba zapolniti v duhu obeh ustav.

Na tej ravni se pojavlja vprašanje, ali je suverenost federacije primarna in je potemtakem suverenost republike šele izvedena, ali pa je, obratno, primarna suverenost republike, in je omejena suverenost federacije šele sekundarna, izvedena iz suverenosti federalnih enot. Ker je prav ta druga koncepcija federalnosti dosledno izvedena v zvezni Ustavi, ki že v svojem drugem odstavku prvega pododdelka u določa, da narodi uresničujejo svoje suverene pravice v socialističnih republikah in samo, kadar to v skupnem interesu določa ustava – v zvezni državi.

Če bi republiško Ustavno sodišče zavzelo stališče, da je poslovnik ničen, 3. člen ZVS pa nasproten 212. členu republiške Ustave, potem bi to sodišče eksplicite deklariralo izvedeni kazenski postopek vsaj kot nasproten republiški Ustavi, s čimer je postavljena pod vprašaj kazenska sodba, izdana na podlagi zveznega ZKP, ki pa je v nasprotju z republiško Ustavo. Ker je taka sodba nezakonita z republiškega stališča, bi Vrhovno vojaško sodišče ali Zvezno sodišče moralo ugotoviti bistveno kršitev kazenskega postopka in zadevo vrniti v ponovno sojenje.

### 5.3. Vprašanje izvršitve protiustavne sodbe

Ločeno od vprašanja zakonitosti procesa in vprašanja ustavnosti pa se pojavlja tudi vprašanje, kaj storiti s formalno pravnomočno sodno odločbo vojaškega sodišča, ki jo je po republiških predpisih v SR Sloveniji treba tu tudi izvršiti. Za izvršitev take odločbe je pristojen republiški pravosodni organ, nadzor nad izvrševanjem kazenskih sankcij pa ima predsednik tistega temeljnega sodišča, na območju katerega

naj bi se kazenska sodba izvršila. Po ZVS se kazenska sodba izvrši v skladu z republiški predpisi, razen v tistih primerih, ko je kaznovana vojaška oseba, ki tudi po pravnomočnosti obsodbe obdrži svoj vojaški status (za slednje se kazen izvrši v vojaških zaporih pod vojaško jurisdikcijo).

Vprašanje neskladnosti zvezne in republiške Ustave, ali neskladnosti zveznega zakona in republiške Ustave, ali neskladnosti zveznega podzakonskega akta (poslovnika) in republiške Ustave je mogoče enostavno ignorirati vse dotlej, dokler ni republiški organ postavljen pred vprašanje izvršitve odločbe, ki je z zveznega stališča ustavna in zakonita, z republiškega stališča pa je protiustavna.<sup>106</sup>

V tej točki se uvidi vsa podrejenost kontinentalnega prava politiki in državi. Razglašati neko sodbo za "pravnomočno", če je prav protiustavna, je mogoče samo, če je pravosodni sistem do take mere zbirokratiziran, da si sodniki enostavno ne upajo uvideti absurdnosti take propozicije: sodna odločba, ki je eklatantno v nasprotju z ustavo, bi bila potemtakem pred republiški organi izvršena, kakor da se ni nič zgodilo. Kafka bi se ob tem samo poznavajoče nasmehnil.

Angleški sistem pozna pravno sredstvo *Habeas Corpus ad Subjiciendum*. Po njem ima vsak sodnik pravico in dolžnost ob vsakem trenutku in ne glede na birokratske ozire o stadiju postopka, pravnomočnosti itd. ugotoviti, da so kršene človeške pravice v nasprotju z ustavo in zaradi tega zahtevati, da preden pripeljejo telo obdolženca (od tod ime), da ga reši

106 Ustavnost ali neustavnost predmetne odločbe vojaškega sodišča je vprašljiva v tisti meri, v kateri je ustavnost sodbe odvisna od ustavnosti postopka, ki je do te sodbe pripeljal. V našem sistemu ni a priori jasno, da je kazenska sodba, ki je rezultat neustavnega ali nezakonitega postopanja, tudi sama po sebi neustavna ali nezakonita. Se več, v našem sistemu bi bilo mogoče vztrajati na stališču, da je kazenska sodba vojaškega sodišča v Ljubljani sama po sebi, torej ločeno od postopka, iz katerega je izšla, popolnoma v skladu z republiško Ustavo. To žal ne velja samo za vprašanje jezika, marveč tudi za vprašanje pravice do civilnega zagovornika in vseh drugih procesnih pravic, ki so bile v predmetnem postopku morda kršene. Procesne kršitve imajo samostojno moč izpodbijati kazensko sodbo, zato ker je ta nezakonita iz procesnih razlogov, samo v taksativno naštetih razlogih iz 264. člena 1. odstavka ZKP, kjer pa ne najdemo kakršnegakoli navedka o uporabi z Ustavo predvidenega jezika. Zanimivo je, da je taka absolutno bistvena kršitev določb kazenskega postopka npr. podana, če je bila v nasprotju z zakonom izključena javnost z glavne obravnave (4. točka 1. odstavka): V takem primeru je sodba iz procesnega razloga neveljavna in izpodbijna, čeprav je materialnopravno pravilna in zakonita. Med absolutno bistvene kršitve spada še nepravilna sestava sodišča, potek glavne obravnave brez oseb, ki morajo biti navzoče, odsotnost obtožbe upravičenega tožilca, stvarna nepristojnost sodišča, nepopolnost sodne odločitve, neupoštevanje ekskluzije dokazov, prekršitev obtožbe, kršenje prepovedi reformacije in peius ter inkoherentnost in inkongruentnost končnega sodnega akta.

Med navedenimi kršitvami ne najdemo protiustavne uporabe procesnega jezika zato, ker taka uporaba, če je bil pravilno postavljen tolmač, ne pomeni kršenja temeljnih procesnih postulatov. Nikakor ne gre tu za to, kakor nekateri mislijo, da zakonodajalec enostavno ni mogel predvideti tako flagrantnega kršenja Ustave, da bi se namreč uporabljal jezik, ki v Ustavi ni predviden.



da ga reši nasilja in krivice. Angleški sistem pozna to možnost že od leta 1679 in moderna revolucija kazenskega postopka (o kateri niso pri nas še nič slišali), je izšla ravno iz instituta *Habeas Corpora* oziroma točneje iz uporabe pisanja *certiorari* pred vrhovnim sodiščem ZDA. V kateremkoli stadiju (tudi "pravnomočne" odločbe), je mogoče prvostopnemu, drugostopnemu ali vrhovnemu sodniku predložiti zahtevo za izpustitev jetnika, češ da mu je protiustavno kršena svoboda. To ni nikakršno "izredno pravno sredstvo", marveč je odraz samozavesti, samospoštovanja in potešenega poguma sodnika, ki na svojo vest pred državo brani po krivem zaprtega človeka. Sodna veja, ki je v resnici del oblasti (in ne le birokratska srenja), pa bo imela spoštovanje ne le do človeka, ampak tudi do ustave, kateri je zaprsegla.

#### 5.4. Slovenski jezik kot izraz slovenske samobitnosti<sup>107</sup>

Za razumevanje določene pravne norme pa tudi celotne pravne (normativne) ureditve je koristno in včasih celo nujno potrebno poznati zgodovinski potek nastanka te norme oz. ureditve. Oglejmo si zato na kratko nekatera zgodovinska dejstva, ki se vojaškim sodiščem pogosto ne zdijo pomembna, "spregledalo" pa jih je celo predsedstvo Socialistične federativne republike Jugoslavije.<sup>108</sup>

Slovenski jezik, ki ima dolgo in bogato tradicijo, je bil v preteklosti Slovencem pogosto odrekan,<sup>109</sup> toda slovenski narod ni prenehal težiti k njegovi polni in dokončni uveljavitvi. Novejša zgodovina je ne le Slovencem, marveč tudi drugim jugoslovanskim narodom ponudila priložnost, da z združitvijo v federaciji ustrezno rešijo jezikovno(a) vprašanje(a). Glavni motiv, ki je Slovence vodil k tej združitvi z drugimi narodi in narodnostmi Jugoslavije, je predstavljala želja po

107 Od tod do konca poglavja o jeziku je avtor asist. Miro Cerar, dipl. iur. s Pravne fakultete v Ljubljani.

108 Predsedstvo SRS je dne 20. julija 1988 protestiralo pri predsedstvu SFRJ in od njega zahtevalo, naj presodi odločitev vojaškega sodišča v Ljubljani glede uporabe srbohrvaškega jezika v postopku ter jo spozna za nasprotno določilo 2. odstavka 212. člena Ustave SRS in kot tako za nesprejemljivo.

Predsedstvo SFRJ je po predhodni konzultaciji s predsednikom Vrhovnega vojaškega sodišča sprejelo zahtevo predsedstva SRS nasprotno stališče, saj je presodilo, da je uporaba srbohrvaškega jezika v postopku zoper četverico zakonita (skladna s 3. členom Zakona o vojaških sodiščih), oziroma ni konstatiralo njegove neustavnosti.

109 Pravna zgodovina poudarja, razen neizpolnjenih želja po zedinjeni Sloveniji, tudi zahtevo po enakopravnosti slovenskega jezika, ki so jo Slovenci postavljali že v avstrogrški monarhiji. In čeprav je bilo stanje za slovenščino v nekaterih sferah družbenega življenja nekoliko ugodnejše, pa do priznanja slovenščine kot uradnega jezika ni prišlo pred razpadom habsburške monarhije. "Splošna poteza jezikovnega prava glede slovenščine je bila v stari Avstriji značilna po tem, da je bilo vprašanje sicer ustavno popolnoma jasno rešeno, da pa se ustavno določilo ni kot tako izvajalo." Vilfan, PRAVNA ZGODOVINA SLOVENCEV, Slovenska matica, Ljubljana, 1961, str. 458-461.

ohranitvi in nadaljnem razvoju nacionalne samobitnosti in samostojnosti ter *enakopravnosti* z drugimi narodi, ob težnji po uresničevanju skupnih interesov. S pojmom enakopravnosti narodov in narodnosti pa je neločljivo povezana uveljavitev enakopravne rabe njihovih jezikov in pisav,<sup>110</sup> kar je nazorno potrdil tudi NOB.<sup>111</sup>

Sedanja ustavna ureditev<sup>112</sup> zagotavlja narodom in narodnostim SFRJ enakopravnost, le-ta pa je še posebej konkretizirana glede uporabe njihovih jezikov in pisav.<sup>113</sup> Seveda

110 Pajvančičeva ugotavlja, da je jezik kot domena družbene zavesti primarni izraz enakopravnosti narodov in narodnosti, opozarja pa tudi na ostale pomembne razsežnosti te enakopravnosti, kot so na primer odnosi v proizvodnji in upravljanju z rezultati dela. Pajvančič, *O nekim ustavno pravnim in institucionalnim predpostavkami ostvarjanja ravnopravnosti naroda i narodnosti u SAP Vojvodini, AVNOJ I SAVREMENOST*, Sarajevo 1984, str. 678. Tako je na primer v Kanadi vprašanju enakopravnosti jezikov namenjena še posebna pozornost. V morebitnem postopku spreminjanja kanadske Ustave se le v petih primerih zahteva soglasnost odločitve in eden izmed teh petih izjemnih primerov se nanaša izrecno na uporabo francoskega ali angleškega jezika. Nikolić, *Prilog o pitanju promene Ustava u federalnim državama*, Pravni život, 11, XXXVII, knjiga 368, Beograd, 1987, str. 1133, opomba št. 2.

111 Komunistična partija Jugoslavije se je že v začetku svojega delovanja močno zavedala pomena enakopravnosti narodov in njihovih jezikov. Ze v "praktičnem akcijskem programu" ustanovnega kongresa je KPJ v zvezi z agitacijsko dejavnostjo predvidela ustanovitev novih časopisov partijskega tiska v različnih jezikih, pisavah in dialektih, v praksi pa se je to uresničevalo tudi med NOB. Zajmi, *Socialistička misao i ravnopravnost jezika*, Socializam, 10 (XI), NIP Komunist, Beograd, 1968, str. 1252, 1253. Zajmi nadaljuje, da se v resolucijah o nacionalnem vprašanju, ki so bile sprejete na 3. državni konferenci 1923 in na tretjem kongresu KPJ leta 1926 v sklopu enakopravnosti jezika navaja "neomejena pravica uporabe materinega jezika pri občevaranju z vsemi oblastmi" in "neomejena pravica uporabe materinščine povsod in na vsakem mestu." Istorijski arhiv KPJ, II, str. 72-73 in 96-112. Na strani 1251 avtor ugotavlja:

"Cijela praksa naše revolucije pokazala je, da su tu revoluciju uspješno vodili svi narodi i narodnosti na svim jezicima i pod svim zastavama naroda i narodnosti..." (Prevod: "Celotna praksa naše revolucije je pokazala, da so to revolucijo uspješno vodili vsi narodi in narodnosti in pod vsemi zastavami narodov in narodnosti...") Dragosavac, *Aktuelni i internacionalni problemi: uz 40-godišnjicu AVNOJ-a, AVNOJ I SAVREMENOST, NISRO, Oslobođenje, Sarajevo, 1984, str. 47.*

V zvezi z zgodovinskim posvetovanjem v Stolichah (26.9.1941), na katerem so bili prisotni člani CK KPJ in vodilni komunisti iz skoraj vseh delov Jugoslavije, navaja Borovčanin:

"Sama činjenica da su osnovani vojni štabovi i vojne jedinice odnosno partizanski odredi po jugoslovenskim zemljama govori da su stvoreni uslovi za poštivanje nacionalnih osobenosti (jezik, nacionalno obeležje, naziv partizanskih jedinica i slično), a da nije narušena ideja o zajedničkom življenju jugoslovenskih naroda. (Prevod: "Samo dejstvo, da so bili ustanovljeni vojni štabi in vojaške enote oz. partizanski odredi po jugoslovenskih območjih govori, da so bili ustvarjeni pogoji za spoštovanje nacionalnih posebnosti (jezik, narodno obeležje, nazivi partizanskih enot in podobno), ne da bi se porušila ideja o skupnem življenju jugoslovenskih narodov.") Borovčanin, *Odlike AVNOJ-a i prvi jugoslovenski ustav 1946. godine u svjetlu rješavanja nacionalnog pitanja u Jugoslaviji, ibidem, str. 309-310.* Avtor v nadaljevanju ugotavlja, da je Ustava FNRJ iz 1946. leta potrdila enakopravnost narodov, ki je bila zasnovana že prej in da so tako vsi narodi Jugoslavije imeli ne le praktično, temveč tudi ustavnopravno zagotovljeno pravico, da uporabljajo svoj jezik.

"V NOB smo Slovenci imeli celo dva korpusa s sedmimi divizijami in množtvom drugih vojaških enot, izpolnjenih s Slovenci, pod poveljstvom slovenskega starešinstva in s slovenskim poveljevalnim jezikom. Izjeme so malenkostne." (Jaka Avšič, *Pravica naroda in enakopravnost*, Sodobnost, 5/1971.)

112 Ta ureditev je iz leta 1974. Kasnejše ustavne dopolnitve niso posegale v ustavno ureditev enakopravnosti narodov in narodnosti ter njihovih pravic do uporabe njihovega jezika in pisave.

113 245. člen Ustave SFRJ:

"V Socialistični federativni republiki Jugoslaviji so narodi in narodnosti enakopravni."



ni naključno, da sta obe določili, ki urejata to materijo (245. in 246. člen zvezne Ustave), tesno združeni, saj predstavljata tako povezani logično celoto, ki so jo začeli naši narodi in narodnosti pod vodstvom KPJ izgrajevati že pred NOB<sup>114</sup> in so jo večkrat ter dokončno potrdili v obdobju med drugim zasedanjem AVNOJ-a in oblikovanjem sedaj veljavne ustavne ureditve.<sup>115</sup>

Poleg jasnosti ter nedvoumnosti sedanje ustavnopravne ureditve, dokazuje torej tudi njena *geneza*, da je enakopravnost narodov in narodnosti SFRJ ter s tem enakopravnost njihovih jezikov in pisav temeljno načelo,<sup>116</sup> ki ga je treba

1. odstavek 246. člena Ustave SFRJ:

"Jeziki narodov in narodnosti in njihove pisave so na območju Jugoslavije enakopravni. V Socialistični federativni Jugoslaviji so v uradni rabi jeziki narodov, jeziki narodnosti pa v skladu s to Ustavo in zveznim zakonom."

Jeziki in pisave narodov in narodnosti so torej načelno izenačeni, določen odstop od načela pa je mogoč le glede uradne rabe jezikov in pisav narodnosti. Žal pa to ni edina izjema od načela enakopravnosti, kajti Ustava SFRJ v 2. odstavku 243. člena določa:

"Pri poveljevanju in vojaškem pouku v jugoslovanski ljudski armadi se lahko v skladu z zveznim zakonom lahko uporablja eden od jezikov narodov Jugoslavije, v njenih delih pa jeziki narodov in narodnosti."

- 114 Zanimivo je to, da so bile tudi v revolucionarnem razvoju današnje Sovjetske zveze že zelo zgodaj poudarjene težnje po rešitvi jezikovnega vprašanja v skladu z načelom enakopravnosti. Zajmi (op. cit., str. 1252), navaja, da je že resolucija o nacionalnem vprašanju, sprejeta na avgustovskem posvetu CK ruske socialdemokratske delavske stranke (RSDDS), leta 1913, poudarila zahtevo po tem, da se v Ustavo vključi osnovni zakon, ki naj bi proglasil za neveljavne kakršnekoli privilegije kakega od narodov in kakršnekoli kršenje pravic nacionalnih manjšin, kar se je nanašalo tudi na uporabo jezika. Resolucija o nacionalnem vprašanju, sprejeta na aprilski vseruski konferenci RSDDS leta 1917 pa med drugim postavlja zahtevo po ukinitvi obveznega državnega jezika.

Leta 1923 je del resolucije, sprejete na 12. kongresu SKP, zahteval, da se izdajo specialni zakoni, ki bi omogočili uporabo materinega jezika v vseh državnih organih in ustanovah, ki oskrbujejo mestno prebivalstvo druge narodnosti in narodne manjšine - ta zakon naj bi omogočil rigorozno preganjanje in kaznovanje vseh kršiteljev nacionalnih pravic in še posebno pravic nacionalnih manjšin. (SKPb v resolucijama i rešenijama..., 5. izdajanje, str. 391 do 397 - navedeno v študiji dr. Koče Jončiča, *Pravno-politički položaj i uloga narodnosti - nacionalnih manjina u SFRJ*, str. 104. Navedeno po Zajmi, op. cit., str. 1252.)

- 115 Na drugem zasedanju AVNOJ-a (29.11.1943) je bilo med drugim sklenjeno, "da se Jugoslavija zgradi na demokratičnem federativnem načelu kot državna skupnost enakopravnih narodov." SKLEPI DRUGEGA ZASEDANJA PROTIFAŠISTIČNEGA SVETA NARODNE OSVOBODITVE JUGOSLAVIJE, izdalo predsedstvo AVNOJ-a, 1945, str. 16.

116 Sklepi AVNOJ-a so se v nadaljnjem razvoju odrazili tudi v tem, da je načelo enakopravnosti jezikov in pisav obravnavala že prva Ustava ter tudi vsi kasnejši ustavnopravni akti in programski dokumenti ZKJ.

- 116 Zajmi, op. cit. na str. 1255-1270 podrobneje predstavlja glavne aspekte načela enakopravnosti jezika, ter vidike njegovega uredničevanja. Zaradi aktualnosti problematike predstavljamo v nadaljevanju strnjen "izvleček" njegovih osnovnih ugotovitev ter izhodišč v zvezi z uredničevanjem načela enakopravnosti jezikov, pri čemer moramo poudariti, da je prišel avtor do svojih sklepov na osnovi analize Leninove misli ter širšega socialističnega pojmovanja enakopravnosti jezikov in večnacionalni skupnosti. Izbrane avtorjeve ugotovitve citiramo:

1) Neposredni političko-sociološki supstrat iz kojeg se rada princip ravnopravnosti jezika je nacionalna ravnopravnost građana i nacionalnih skupina u mnogonacionalnoj zajednici.

2) Ravnopravnost jezika predstavlja istovremeno i oblik demokratskog procesa svake političke strukture društva, koji utoliko pre mora biti imanentan socialističkom

## dosledno upoštevati in spoštovati.

društvu.

3) Ravnopravnost jezika, kao i nacionalna ravnopravnost u širem smislu, nije samo demokratski postulat, već je istovremeno povezana i s klasnim interesima radničke klase.

4) *Ravnopravnost jezika je nespojiva sa koncepcijom državnog jezika* (poudarek dodan).

5) Afirmacija i puna upotreba faktičkog jezika područja u javnom životu predstavlja polaznu osnovu i jedan od bitnih aspekata ostvarivanja ravnopravnosti jezika.

6) Za ostvarivanje opšteg programa ravnopravnosti jezika u složenoj jezičkoj strukturi potreban je konkretan i izdiferenciran pristup u razradi tog programa, shodno konkretnim i specifičnim prilikama jezičke strukture pojedinog područja kao i shodno specifičnosti pojedinih sfera društvenog života u kojima dolazi do izražaja ispoljavanje ravnopravnosti jezika.

7) Zaštita i afirmacija jezika nacionalnih manjina treba da se ispolji u samom sklopu ravnopravnosti jezika.

8) Ostvarivanje i stabilnost ravnopravnosti jezika u jednoj zajednici iziskuje da se ona fiksira i odgovarajućim instrumentima *pravnog normiranja* (podčrtal M.C. - mislim, da je k temu potrebno dodati še to, da je poleg normativno-pravne ureditve enakopravnosti jezika(ov) treba *nujno zagotoviti* tudi pravilno ter dosledno izvajanje takšnih pravnih norm v vsakdanji praksi in s tem dokazati, da (ustavno)pravna ureditev ni le mrtva črka na papirju, temveč fungirajoč izraz pravne države oz. družbe.).

9) Razvijanje opšte političke klime osećanja i poštovanja principa ravnopravnosti jezika predstavlja veoma važan faktor njegovog ostvarivanja.

10) Sve većim stepenom razvoja samoupravne sfere društva, kao i većim stepenom demokratizacije političke vlasti, ravnopravnost jezika dobija nove sadržaje i aplikativnu širinu."

(Prevod:

"1. Neposredni politično-sociološki substrat, iz katerega se poraja princip enakopravnosti jezika je nacionalna enakopravnost občanov in nacionalnih skupin v večnacionalni skupnosti.

2. Enakopravnost jezika predstavlja istočasno tudi obliko demokratskog procesa vsake politične strukture družbe, ki mora biti še toliko bolj imanentna socialistični družbi.

3. Enakopravnost jezika, tako kot nacionalna enakopravnost u širem smislu, ni le demokratski postulat, temveč je istočasno povezana tudi z razrednimi interesi delavskega razreda.

4. *Enakopravnost jezika je nezdružljiva s koncepcijom državnog jezika*

5. Afirmacija in polna uporaba faktičnog jezika područja u javnom življenju predstavlja izhodiščno osnovu in enega od bistvenih aspekata uresničavanja enakopravnosti jezika.

6. Za uresničavanje splošnog programa enakopravnosti jezika u sestavljeni jezikovni strukturi je potreban konkretan i izdiferenciran pristup u obdelavi tega programa, u skladu s konkretnimi i specifičnimi okolishinama jezikovne strukture posameznog područja, kot tudi u skladu s specifičnostmi posameznih sfer družbenog življenja, u katerih pride do izražaja uresničavanje enakopravnosti jezika.

7. Zaštita i afirmacija jezika nacionalnih manjina se mora uresničiti u samem sklopu enakopravnosti jezika.

8. Uresničavanje i stabilnost enakopravnosti jezika u določeni skupnosti zahteva, da se jo fiksira tudi u ustreznimi instrumenti *pravnog normiranja* (poudarek dodan - dodajmo še, da je treba zagotoviti tudi pravilno ter dosledno izvajanje pravnih pravila o enakopravnosti jezika u vsakdanji praksi).

9. Razvijanje splošne politične klime občutenja i poštovanja principa enakopravnosti jezika predstavlja zelo važan faktor njegovoga uresničavanja.

10. Z vse večjo stopnjo razvoja samoupravne sfere družbe, kot tudi z vse večjo stopnjo demokratizacije politične oblasti dobiva enakopravnost jezika nove vsebine i aplikativno širino.")



## 5.5. Pravica do svobodne uporabe jezika kot individualna pravica

V naši ustavni ureditvi se poleg pojma *enakopravnost jezikov in pisav narodov in narodnosti* pojavlja tudi pojem *svobodna uporaba jezika in pisave naroda oz. narodnosti, ki je zajamčena posamezniku-občanu*.<sup>117</sup>

a) *Svobodna uporaba jezika in pisave* omogoča posamezniku (občanu), da v kakršnikoli obliki oz. na kakršenkoli način uporablja svoj materin jezik, v čemer ga predpisi ne smejo omejevati. Ta pravica občana pa *ne pomeni hkrati dolžnosti drugega*, da sprejme ta jezik za jezik komuniciranja. Temeljna pravna značilnost svobodne uporabe jezika in pisave je torej v možnosti posameznika, da svobodno uporablja svoj jezik ter pisavo in v prostovoljni odločitvi druge osebe, ki lahko ta jezik oz. pisavo pri komuniciranju sprejme ali pa odkloni.<sup>118</sup>

b) *Pravica enakopravne uporabe jezika in pisave naroda oz. narodnosti* za razliko od pravice svobodne uporabe jezika in pisave ni enostranska. Poleg pravice občana, da svobodno uporablja materin jezik, obsega namreč tudi *dolžnost* drugih oseb, da ta jezik sprejmejo pri komuniciranju, v skladu z ustavo, zakoni ter drugimi pravnimi akti<sup>119</sup>. Enakopravnost jezika in pisave<sup>120</sup> je tako vzpostavljena v primeru, ko določena oseba pri uresničevanju svojih pravic in dolžnosti oz. pri nastopanju v postopkih pred državnimi in drugimi organi ter organizacijami, ki opravljajo družbeno službo, neomejeno uporablja svoj jezik in pisavo.<sup>121</sup>

117 Pravico do svobodne uporabe jezika in pisave določa 1. odstavek 170. člena zvezne Ustave, ki se glasi: "*Občanu je zajamčeno svobodno izražanje pripadnosti k svojemu narodu oziroma narodnosti, svobodno izražanje nacionalne kulture in svobodna raba svojega jezika in pisave.*" (poudarek dodan)

Temu določilu ustreza 1. odst. 212. člena slovenske Ustave, ki pravi:

"*Vsakdo ima pravico, da svobodno izraža pripadnost k svojemu narodu, narodnosti ali etnični skupini, goji in izraža svojo kulturo in uporablja svoj jezik in pisavo.*" (poudarek dodan)

118 Arpad-Horvat, *Upotreba jezika i pisama naroda i narodnosti u krivičnom postupku*, JRKK, št. 2, 15/77, str. 138, op. 1.

119 Arpad-Horvat, *op. cit.*, str. 138., op. 2.

120 Izhodiščno osnovo za uresničevanje in zaščito enakopravnosti jezikov in pisav predstavlja 1. odstavek 5. člena temeljnih načel Ustave SFRJ (tako tudi Arpad-Horvat, *op. cit.*, str. 139), ki določa:

"*Svoboščine, pravice in dolžnosti človeka in občana, ki jih določa ta ustava so neločljiv del in izraz socialističnih samoupravnih demokratičnih odnosov, v katerih se človek osvobaja vsakršnega izkoriščanja in samovolje ter s svojim delom ustvarja možnosti za vsestranski razvoj in svobodno izražanje ter varstvo svoje osebnosti in za spoštovanje človekovega dostojanstva. Svoboščine in pravice človeka in občana so omejene samo z enakimi svoboščinami in pravicami drugih in z interesi socialistične družbe. Socialistična družba zagotavlja pogoje za kar najpopolnejše uresničevanje in varstvo svoboščin in pravic, ki jih določa ta ustava. Vsakršna dejavnost, ki bi kratila te svoboščine in pravice človeka in občana, bi bila v nasprotju z interesi socialistične družbe.*"

121 3. odst. 212. člena Ustave SR Slovenije namreč določa:

b-1) V "striktno pojmovnem smislu" se kaže enakopravnost jezikov in pisav v povsem enakem regulativnem obravnavanju vseh jezikov in pisav v njihovi javni institucionalni uporabi.<sup>122</sup> Ker pa ni mogoče v realni družbeni praksi vedno popolnoma uresničiti takšne institucionalne enakopravnosti vseh jezikov in pisav, je Zajmi mnenja,<sup>123</sup> da je treba tako

"Vsakdo ima pravico, da pri uresničevanju svojih pravic in dolžnosti ter v postopku pred državnimi in drugimi organi in organizacijami, ki opravljajo družbeno službo, uporablja svoj jezik in pisavo in da ga tisti, ki vodi postopek, seznanji z gradivom in s svojim delom v njegovem jeziku in na način, ki ga določa zakon."

To določilo v postopku zoper četverico vsaj formalno ni bilo kršeno. Sodišče je namreč obdolžencem omogočilo, da so lahko na glavni obravnavi uporabljali slovenščino (vprašanje je, če jim je bilo to omogočeno tudi v predhodnem postopku - v primeru, da jim to ni bilo omogočeno, bi to pomenilo kršitev 7. člena Zakona o kazenskem postopku, ter 212. člena slovenske Ustave) ter bili v njej seznanjeni z gradivom in delom sodišča. To je sodišče uresničilo s pomočjo tolmača; ob strani puščamo seveda vprašanje, ali je sodišče tudi dejansko dovolilo obdolžencem, da so povedali, kar so šteli za potrebno ter ali jim je bilo procesno gradivo predočeno tako, da so se z njim lahko seznanili.

Jedro problema, ki je v vprašanju, ali je sodišče smelo voditi postopek zoper četverico v srbohrvaškem jeziku, obravnavamo v nadaljevanju. Na tem mestu se pač ne moremo izogniti vprašanju, ali je tolmačenje v postopku sploh omogočilo brezhibno sporazumevanje med sodiščem in obdolženci oz. med udeleženci postopka nasploš? Na to vprašanje moramo odgovoriti s "pogojnim NE".

Slavistično društvo Slovenije je v zvezi z javno objavljenim slovenskim Prevodom obrazložitve sodbe (ta prevod je objavilo Delo - Sobotna priloga, Ljubljana, 13.8.1988, str. 23) med drugim izjavilo:

"Zakaj konkretno so bili ti štirje moške dejansko obsojeni, bralec iz tega mnogobesednega sporočila ne more zvedeti... Ta obrazložitev sodbe je kulturna sramota za del jugoslovanskega sodstva, hkrati pa primitivna žalitev slovenskega knjižnega jezika in s tem slehernega Slovence, ki mu je kultivirani knjižni jezik simbol narodne celovitosti..." (Izjava slavističnega društva Slovenije ob sodbi Borštnerju, Janši, Tasiću in Zavrliu.)

Tudi mi se pridružujemo temu mnenju, opozarjamo pa na naslednje. *Po eni strani* je ob katastrofalno slabem prevodu obrazložitve sodbe mogoče sklepati, da je bilo tolmačenje na glavni obravnavi kvečjemu še slabše, kajti sprotno ustno prevajanje je zahtevnejše od prevoda sodbe, za katerega je na voljo določen čas, uporaba slovarja itd.; vse to je potrjeno z žalostnim spoznanjem o tem, kdo vse je lahko v Sloveniji tolmač. V takšnem primeru se "pogojni NE" spremeni v "NE". *Po drugi strani* pa tudi ni mogoče izključiti možnosti, da je bila sodba (in še posebej njena obrazložitev) že v originalu (torej s strani sodišča) izdelana nerazumljivo in je njen prevod (ki pa tudi v tem primeru ne zasluži naziva slovenski, saj vsebuje številne napake glede končnic, obrazil, vezljivosti ter pravopisa nasploh) le potrditev te nerazumljivosti. Ta možnost je narekovala zgoraj navedeni "pogojni NE". Če je torej krivda za nesprejemljivo sodbo tudi na strani sodišča, potem to seveda neposredno vpliva na (ne)utemeljenost izreka sodbe. Sprašujemo pa se, zakaj ni sodbe prevedel isti tolmač, ki je prevajal na glavni obravnavi. Če bi bilo sodišče prepričano v njegovo strokovnost, potem bi mu verjetno zaupalo tudi prevajanje sodbe.

Vsekakor je postopek zoper četverico opozoril na to, da bo treba v prihodnje (čim prej) predpisati zaostrene pogoje (ter se po njih ravnati!) za pridobitev funkcije sodnega tolmača, poleg tega pa bi bilo potrebno posebej predpisati tudi obvezno znanje slovenščine za vse, ki opravljajo družbeno službo na območju SR Slovenije, kar naj velja še posebno za sodnike, ki morajo poleg splošnega znanja slovenščine dobro obvladati tudi pravno terminologijo.

122 Zajmi, *op. cit.*, str. 1262. Avtor k temu dodaja:

"Tako, recimo, dvojezičnost u striktnom smislu, kao jedan od konkretnih oblika ostvarivanja ravnopravnosti jezika u odgovarajućim prilikama jezičke strukture određenog područja, to jest bilingvističke strukture područja, znači potpuno jednak tretman jednog i drugog jezika u radu svih javnih institucija, kao i u drugim sferama društvenog života na datom području."

123 Zajmi, *op. cit.*, str. 1262.



striktno zastavljeno definicijo nekoliko "razširiti" (glej spodaj pod b-2).

b-2) *Širša opredelitev enakopravnosti* jezikov in pisav je v ustvarjanju optimalnih pogojev za kar najširšo uveljavitev vseh jezikov in pisav v različnih sferah javnega življenja in na različnih ravneh družbenopolitičnih skupnosti, tako kot to ustreza jezikovni strukturi.<sup>124</sup>

Obe navedeni opredelitvi (pod b-1 in b-2) se seveda medsebojno pogojujeta, pri tem pa se širša opredelitev (b-2) urešničuje skozi ožjo (b-1).<sup>125</sup> Zaradi jasnosti dodajmo: čeprav omogoča ustavna ureditev enakopravnost jezikov in pisav narodov in narodnosti, ne pomeni to avtomatično udeležnosti te enakopravnosti v družbenem življenju. Ustava ponuja upravičencu (naslovljencu) le možnost<sup>126</sup> za dosego dejanske enakopravnosti njegovega jezika in pisave. Nihče namreč ne more pripadnika določenega naroda ali narodnosti ali narod oz. narodnost kot tako prisiliti, da to svojo (ustavno)pravno možnost tudi izkoristijo.<sup>127</sup> Če je upravičenec prostovoljno ne izkoristi, privoli s tem v dejansko neenakopravnost oz. podrejenost nasproti drugim, ki se svoji (isti) možnosti niso odrekli.<sup>128</sup> Jasno je, da moramo Slovenci, če ne želimo privoliti v podrejenost, pri uporabi svojega jezika in pisave docela ali vsaj v čim večji meri izkoristiti svoje ustavno(pravno) zajamčene možnosti.<sup>129</sup>

124 Zajmi, *ibidem*.

125 Zajmi, *ibidem*.

126 Upravičenec do te možnosti je pravno varovan pred vsakim dejanjem drugega, ki bi mu uresničevanje te možnosti odrekal ali bi ga v izkoriščanju te možnosti omejeval v nasprotju s pravnim redom.

127 Tako je npr. jasno, da nihče ne more prisiliti (za to ni pravne podlage) Slovenca, da bi ta, če sam ne želi, govoril slovensko.

128 Tako npr. Slovenec, ki ne želi izkoristiti svoje ustavne možnosti (pravice) enakopravne rabe jezika in uporablja pri svojem nastopu v zvezni skupščini srbohrvaški jezik, s tem ne izgubi svoje pravice do (enakopravne) uporabe slovensčine v tej instituciji (v svoji možnosti ostane še vedno enakopraven), pride pa v *dejansko podrejen* položaj proti vsem tistim, ki prav tako uporabljajo srbohrvaščino, ki pa je njihov materin (naroden) jezik.

129 Aktualno vprašanje je, ali se sme slovenski poslanec (delegat ipd.) pri nastopanju v zveznih institucijah odreči svoji ustavno zajamčeni možnosti, da uporablja slovenski jezik. To lahko stori, kadar nastopa zgolj v svojem imenu. Takrat povsem prosto izbira med slovenskim jezikom ter jezikom kakšnega drugega naroda Jugoslavije. Kadar pa nastopa v imenu (kot predstavnik) slovenskega naroda, je le-ta tisti, ki svojemu predstavniku odreja, kateri jezik naj uporablja (možnost oz. pravica delegata kot posameznika se v tem obsegu spremeni v dolžnost nasproti svojemu "zastopancu"). Zato je potrebno čimprej izvesti takojšnje raziskavo javnega mnenja (ali pa npr. izvesti o tem vprašanju glasovanje v slovenski skupščini oz. najti podobno rešitev), ki bo jasno povedala, ali so slovenski delegati v zveznih organih dolžni dosledno uporabljati slovenski jezik in pisavo ali ne oz. kakšna naj bo morebitna kompromisna rešitev. V zvezi s tem menimo, da nikakršno zgolj enostransko podrejanje ne sme priti v poštev.

Za zgled nam lahko služi Švica, kjer so v zveznih organih v uporabi vsi trije uradni jeziki (nemški, francoski in italijanski). V vsakdanji praksi je v parlamentu zagotovljeno simultano prevajanje, poslanci pa uporabljajo večinoma nemški in francoski jezik.

## 5.6. Vojaško sodišče ni upoštevalo slovenske Ustave

Vojaško sodišče v Ljubljani je svojo odločitev, da bo vodilo postopek v srbohrvaškem jeziku, oprlo na 3. člen Zakona o vojaških sodiščih, ki se glasi:

*"Postopek pred vojaškimi sodišči teče v jeziku kakšnega jugoslovanskega naroda."*<sup>130</sup>

Sodišče je menilo, da dopušča to določilo prosto izbiro enega izmed v njem navedenih jezikov,<sup>131</sup> zato je za jezik postopka

Sodniki zveznega sodišča so izbrani tako, da so v tem organu zastopani vsi trije jeziki. Ild. (Arpad-Horvat, op. cit., str. 143)

- 130 Naj opozorimo, da določa 7. člen Zakona o kazenskem postopku (Ur. l. SFRJ, št. 26/85 - prečiščeno besedilo, dopolnj. 74/87) v 1. odstavku naslednje: "Kazenski postopek teče v jeziku, ki je pri sodišču v uradni rabi."

Ker je praktično v uradni rabi v konkretnem primeru le eden od enakopravnih jezikov, je jasno, da je 3. člen ZVS, ki nalaga (samoumevno) izbiro "kakšnega od" teh jezikov, nepotreben, kajti samo po sebi se razume, da je takšno izbiro potrebno opraviti. Kdo in na podlagi česa to izbiro opravi, pa je povsem drugo vprašanje - v Sloveniji je opravil "izbiro" že ustavodajalec in jo v 212. členu slovenske Ustave zožil na "obvezno izbiro" slovenskega jezika.

K temu je dodati še ugotovitve Sijerčiča, ki prihaja ob analizi določil Zakona o kazenskem postopku do sklepa, da rešitve niso "vseobsežne in dovolj precizne", za kar je med drugim potrebno iskati razloge tudi v dejstvu, da je ureditev kazenskega postopka v pristojnosti federacije. V nadaljevanju avtor pravi:

*"S obzirom na ovakvu situacijo, potpunije uređenje upotrebe jezika i (pisma) u krivičnom postupku može se ostvariti samo onda ako se uzmu u obzir rešenja, koja su data u republičkim i pokrajinskim ustavima i zakonima (poudarek dodan), u statutima opština i samoupravnim opštim aktima organizacija udruženog rada i drugih samoupravnih organizacija i zajednica."* (Prevod: "Glede na obstoječo situacijo se lahko popolnejša ureditev uporabe jezika in pisave v kazenskem postopku uresniči samo, če se upoštevajo rešitve, ki so dane v republičkih in pokrajinskih ustavih in zakonih (poudarek dodan), v statutih občin in v samoupravnih splošnih aktih organizacij združenega dela in drugih samoupravnih organizacij in skupnosti."

(Sijerčič, *Upotreba jezika i pisama naroda i narodnosti Jugoslavije, posebno u krivičnom postupku*, Godišnjak pravnog fakulteta u Sarajevu, XXVII, 1979, str. 106)

- 131 Poslovnik o delu vojaških sodišč prve stopnje (Vojni službeni list, br. 18/1977) določa v 21. členu:

*"Kad suđenju prisustvuju stranke, veće odlučuje - imajući u vidu predloge stranaka - na kojem jeziku naroda Jugoslavije će se voditi postupak."*

(Prevod: "Kadar so na sojenju prisotne stranke odloča senat - z obzirom na predloge strank - v katerem jeziku narodov Jugoslavije bo tekel postopek.")

To določilo Poslovnika ni v skladu z 2. odst. 212. člena Ustave SRS, kajti ustavno določilo ne dovoljuje državnim in drugim organom (torej tudi ne vojaškim sodiščem), da sami izbirajo jezik, v katerem bodo vodili postopek. Takšnega pooblastila ne daje izrecno niti zvezna Ustava, pa tudi ne Zakon o vojaških sodiščih.

Pravna varnost nedvomno zahteva, da so kriteriji za izbiro jezika postopka v konkretnih primerih določeni v zakonskih in drugih (z Ustavo skladnih) pravnih aktih. Če dopustimo vojaškim ali drugim sodiščem pravico diskrecijske presoje (ob upoštevanju želja strank) o uporabi jezika v postopku, se odrekamo načelu pravne varnosti, ki je eno najpomembnejših splošno priznanih načel sodobnih pravnih držav - sodniki vojaških sodišč, ki v glavnem zaradi neznanja jezikov narodov Jugoslavije sploh ne morejo "izbirati" med temi jeziki, se bodo tako pri vodenju postopkov odločali za uporabo srbohrvaščine. Jasno je torej, da je treba kriterije za izbiro jezika postopka določiti objektivno (za vse naslovljence ponuditi isti kriterij), ne pa njihovo izoblikovanje prepustiti subjektivni oceni sodišča.

Neskladnost 21. člena Poslovnika z 212. členom Ustave SRS pa opozarja na zelo aktualen in še povsem nerazrešen problem. Naša ustavna ureditev namreč ne predvideva možnosti nastanka in načina rešitve kolizije med določili republičkih ustav ter zveznih zakonov in drugih pravnih predpisov. Ker zahteva ta problematika posebno



izbralo srbohrvaščino. S tem ni upoštevalo 2. odstavka 212. člena Ustave SR Slovenije, in ker je tisto, kar predstavlja ustavno obveznost za sodišče procesna pravica za obdolženega, je vojaško sodišče v obravnavanem primeru prekršilo tudi procesne pravice obdolžencev.<sup>132</sup>

Pri izbiri jezika po 3. členu ZVS<sup>133</sup> ni dopustno obiti 2. odst.

obravnavanje, predstavljamo tukaj le, po našem mnenju edino sprejemljivo, načelno stališče za reševanje takšnih kolizij.

Noben zvezni (zakonski ali podzakonski) predpis ne sme biti v neskladju oz. ne sme nasprotovati določilom Ustave SR Slovenije. Če pride do takšnega neskladja oz. nasprotovanja, potem mora na območju SRS obveljati ustrezno določilo slovenske Ustave, neustrezni zvezni predpis pa naj se ali razveljavi, ali pa naj se šteje, da na območju SRS ne učinkuje, medtem ko naj v drugih republikah in avtonomnih pokrajinah ohrani svojo veljavnost, kolikor seveda ne nasprotuje njihovim ustavnim ureditvam.

Vprašanje, ki smo ga načeli, je seveda zelo zapleteno, vsekakor pa se bo treba z njim soočiti in ga v prihodnosti razrešiti na ustavnopravni ravni.

132 Ude, Delo - sobotna priloga, Ljubljana, 13. avgusta 1988, str. 22.

Toda kršitev 212. čl. Ustave SRS ne vpliva neposredno na vsebino sodbe, zato ta kršitev, upošteva je 363. člen do 367. člen ZKP, ne predstavlja razloga za pritožbo zoper (kazensko) sodbo.

133 Šinkovec (*Uporaba jezika v postopku pred vojaškim sodiščem*, Pravna praksa) pravi med drugim, da bi bila enakopravnost po Ustavi (246. člen zvezne Ustave) zagotovljena, če bi bil postopek voden v vseh štirih jezikih enakopravno, ne pa v "kakšnem od njih". Ker pa takšna idealna uresničitve enakopravnosti pogosto ni realno izvedljiva v družbeni praksi (v nekaterih primerih tudi je) - česar se zaveda tudi avtor sam, vendar se s tem vprašanjem ne ukvarja - je v smislu širše opredeljenega pojma enakopravnosti potrebno iskati takšne rešitve, ki vodijo k čim popolnejši dejanski uresničitvi enakopravnosti jezikov in pisav. Če tako praktično ni mogoče voditi postopka pred sodiščem v štirih (enakopravnih) jezikih hkrati, potem je potrebno poskusiti "enakopravnost" vzpostaviti na kak drug način npr. tako, da narodi in narodnosti v republikah in pokrajinah, vsak na svojem območju določijo jezik, v katerem naj poslujejo državni in drugi organi in organizacije. Nesmiselno bi bilo zahtevati v postopkih hkratno uporabo vseh enakopravnih jezikov - to zagotovo ni bilo v namenu ustavodajalca. Ratio 1. odst. 246. čl. zvezne Ustave je v želji, omogočiti posameznemu jugoslovanskemu narodu, da sam izbere najustreznejši jezik za uradno rabo na svojem območju. (Glej npr. 212. čl. Ustave SRS ter 173. člen Ustave SR Makedonije.)

Podobno razmišlja Šoškič, ko pravi:

"Jezik naroda koji je uvek u službenoj upotrebi u sudu ne znači narušavanje načela ravnopravnosti jezika i pisma i narodnosti (poudarek dodan). Pravo na upotrebu sopstvenog jezika (čl. 214 st. 2 Ustav SFRJ), predstavlja realizaciju ustavnog načela o ravnopravnosti jezika i pisma naroda i narodnosti Jugoslavije." (Šoškič, *Upotreba jezika u krivičnom postupku*, JRKK, 3, 25, Beograd 1987, str. 105). Avtor v nadaljevanju (str. 104, 105) poudarja, da bi bilo potrebno v Ustavi SR Srbije izrecno navesti, kateri naj bo "službeni jezik" v Srbiji - predlaga torej tisto, kar je v Sloveniji že udejanjeno v členu 212 Ustave SRS.

Glede hkratne uporabe enakopravnih jezikov in pisav naj opozorimo, da je načelo uresničeno npr. na jugoslovanskih bankovcih in da nedvomno obstoje že številne druge možnosti za njegovo uresničenje. Glede možnosti za praktične izvedbe načela enakopravnosti jezikov in pisav je bilo že veliko rečeno, pa tudi napisano; glej npr. Avšič, *O povečevalnem jeziku NOB Slovenije*, Nova revija, št. 50-51/1986, str. 1146-1152; Miladinović, *O ravnopravnosti jezika i pisama u Jugoslovenskoj narodnoj armiji*, Borba, Beograd, 29.12.1969, str. 10; Rugelj, *Se enkrat: zakaj slab odziv v vojaške šole in akademije?*, Teorija in praksa, št. 10, Ljubljana 1970, str. 1449-1454 (glej predvsem str. 1452-1454); Janša, *Vprašanje slovenskega jezika v JLA*, Problemi, št. 1, XXIV, Ljubljana 1986, str. 62-70; Božič, *Najnevarnejši napad na slovensščino*, 2000, Časnik za mišljenje, umetnost, kultura in religiozna vprašanja, št. 33/34, Ljubljana 1987, str. 270-271; Toporišič, *Enakopravnost slovensčine v Jugoslaviji kot teorija in praksa*, Naši razgledi, št. 10, 1984, str. 655-656; Milošević, *O ravnopravnosti pisama u JNA*, Časopis za kritiko znanosti, št. 99/100, 1987, str. 33-37; Nasilno vzdrževan privilegij, Teleks, št. 33, 1988, str. 23/24; itd.

212. člena Ustave SRS. Le-ta namreč *neposredno*<sup>134</sup> *določa, kakšna mora biti ta izbira* ali, drugače povedano, kateri jezik *mora* vojaško sodišče izbrati in uporabljati pri vodenju postopka na območju SR Slovenije.<sup>135</sup> Mogoča je edino "izbira" slovenskega jezika (izbire v pravem pomenu besede slovenska Ustava tu ne dopušča).<sup>136</sup>

Vojaško sodišče bi torej postopek zoper četverico *moralo voditi v slovenščini*. Tako morajo v prihodnje vojaška sodišča pri vodenju postopkov v SR Sloveniji,<sup>137</sup> v skladu z 212. členom Ustave SRS, uporabljati slovenski jezik - to velja tudi za vojaško tožilstvo. Čeprav je takšna rešitev v nekaterih aspektih problematična (o tem v nadaljevanju), pa bi

- 134 212. člen Ustave SRS je neposredno uporabljivo določilo, kar pomeni, da ga ni nujno potrebno normativno konkretizirati v zakonu, samoupravnih splošnih aktih in drugih virih prava. To določilo spada namreč med ustavne svoboščine, pravice in dolžnosti človeka in občana, ki jih ureja 4. poglavje slovenske Ustave in jih udejanjamo že na temelju Ustave.

Kušej-Pavčnik-Perenič, *UVOD V PRAVOZNAJSTVO*, ČZ Ur. list SRS, Ljubljana, 1986, str. 132.

Za takšno neposredno uporabljivost mora ustavno določilo izpolnjevati dva pogoja (o tem glej Jovičić, *Moč i nemoć ustava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, št. 4, Beograd 1985, str. 687):

"1) Pogoj *formalne* narave je v tem, da je besedilo ustavnega določila na "ustrezni ravni", to pomeni, da mora biti jasno, precizno in vsem razumljivo.

2) *Vsebinski pogoj* je v predpostavki, da je v danem trenutku to določilo kot takšno bolj ali manj splošno sprejemljivo za naslovljence."

212. čl. Ustave SRS izpolnjuje oba pogoja.

- 135 "Državni suverenitet se izmedu ostaloga izražava i kroz službenu upotrebu jezika naroda koji živi pod jurisdikcijom odnosno države. Može se reći, da je službeni jezik u izvesnom smislu emanacija državnosti."

(Prevod: "Državna suverenost se med drugim izraža tudi skozi uradno rabo jezika naroda, ki živi pod jurisdikcijo določene države. Lahko se reče, da je uradni jezik v nekem smislu emanacija državnosti." (Šoškić, *op. cit.*, str. 104)

V tem smislu je slovenski jezik "emanacija" slovenske državnosti.

- 136 *Zakon o temeljih sistema državne uprave in o zveznem izvršnem svetu ter zveznih upravnih organih* (Ur. list SFRJ, št. 23-405/78) v 178. členu določa:

"Pri delu zveznega izvršnega sveta, zveznih upravnih organov in zveznih organizacij so v uradni rabi jeziki narodov Jugoslavije, ki jih *določajo republiške Ustave* (poudarek dodan), jeziki narodnosti Jugoslavije pa v skladu z določbami tega zakona."

To določilo, ki se na območju Slovenije udejanja tudi v praksi (npr. carinski organi in organi devizne inšpekcije poslujejo v slovenskem jeziku), predstavlja (analogno) močan dodatni argument za zahtevo po doslednem spoštovanju 212. člena Ustave SRS s strani vojaških sodišč v SR Sloveniji. 178. člen navedenega zakona je mogoče razumeti le kot izraz težnje, da se uradni jezik v tistih institucijah oz. organih, ki so *skupnega pomena* za jugoslovanske narode in narodnosti, določa suvereno v okviru republik, razen jezikov narodnosti, za katere veljajo določbe zakona. Če torej že kdo uvršča vojaška sodišča v okvir JLA, pa vsekakor ne more zanikati njihovega *skupnega pomena* oz. skupen pomen JLA za vse jugoslovanske narode in narodnosti. Takšen dodatni argument pa sploh ni potreben, če pristanemo na mnogo bolj sprejemljivo ugotovitev, po kateri so vojaška sodišča (specializirani) del rednega sodstva oz. pravosodnega sistema, kajti v tem primeru ni dvoma o tem, da morajo dosledno spoštovati 212. člen Ustave SRS.

- 137 To velja za kazenske in pravdne postopke pred vojaškimi sodišči v SR Sloveniji. Pravdni postopki pred vojaškimi sodišči se vodijo v skladu z določbami *Zakona o pravdnem postopku* (Uradni list SFRJ št. 4/77), če ni z *Zakonom o vojaških sodiščih* drugače določeno. Odstopanja od določb *Zakona o pravdnem postopku* skoraj ni (glej čl. 79 Zakona o vojaških sodiščih).



drugačna rešitev (v veljavni pravni ureditvi) pomenila (oz. pomeni v postopku zoper četverico) kršitev slovenske Ustave,<sup>138</sup> v kar seveda nikakor ne gre privoliti.

### 5.7. Ali velja 212. člen slovenske Ustave tudi za pripadnike drugih narodnosti

Vprašanje ustreznosti 212. čl. Ustave SRS se zastavlja kadar so npr. vsi udeleženci v postopku pred vojaškim sodiščem na območju SR Slovenije pripadniki oboroženih sil in ni nobeden od njih slovenske narodnosti. V takšnih primerih torej ustavno določilo obvezuje vojaško sodišče, da vodi postopek v slovenščini, čeprav udeležencem postopka bolj ustreza uporaba jezika kakšnega drugega jugoslovanskega naroda. Kaj storiti v takšnih in podobnih primerih?

1. Problem lahko poizkusimo rešiti z vsakokratno vzpostavitev povezave med konkretnim primerom (postopkom pred Vojaškim sodiščem v SR Sloveniji) ter enim izmed dveh ustavnih določil: ali z 212. čl. Ustave SRS ali pa s 1. odst. 243. čl. Ustave SFRJ. Slednji se glasi: "V oboroženih silah Socialistične federativne republike Jugoslavije se v skladu z Ustavom SFRJ zagotavlja enakopravnost jezikov narodov in narodnosti Jugoslavije in njihovih pisav."

Pri sklicevanju na eno izmed obeh navedenih ustavnih določil naj bo torej odločilna tesnost povezave med njim ter konkretno situacijo, ki jo želimo temu določilu podrediti. Drugače povedano, ugotoviti moramo, s katerim od obeh ustavnih določil (ali 212. čl. Ustave SRS ali 243. čl. Ustave SFRJ) je postopek močnejše povezan (imenujmo to *argument koneksnosti*) ter se nato v skladu z izbranim določilom opredeliti za uradni jezik tega postopka. Če so torej vsi udeleženci postopka pripadniki oboroženih sil, je moč sklepati, da je postopek koneksen z 243. čl. Ustave SFRJ, zato bo vojaško sodišče (na območju SR Slovenije) v skladu s tem določilom izvedlo postopek v tistem jeziku enega izmed jugoslovanskih narodov,<sup>139</sup> ki udeležencem postopka (prvenstveno strankam) najbolj ustreza.<sup>140</sup>

138 Ta kršitev učinkuje v postopku zoper četverico še posebno absurdno, saj so bili trije obdolženci in zaslišane pričë slovenske narodnosti, četrtemu obdolžencu je slovenščina materin jezik. Poleg tega pa naj bi bili nekateri uporabljeni dokazi pisani v slovenščini.

139 Kriterije za izbiro uradnega jezika bi bilo potrebno podrobneje izoblikovati, pri čemer bi morala priti v poštev predvsem narodnostna pripadnost strank (v kazenskem postopku narodnost obdolžencev) ter njihove želje, vojaška sodišča pa bi morala pokazati posluš tudi za zahteve javnosti, v katere imenu sodijo. Na stranke se ozira tudi 21. člen Poslovnika o delu vojaških sodišč: "Kad sodenju prisostvujejo stranke, veče odločuje -- imajuci u vidu predloge stranaka -- na kojem jeziku naroda Jugoslavije će se voditi postupak." *Poslovník vojnih sudova prvog stepena*, Vojaški uradni list 18/1977, člen 21. (Neuradni prevod: "Kadar sojenju prisostvujejo stranke, odloči senat -- glede na predloge stranak -- v katerem od jezikov narodov Jugoslavije bo tekel postopek.") Ni dvoma, da je proces v Ljubljani kršil celo to liberalno določbo 21. člena Poslovnika, ker se senat ni oziral na predloge strank.

140 Seveda ni treba posebej poudarjati, da 243. čl. Ustave SFRJ ne izključuje izbire

V praksi so seveda pogosti "vmesni primeri", v katerih ni povsem jasno, ali bi jih (v skladu z argumentom koneksnosti) podredili 212. čl. Ustave SRS ali 243. čl. Ustave SFRJ.<sup>141</sup> Za takšne primere bi bilo potrebno oblikovati enotne kriterije, pri tem pa izhajati iz naslednje načelne zahteve: V vsakem nejasnem "vmesnem primeru" ter v takem, v katerem je navezanost na 243. čl. Ustave SFRJ šibka, je potrebno uporabiti 212. čl. Ustave SRS. Le če je koneksnost med okoliščinami primera in 243. čl. Ustave SFRJ očitna in močna, se lahko vojaško sodišče v SR Sloveniji ravna po tem določilu in izkoristi možnost izbire najprikladnejšega jezika za vodenje postopka.<sup>142</sup>

Toda tako predstavljen argument koneksnosti je sporen oz. ni sprejemljiv predvsem iz naslednjih razlogov:

a) Nejasen oz. problematičen status vojaških sodišč<sup>143</sup> ne dopušča zanesljive trditve o tem, da sodijo obravnavanja pred vojaškimi sodišči v domeno oboroženih sil SFRJ, kar je temeljna zahteva za uporabo 243. čl. Ustave SFRJ.<sup>144</sup>

b) Niti Ustava SFRJ niti Ustava SRS in prav tako tudi Zakon o vojaških sodiščih nimajo določila, ki bi pooblašalo sodišče, da lahko samo opravi izbiro jezika, v katerem bo vodilo postopek.<sup>145</sup> Zato bi bila nesprejemljiva takšna uporaba oz. naslonitev na 243. čl. Ustave SFRJ, ki bi sodišču takšno izbiro (v posameznem primeru) dopustila. Izbiro jezika za vodenje postopkov je za območje SR Slovenije že opravil ustavodajalec (212. čl. Ustave SRS) in s tem vse subjekte, ki vodijo postopke in odločajo o pravicah in dolžnostih enotno zavezal k izključni uporabi slovenščine.

c) 1. odstavek 243. čl. Ustave SFRJ je le ponovitev 1. stavka 1. odstavka 246. čl. Ustave SFRJ.<sup>146</sup> Namen te ponovitve je

---

slovenščine za uradni jezik v postopku pred vojaškimi sodišči.

141 "Vmesne primere" predstavljajo vsi tisti postopki pred vojaškimi sodišči, v katerih so le nekateri udeleženci pripadniki oboroženih sil.

142 Zato morajo člani vojaških sodišč obvladati vse enakopravne jezike. Pragmatičen pogled na koristnosti uporabe 212. čl. Ustave SRS je naslednji: lažje je obvladati slovenski jezik in izključno v njem voditi postopke (v skladu z 212. čl. Ustave SRS), kot pa se naučiti vseh enakopravnih jezikov, kar je temeljna predpostavka za izbiro jezika postopka v skladu z 243. čl. Ustave SFRJ.

143 Status vojaških sodišč ni povsem razjasnjen. Označimo jih lahko kot specializirana redna sodišča (Strobl, Kristan, Ribičič, op. cit., str. 268).

Sklicevanje na 243. čl. Ustave SFRJ je neustrezno, če se zedinimo v ugotovitvi, da vojaška sodišča niso del JLA in s tem oboroženih sil ter jih štejemo v celoti za integralni del rednega sodstva. Za redna sodišča velja na območju SR Slovenije glede uporabe jezika v postopkih dolžnost izključne uporabe slovenščine (v skladu z 212. čl. Ustave SRS).

144 243. čl. Ustave SFRJ namreč pravi, da se v oboroženih silah zagotavlja enakopravnost jezikov in pisav.

145 Izbiro jezika postopka s strani vojaškega sodišča dopušča določilo 21. čl. Poslovnika vojaških sodišč prve stopnje, ki je kot tako neustavno (glej op. 123).

146 Ta stavek se glasi: "Jeziki narodov in narodnosti in njihove pisave so na območju Jugo-



poudariti, da je potrebno enakopravnost (jezikov in pisav) zagotoviti tudi v oboroženih silah.<sup>147</sup> In ker pravi 243. čl. Ustave SFRJ, da se zagotavlja enakopravnost jezikov in pisav v oboroženih silah "v skladu z Ustavo SFRJ", predstavlja 2. stavek 1. odstavka 246. čl. zvezne Ustave<sup>148</sup> konkretizacijo (*lex specialis*) 243. čl. Ustave SFRJ, glede uradne rabe jezikov v Jugoslaviji (in s tem tudi v oboroženih silah). Ker pa je slovenski ustavodajalec v skladu s 1. odst. 246. čl. zvezne Ustave za jezik poslovanja pri opravljanju družbene službe na območju SR Slovenije določil slovenski jezik (212. čl. Ustave SRS), morajo tudi vojaška sodišča<sup>149</sup> v Sloveniji poslovati v slovenščini.

2. Pri iskanju rešitve za primere, ko so udeleženci postopka pripadniki oboroženih sil (JLA) oz. niso slovenske narodnosti, je potrebno razmisliti tudi o ustreznosti morebitne dopolnitve 212. čl. Ustave SRS. Takšna dopolnitev seveda nikakor ne bi smela spremeniti bistva tega določila (načela), pač pa bi le uvedla izjemo od sedanje rešitve. Izjema bi se nanašala izključno na tisti krog primerov (postopkov pred vojaškimi sodišči na območju SR Slovenije), v katerih bi vsi udeleženci, pripadniki oboroženih sil, pristali na to, da se postopek ne vodi v slovenskem jeziku (seveda bi bilo za takšno odločitev potrebno izoblikovati še nadaljnje kriterije).

Vendar tudi dopolnitev 212. čl. Ustave SRS ni primerna rešitev, to pa predvsem zaradi naslednjega:

a) 212. čl. Ustave SRS je izraz suverenosti in zgodovinskih teženj slovenskega naroda. Še posebno v zadnjem času je slovenska javnost večkrat odločno zahtevala dosledno spoštovanje 212. čl. Ustave SRS in tako le ponovno potrdila, da se strinja s sedanjo ustavno ureditvijo glede uporabe jezika. Zato bi ne bilo sprejemljivo, če bi se slovenska skupščina odločila za tak ustavni poseg, kot je dopolnitev 212. čl. Ustave SRS.

b) Dopolnitev 212. čl. Ustave SRS, ki bi dopustila izjemno obravnavanje določene vrste primerov, bi omogočila številne prekoračitve ter zlorabe. Težko si je namreč predstavljati, da bi bila lahko dopolnitev 212. čl. Ustave SRS tako jasna in izčrpna, da bi vojaškemu sodiščem ne dopuščala določene diskrecijske presoje glede izbire jezika postopka.

---

slavije enakopravni."

147 S tem je ustavodajalec poudaril, da so oborožene sile le integralni del federacije, za katerega naj, razen nujnih izjem, veljajo splošna (za vse subjekte enotna) pravila.

148 Ta stavek se glasi: "V Socialistični federativni republiki Jugoslaviji so v uradni rabi jeziki narodov, jeziki narodnosti pa v skladu s to ustavo in zveznim zakonom."

149 Ni sprejemljivo stališče, da 212. čl. Ustave SRS ne velja za vojaška sodišča v SR Sloveniji. To določilo so namreč dolžni spoštovati vsi državni in drugi organi, samoupravne skupnosti itd.

že omenili, vplivanje sodišča na izbiro jezika za vodenje postopka ni sprejemljivo; kriteriji za uporabo jezika v postopku morajo biti v celoti podani v ustreznem pravnem aktu (ustavi, zakonu), saj je le tako zagotovljena pravna varnost državljanov oz. občanov.

3. Najboljše oz. edino sprejemljivo rešitev predstavlja torej dosledno spoštovanje 212. čl. Ustave SRS.<sup>150</sup> Na območju SR Slovenije morajo tako vojaška sodišča v skladu s tem določilom vse postopke voditi v slovenskem jeziku. Tej zahtevi morajo nemudoma prilagoditi sestave svojih senatov.

## 5.8. V čem je problematika 2. odstavka

### 243. člena Ustave SFRJ

Izjemo od splošnega ustavnega načela enakopravnosti jezikov in pisav dopušča 2. odst. 243. čl. Ustave SFRJ, ki pravi: "Pri poveljevanju in vojaškem pouku v Jugoslovanski ljudski armadi se lahko v skladu z zveznim zakonom uporablja eden od jezikov narodov Jugoslavije, v njenih delih pa jeziki narodov in narodnosti." Zakonodajalec je to ustavno možnost izkoristil tako, da je v 2. odst. 98. čl. Zakona o splošni ljudski obrambi<sup>151</sup> določil, da se pri poveljevanju in vojaškem pouku v JLA uporablja srbsko-hrvatski oz. hrvatsko-srbski jezik. Takšna pravna ureditev je problematična predvsem z dveh vidikov.

150 Ta rešitev le na videz ni najboljša v primerih, ko so vsi udeleženci v postopku pripadniki oboroženih sil in niso slovenske narodnosti oz. jim slovenščina ni materni jezik. Vsem tem udeležencem je namreč na njihovo željo sodišče dolžno zagotoviti tolmača in tako spoštovati njihovo ustavno pravico do uporabe njihovega jezika v postopku. Takšni primeri so nekaj povsem normalnega v postopkih pred drugimi rednimi sodišči v SR Sloveniji in (*mutatis mutandis*) v drugih delih Jugoslavije. Takšni primeri torej niso prepričljiv argument za odstopanje od dosledne uporabe 212. čl. Ustave SRS.

151 Uradni list SFRJ, št. 21/1982, 2. odstavek 98. čl. se glasi: "U komandiranju i vojnoj obuci u Jugoslovenskoj narodnoj armiji upotrebljava se hrvatskosrpski odnosno srpskohrvatski jezik." (Prevod: "Pri poveljevanju in vojaškem pouku v JLA se uporablja hrvaškosrbski oziroma srbskohrvaški jezik.") Vendar ne smemo spregledati, da nudi tudi sedanja pravna ureditev možnost določenega odstopanja od izključne uporabe srbohrvaščine pri poveljevanju in vojaškem pouku v JLA. 98. čl. ZSLO namreč v nadaljevanju pravi: "U komandiranju i vojnoj obuci u pojedinim jedinicama i ustanovama Jugoslovenske narodne armije može se upotrebljavati i drugi jezik naroda ili narodnosti Jugoslavije, ako upotreba tog jezika, s obzirom na sastav pripadnika jedinica odnosno ustanove osigurava uspješno komandiranje i uspješnu obuku." (Prevod: "Pri poveljevanju in vojaškem pouku v posameznih enotah in ustanovah JLA se lahko uporablja tudi drug jezik naroda ali narodnosti Jugoslavije, če uporaba tega jezika, glede na sestavo pripadnikov enot oziroma ustanov, zagotavlja uspešno poveljevanje in uspešen pouk."). 3. odst. 98. čl. ZSLO.

"Savezni sekretar za narodnu obranu utvrđuje koje jedinice i ustanove Jugoslovenske narodne armije udovoljavaju uvjetima iz stava 3 ovog člana i određuje koji će se jezik naroda odnosno narodnosti Jugoslavije upotrebljavati u komandiranju i vojnoj obuci u tim jedinicama odnosno ustanovama. (Prevod: "Zvezni sekretar za ljudsko obrambo ugotavlja katere enote in ustanove JLA izpolnjujejo pogoje iz 3. odstavka tega člena in določa, kateri jezik naroda oziroma narodnosti Jugoslavije se bo uporabljal pri poveljevanju in vojaškem pouku v teh enotah oziroma ustanovah"), 4. odstavek 98. čl. ZSLO.

Zvezni sekretar za ljudsko obrambo lahko tako določi, da se v določenih okolišnih znotraj JLA (kot je to primerno) pri poveljevanju in vojaškem pouku uporablja tudi slovenski jezik ali jezik katerega drugega jugoslovanskega naroda ter narodnosti.



1. JLA v vsakodnevni praksi prekoračuje navedeno ustavno (243. čl. Ustave SFRJ) in zakonsko (čl. 98. ZSLO) pooblastilo in s tem neposredno krši ustavno načelo o enakopravnosti jezikov in pisav narodov in narodnosti Jugoslavije.<sup>152</sup>

Takšno nezakonito in protiustavno prakso JLA je potrebno takoj odpraviti ter omejiti izključno uporabo srbohrvaščine na komuniciranje v okviru poveljevanja in vojaškega pouka. To seveda ne pomeni izključitve srbohrvaškega jezika iz drugih oblik komunikacije v JLA. Na drugih področjih dejavnosti JLA so namreč jeziki in pisave narodov in narodnosti Jugoslavije enakopravni, kar pomeni, da lahko vsak pripadnik JLA uporablja tisti jezik (oz. pisavo), ki mu najbolj usteza, medtem pa je hkrati dolžan spoštovati to isto pravico pri tistem s katerim se sporazumeva.<sup>153</sup>

2. Zastavlja se tudi vprašanje, ali je določilo 2. odstavka 243. člena Ustave SFRJ sploh primerno, torej ali je dopustitev izjeme od splošnega načela enakopravnosti jezikov in pisav sploh sprejemljivo.

Ustavodajalec oz. zakonodajalec je pri sprejemanju rešitve iz 2. odst. 243. člena Ustave SFRJ ter 2. odst. 98. čl ZSLO izhajal iz nekaterih specifičnih zahtev delovanja in organiziranosti JLA.<sup>154</sup> Takšne zahteve nedvomno obstoje, toda nikakor jim ne gre prirejati temeljna ustavna načela, kot je načelo enakopravnosti jezikov in pisav narodov in narodnosti Jugoslavije. Takšno prirejanje mora v prihodnje ubrati obratno smer. Vse specifičnosti delovanja JLA je potrebno nemudoma prilagoditi temeljnim ustavnim izhodiščem (načelom), seveda ne na škodo njene učinkovitosti. Volja za doslednega spoštovanja načela enakopravnosti jezikov in pisav je bila že večkrat izražena tudi s strani JLA,<sup>155</sup>

152 Naj navedem le nekatere primere teh kršitev: v srbohrvaščini poteka v JLA administracija, medsebojno komuniciranje (npr. naslavljanje, predstavljanje, zglasitev, raport, uradni pogovor), razne vojaške slovesnosti (slovesna prisega, dodeljevanje vojaških zahtev, primopredaja dolžnosti, proslave vojaških in državnih praznikov, parade, pogrebi, komemoracije, itd.), sestanki vojaških kolektivov. Zgolj v srbohrvaščini se pojavljajo tudi napisi na vojašnicah. Jasno je torej, da srbohrvaški jezik v praksi ni omejen zgolj na poveljevanje in vojaški pouk.

153 Tako lahko npr. Slovenec - pripadnik JLA uporablja pri vsakem komuniciranju, ki ne sodi v okvir poveljevanja oz. vojaškega pouka jezik kateregakoli jugoslovanskega naroda ter narodnosti.

154 "V polemikah, ki jih je bilo tu in tam zaslediti v časopisju in revijah ter v skupščinskih klopeh konec 60. in v začetku 70. let so bili kot protiargument enakopravnosti jezikov v JLA ponujeni predvsem naslednji razlogi:

a) Tehnične težave, ki bi nastopile v tem primeru pri poveljevanju, prevajanju navodil, uporabi tehničnih sredstev itd.

b) Pomanjkanje strokovnih izrazov, literature in tradicije v jezikih nesrbohrvaško govorečih narodov in narodnosti." (Janez Janša, *Vprašanje slovenskega jezika v JLA*, Problemi, št. 1, XXIV, Ljubljana, 1986, str. 66-67)

Avtor v nadaljevanju ugotavlja, da je za takšno "protiargumentacijo" značilno, da je navajala razne težave in druge težave in ni neposredno napadala samega bistva enakopravnosti jezikov.

155 Naj navedem dva primera. Decembra 1969 je Državni sekretariat za ljudsko obrambo prek svojih predstavnikov predstavil svoj pogled na enakopravnost jezikov in pisav v

mnoge argumentirane ugotovitve pa dokazujejo, da omejene specifične zahteve le niso tako specifične, kot jih želijo nekateri prikazati in ne zahtevajo nujno odstopanj od omejenega načela enakopravnosti.

Takšno stanje narekuje takojšnje preučitev možnosti odprave določila 2. odst. 243. čl. Ustave SFRJ ter celotnega 98. čl. ZSLO za namenom, ustavnopravno zagotoviti pogoje<sup>156</sup> za dejansko uresničitev načela enakopravnosti jezikov in pisav v JLA. K temu napotujejo tudi pomembne tuje izkušnje.<sup>157, 158</sup>

JLA. Navajam nekaj citatov iz povzetka, ki ga je napravil generalmajor Miladinović (Veljko Miladinović, *O ravnopravnosti jezika i pisama u Jugoslovenskoj narodnoj armiji*, Borba, Beograd, 29/12 1969, str. 10): "I sadašnja općenarodna obrana ... polazi od bitnih interesa svakog naroda i svih njih skupa da zajednički žive, stvaraju i grade svoju sudbinu i brane zajednicu ravnopravnih naroda, ako bude ugrožena. Takva osnova sasvim prirodno ukazuje na potrebu, da se i u oružanim snagama ostvaruju načela o ravnopravnosti jezika. ... Kada su u pitaju jedinice teritorialne obrane, stvar je jasna. Jezik u njima je jezik sredine u kome se formiraju." (Naj opozorim na to, da 306.

čl. Ustave SR Slovenije določa: "Poveljevanje in pouk v enotah, štabih in drugih organih teritorialne obrambe se opravljata v slovenskem jeziku, v posameznih enotah pa glede na njihovo sestavo tudi v jezikih narodov in narodnosti Jugoslavije.") ... "U JNA, medutim, zbog specifičnosti organizacije i rada u njoj, neka rješenja zahtijevaju potrebno proučavanje i duže vrijeme, da bi se mogle poduzeti mjere koje znače potpuno ostvarenje načela o ravnopravnosti jezika ... U pogledu mnogih djelatnosti i slično može se očekivati da će već sredinom iduće godine biti donesena potrebna rješenja i sasvim je realno da će se na tim područjima moći znatno proširiti upotreba jezika naroda i narodnosti. S područjima komandiranja, nastave i administracija ići će nešto teže i bit će potrebno duže vrijeme da se zamisljen program rada realizira." (Prevod: "Tudi današnja splošna ljudska obramba... izhaja iz bistvenih interesov vsakega naroda in vseh njih skupaj, da skupno živijo, ustvarjajo in gradijo svojo usodo in branijo skupnost enakopravnih narodov, če bo ogrožena. Takšna osnova povsem naravno kaže na potrebo, da se tudi v oboroženih silah uresničujejo načela o enakopravnosti jezikov... Glede enot teritorialne obrambe je stvar jasna. Jezik v njih je jezik okolja, v katerem se formirajo...V JLA pa zaradi specifičnosti organiziranosti in dela v njej, določene rešitve zahtevajo potrebno preučevanje in daljši čas, da bi se lahko izvedli ukrepi, ki pomenijo popolnejšo uresničitev načela enakopravnosti jezikov...Glede mnogih dejavnosti je pričakovati, da bodo že v sredini naslednjega leta sprejeti potrebni sklepi in povsem realno je, da se bo na teh področjih lahko bistveno razširila uporaba jezikov narodov in narodnosti. Na področjih poveljevanja in pouka ter administracije bo šlo malo težje in potrebno bo dalj časa, da se zamisljen program dela realizira.", V nadaljevanju teksta je še poudarjeno, da je potrebno vprašanja glede jezika poveljevanja in vojaškega pouka še dodatno proučiti.

8. 5. 1970 so bili na seji komiteja konferencie zveze komunistov v armadi v razširjeni sestavi obravnavani mednacionalni odnosi v armadi. V zvezi z uporabo ustavnih načel o enakopravnosti jezikov je bilo med drugim sprejeto tudi naslednje stališče: "Iako je većina stariješina i vojnika sa srpsko-hrvatskog područja, ne može biti 'normalno' da se u Armiji samo na ovom jeziku komunicira i vodi administracija. Nije tu riječ o stvaranju 'nacionalnih' armija, nego upravo o jedinstvu općenarodne obrane u kojoj će svi narodi, sve narodnosti, imati svoje mjesto i obaveze." (Prevod: "Čeprav je većina starešin in vojakov iz srbskohrvatskega govornega področja, ne more biti 'normalno', da se v armadi komunicira in vodi administracija samo v tem jeziku. Tu ne gre za ustanavljanje 'nacionalnih' armad, temveč gre prav za enotnost splošne ljudske obrambe, v kateri bodo vsi narodi in vse narodnosti imeli svoje mesto in obveznosti.") (Sjednica Komiteta konferencie saveza komunistu u Armiji, Nacionalna ravnopravnost sastavni dio života Armije, Borba, št. 6 (XXXV), Zg. 9/5 1970, str. 6.)

156 Naj primeroma opozorim le na dejstvo, da imamo Slovenci povsem ustreznega vojaška povelja tudi v slovenskem jeziku, kar seveda pomeni, da srbohrvaški poveljalni jezik ni tako "specifičen", da bi ga v določenem okolju znotraj JLA ne mogel uspešno nadomestiti slovenski poveljalni jezik. O slovenskem poveljevalnem jeziku glej Jaka Avšič, *O poveljevalnem jeziku NOB Slovenije*, Nova revija, št. 50/51, Ljubljana, 1986. Avtor navaja tudi posamezna povelja v slovenščini - ta so izvirno navedena v formalnem odloku o slovenskem poveljevanju, ki ga je izdal GS NOV in PO Slovenije.

157 Jugoslovanski pravni predpisi (tudi ustavni) se, kot je to splošno znano, pogosto ne-



## 5.9. Sklepne ugotovitve

1. Ustavno določilo 212. čl. Ustave SRS je izraz suverenosti slovenskega naroda in njegove enakopravnosti z drugimi narodi in narodnostmi Jugoslavije.

2. Načelo enakopravnosti jezikov in pisav narodov in narodnosti Jugoslavije je izraz splošne(iše)ga načela enakopravnosti narodov in narodnosti Jugoslavije. Kršitev prvega načela pomeni hkrati vedno tudi kršitev slednjega.

3. Določilo 2. odstavka 212. člena Ustave SRS je skladno z določilom 1. odst. 246. čl. Ustave SFRJ.

4. Na območju SR Slovenije morajo (tudi) vojaška sodišča v skladu z 212. čl. Ustave SRS voditi postopke oz. opravljati družbeno službo izključno v slovenskem jeziku.

5. Tudi tiste postopke pred vojaškimi sodišči v SR Sloveniji, v katerih so udeleženci pripadniki oboroženih sil SFRJ oz. niso slovenske narodnosti ter jim slovenščina ni materin jezik, morajo ta sodišča voditi v slovenskem jeziku. Drugi udeleženci lahko v postopku(ih) svobodno in enakopravno uporabljajo svoj jezik, kar jim omogoči sodišče s postavitvijo sodnega tolmača(ev).

6. Druge (predstavljene) rešitve glede uporabe jezika v postopkih pred vojaškimi sodišči v SR Sloveniji ("argument koneksnosti", dopolnitev Ustave SR Slovenije) so neprimerne.

7. Zakon o vojaških sodiščih je potrebno uporabljati skladno z 212. čl. Ustave SRS, kar vodi k (sklepni) ugotovitvi navedeni zgoraj pod 4.

8. Določilo 21. čl. Poslovnika je neustrezno, ker ni skladno z členom 246 Ustave SFRJ in tudi ne z 212. čl. Ustave SRS. 21. čl. Poslovnika je potrebno zato razveljaviti ali pa ga v prihodnje šteti za neveljavnega na območju SR Slovenije, njegovo učinkovanje pa dopustiti v drugih republikah in avtonomih pokrajinah, kolikor ni v nasprotju z njihovimi ustavnimi ureditvami.

---

sankcionirano kršijo, zato ni dovolj le v formalnih pravnih aktih, (ustavi, zakonu, podzakonskih akti) zaželeno zapisati, temveč je potrebno zagotoviti tudi izvajanje veljavnih pravnih predpisov.

- 158 Janez Janša, *op. cit.* str. 66, ugotavlja, da so pri urejanju jezikovnih vprašanj nekatere večnacionalne armade dosegle velik napredek. *Sviciarska* vojska uporablja različne jezike, ki so praktično enakopravni. V *belgijski* armadi v nekaterih enotah uporabljajo flamščino, v drugih pa valonščino. Kljub temu, da je na *Finskem* manj kot devet odstotkov švedskega prebivalstva, določa *finska* Ustava pravico do uporabe švedskega jezika v *finski* armadi. V *Kanadi* sta v oboroženih silah angleščina in francoščina enakopravni od leta 1966. Celo armada *ZDA* razporeja vojake, ki ne obvladajo dobro angleščine v posebne ločene skupine za pouk. Iz teh dejstev črpa avtor ugotovitve, da uvedba enakopravnosti jezikov v armadi ne predstavlja posebnega problema s tehničnega vidika in da raba različnih nacionalnih jezikov v armadi ne vpliva negativno na bojno pripravljenost oboroženih sil.

9. Vojaška sodišča v SR Sloveniji morajo svoje sestave nemudoma prilagoditi zahtevi iz 212. čl. Ustave SRS in opravljati v bodoče družbeno službo v slovenskem jeziku.

10. Pristojni organi naj preučijo možnosti, ki jih ponujata 3. in 4. odstavek 98. čl. ZSLO. Če te možnosti obstoje, jih je treba v praksi izkoristiti in tako uveljaviti večjo enakopravnost jezikov in pisav tudi v okviru poveljevanja in vojaškega pouka v JLA.

11. Določili 243/2 Ustave SFRJ in 98 ZSLO je potrebno dosledno spoštovati. JLA mora nemudoma prenehati s takšno prakso, ki pomeni prekoračitev obeh določil in je kot taka neustavna, saj nasprotuje 1. odst. 246. čl. Ustave SFRJ in 243. čl. Ustave SFRJ.

12. Preučiti je treba možnost odprave 243/2 Ustave SFRJ.<sup>159</sup>

<sup>159</sup> "V oboroženih silah Socialistične federativne republike Jugoslavije se v skladu z Ustavom SFRJ zagotavlja enakopravnost jezikov narodov in narodnosti Jugoslavije in njihovih pisav."



# 6. Človekove pravice

## 6.1. Uvod

Ob postopku proti Borštnerju, Tasiću, Zavrlu in Janši se je med drugimi pravnimi vprašanji pojavilo tudi vprašanje spoštovanja človekovih pravic. Pri tem ne gre le za to, ali so državni organi v konkretnem postopku ravnali zakonito, marveč tudi za to, ali so predpisi, ki so jih uporabili, v skladu s črko in duhom tistih (predvsem ustavnih) določil, ki človekove pravice določajo.

V tem delu besedila nas zanimajo predvsem nekateri vidiki pravice do zagovornika,<sup>160</sup> pravica do neodvisnega in nepristranskega sojenja.<sup>161</sup> Človekove pravice, ki zadevajo kazensko pravo, predvsem kazenski postopek, pravna teorija uvršča med *človekove pravice*. Osebne in politične pravice in svoboščine teorija označuje kot klasične pravice in svoboščine. Poleg njih govorimo še o ekonomskih in socialnih pravicah.<sup>162</sup> Osebne pravice in svoboščine so *zgodovini*

160 1. in 3. odstavek 182. člena Ustave SFRJ in 14. člen, 3. odstavek, točka (b) in (d) Mednarodnega pakta o državljanjskih in političnih pravicah (v nadaljevanju Pakt).

161 219. člen Ustave SFRJ sicer določa le načelo za delovanje sodišč in ne predstavlja osebne človekove pravice, uvrščen je namreč v V. poglavje Ustave "Sodstvo in javno tožilstvo". Kot človekovo pravico pa jo opredeljuje 1. odstavek 14. člena Pakta.

162 Prim. Bartoš, MEDUNARODNO JAVNO PRAVO, Kultura, Beograd, 1954, I., str. 397.

sko najstarejše in najbolj temeljne ter predstavljajo jedro vseh kodifikacij človekovih pravic.<sup>163</sup> Ker veljajo za vse ljudi, niso vezane na nobeno posebno človekovo lastnost ali okoliščino.

Tudi Ustava SFRJ (v nadaljevanju Ustava) implicitno priznava te pravice, kot temeljne. V poglavju o človekovih pravicah loči tri vrste subjektov: "ljudi" (ne glede na državljanstvo), ki imajo človekove pravice, "občane", ki imajo državljanske pravice in "delavce", katerim grede pravice v zvezi z delom.<sup>164</sup>

Da gre v kazenskem postopku za najbolj temeljne človekove pravice kaže tudi dejstvo, da ne veljajo za tiste, ki "spoštujejo pravila igre", torej temeljne družbene norme in vrednote, ampak za tiste, za katere oblasti sumijo, da so ta "pravila igre" prekršili.<sup>165</sup> Tudi možnost omejevanja pravic v kazenskem postopku je omejena na najmanjšo možno mero, ki je nujno potrebna, da bi posamezna dejanja v kazenskem postopku sploh lahko potekala. Ustava na splošno sicer prepoveduje zlorabo pravic<sup>166</sup> in tudi Zakon o kazenskem postopku v 14. členu sodišču nalaga, da si mora prizadevati, da bi postopek izvedlo brez zavlačevanja in da bi onemogočilo kakršnokoli zlorabo pravic, ki jih imajo udeleženci v postopku. Sankcije, ki lahko zadenejo obdolženca, pa so silno omejene.<sup>167</sup> Preiskovalni sodnik ali sodnik za disciplinske prestopke sme priporniku izreči disciplinsko kazen omejitve obiskov in dopisovanja. Zakon posebej določa, da

163 J. Dordević, USTAVNO PRAVO, Savremena administracija, Beograd, 1975, str. 357.

164 V kategoriji ljudi so vsi ljudje, ki so na jugoslovanskem ozemlju, ter vsi, ki spadajo pod jugoslovansko jurisdikcijo, torej tudi tujci. Ustava v 201. členu izrecno določa, da "tujci uživajo v Jugoslaviji svoboščine in pravice človeka, ki jih določa ta ustava, in imajo druge pravice in dolžnosti, ki jih določa ta ustava." Ustavna diktija v primeru osebnih človekovih pravic je npr.: "človekova svoboda je nedotakljiva...", "vsakdo, ki je obdolžen...", "nihče ne sme biti kaznovan za dejanje..." Občani so državljani SFRJ in imajo državljanske pravice, npr.: "občan, ki je dopolnil osemnajst let, ima pravico voliti...", "občani, ki so nezmožni za delo...", "občan ima pravico in dolžnost sodelovati pri družbeni samozaščiti..." Delavci so tisti, ki so zaposleni, njim grede pravice, ki so v zvezi z delom, npr. pravica do zdravstvenega in drugega varstva in do osebne varnosti pri delu.

165 Kobe, *Aktualna vprašanja varstva človekovih pravic in svoboščin v kazenskem postopku*, objavljeno v zborniku UVELJAVLJANJE PRAVIC DELAVCEV IN OBČANOV Z VIDIKA PRAVNIH IN Z NJIMI POVEZANIH ZNANOSTI, Ljubljana, 1983, str. 132.

166 2. odstavek 203. člena Ustave:

"S to ustavo določenih svoboščin in pravic ne sme nihče uporabljati za to, da bi spodkopaval temelje z njo določene socialistične samoupravne demokratične ureditve, ogrožal neodvisnost države, kršil s to ustavo zajamčene svoboščine in pravice človeka in občana, ogrožal mir in enakopravno mednarodno sodelovanje, razpihival nacionalno, rasno in versko sovraštvo ali nestrpnost ali spodbujal h kaznivim dejanjem; teh svoboščin tudi ne sme uporabljati tako, da bi se žalila javna morala. Zakon določa, v katerih primerih in pod katerimi pogoji ima tej ustavi nasprotna uporaba svoboščin za posledico njihovo omejitve ali prepoved njihove uporabe."

167 Nekatere kazni lahko sodišče izreka drugim udeležencem v postopku, obdolženec pa ne. Sankcije za zavlačevanje postopka (denarno kazen) določa 144. člen, 1. odstavek, vendar ne za obdolženca, marveč le za druge udeležence postopka. 1. odstavek 78. člena daje sodniku pravico, da izreka denarne kazni udeležencem v postopku (razen obdolženca), ki žalijo sodišče ali stranke.



se ta omejitve ne nanaša na občevanje pripornika z zagovornikom (204. člen, 1. odstavek ZKP). Preiskovalni sodnik lahko pri preiskovalnem dejanju udeleženca, tudi obdolženca, ki *moti red*, odstrani s kraja, kjer se dejanje opravlja, če njegova udeležba ni potrebna (180. člen ZKP). Na glavni obravnavi lahko predsednik senata po opominu obtoženca, ki *"moti red ali se ne pokori ukazom predsednika senata glede vzdrževanja reda"* odstrani iz sodne dvorane (1. in 2. odstavek 295. člena ZKP). Tudi minimalne možnosti odvzema temeljnih pravic v kazenskem postopku torej kažejo na njihovo izrazito temeljno naravo.

## 6.2. Izvor in pravna narava človekovih pravic

Država ima s svojimi instrumenti prisile dejansko možnost neomejeno posegati v življenje svojih podanikov in pravzaprav ne potrebuje posebnih pravic, pooblastil ali prava sploh, saj si "pravice" lahko enostavno vzame. Pravno rečeno ima država proti državljanom vse pravice, državljanu pa ostanejo le tiste pravice, ki mu jih država (tako, da vanje ne posega) vsakič sproti molče podeli.

V sodobnih pravnih redih, torej ne v dejanskih odnosih, marveč v pravu, je stvar obrnjena. Vse pravice in svoboščine gredo državljanu, omejene so le z zakonom,<sup>168</sup> država pa lahko vanje posega le toliko, kolikor ji to omogočajo zakoni. To imenujemo načelo zakonitosti dela državnih organov,<sup>169</sup> ki je izraženo tudi v Ustavi.<sup>170</sup>

Če izhajamo iz predpostavke, da je človeku dovoljeno vse, kar mu ni izrecno prepovedano, država lahko v njegovo življenje posega le v tistem obsegu, za katerega je posebej z zakoni pooblaščen. *Določila o človekovih pravicah* (vsaj o

168 Izrecno je to določala že francoska Deklaracija o pravicah človeka in državljana (1789), ki v 5. členu izrecno pravi:

"...Vse, kar ni z zakonom prepovedano, je dovoljeno..." V 4. členu pravi: "Svoboda je v tem, da lahko storiš vse, kar ne škoduje drugemu. Izvrševanje naravnih pravic vsakega človeka tedaj nima drugih omejitev kot onih, ki zagotavljajo drugim članom družbe, da uživajo enake pravice. Te meje sme določiti samo zakon."

169 Prim. 5. člen Deklaracije o pravicah človeka in državljana (1789):

"...nikogar ni mogoče prisiliti k nečemu, kar ni z zakonom zapovedano."

11. člen Deklaracije o pravicah človeka in državljana (1793) še jasneje določa:

"Vsako dejanje, opravljeno proti človeku izven primerov in načinov, ki jih predvideva zakon, je samovoljno in nasilno; s silo ga sme odbiti tisti, proti kateremu bi ga hoteli nasilno izvesti."

170 Ustava v 2. odstavku 198. člena pravi:

"Nihče ne sme uporabljati proti drugemu prisile in ne omejevati njegovih pravic, razen v primerih in v postopku, ki jih predpisuje zakon."

212. člen Ustave določa:

"Vsi posamični akti in ukrepi upravnih organov in drugih državnih organov, ki opravljajo izvršilne in upravne zadeve, ter posamični akti organizacij združenega dela in drugih samoupravnih organizacij in skupnosti, ki jih te izdajajo v izvrševanju javnih pooblastil, morajo temeljiti na zakonu ali drugem zakonito izdanem predpisu."

najbolj temeljnih, osebnih pravicah) so deklaratorne, in ne konstitutivne narave).<sup>171</sup> Človeku jih ni podelil zakonodajalec, marveč jih je ta le razglasil in obljubil, da jih bodo on in drugi državni organi spoštovali.

Kljub temu pa so si od oblasti nenehno ogrožene, a dovolj močne družbene skupine v ugodnem času izgovorile temeljne pravice in svoboščine, s katerimi so se na pravni ravni hotele zavarovati pred samovoljo oblasti. Ne glede na filozofski izvor temeljnih pravic, kot so ga opredeljevali misleci ali zakonodajalci, ni dvoma, da imajo človekove pravice korenine v strahu pred samovoljo oblasti in v poskusu, da bi jo, kolikor je to pač mogoče, vnaprej omejili. O samovolji pri zapiranju ljudi je govoril že leta 1679 angleški parlament, ko je sprejel *Habeas Corpus Act*,<sup>172</sup> in leta 1689, ko je izdal Listino pravic (*Bill of Rights*),<sup>173</sup> nanjo se je sklicevala francoska narodna skupščina leta 1789 v Deklaraciji o pravicah človeka in državljana.<sup>174</sup> Tudi v Ustavi že v prvem odstavku preambule in v temeljnih načelih beremo, da je celotna družbena ureditev usmerjena proti samovolji oblasti.<sup>175</sup>

171 Od tod tudi deklaracije o človekovih pravicah.

172 V uvodu in zakon je rečeno:

"Ker se šerifi, ječarji in drugi uradniki, v katerih pripor so bili postavljeni kraljevi podaniki v kaki kazenski ali domnevno kazenski zadevi, poslužujejo dolgih zavlačevanj pri spolnitvi naslovljenih habeas corpus pisanj, s tem, da (pravno) ugovarjajo *habeas corpus* se drugič in tretjič, in včasih še večkrat, ter še z drugimi zvijačami, s katerimi se žele izogniti ubogljivi spolnitvi takih pisanj v nasprotju s svojo dolžnostjo in v nasprotju z znanimi zakoni te dežele, zaradi česar so bili mnogi podaniki v lastno hudo in v lastno škodo dlje časa pridržani v ječi v tistih primerih, ko imajo sicer pravico položiti varščino..."

173 V uvodu med drugim beremo, "glede na to, da se je pokojni kralj Jakob Drugi, njemu pa so pomagali različni in zli svetovalci, sodniki in ministri, ki jih je on zaposlil, trudil, da bi sprevrgel in iztrebil protestantsko vero ter zakone in svoboščine tega kraljestva; s tem, da si je vzel pravico in jo tudi uporabil brez privolitve Parlamenta ukinjati in odlašati zakone in izvrševanje zakonov; s tem da, je zapiral in preganjal različne sicer spoštovanja vredne prelata samo zato, ker so ponižno odrekli svoje soglasje k tako prisvojeni oblasti;... s tem, da je pobiral davek v imenu in za račun Krone iz naslova, ki se je tako po času kakor po načinu zbiranja razlikoval od tistega (davka), ki ga je bil dovolil Parlament;... s tem, da je kršil pravico svobodnih volitev članov, ki naj služijo v Parlamentu; s tem, da je poleg drugih samovoljnih in protizakonitih posegov pri kraljevem sodišču vlagal obtožbe za zadeve in z razlogi, za katere je pristojen samo Parlament;... kar je vse povsem in neposredno v nasprotju z vsemi znanimi in priznanimi pravnimi določili ter svoboščinami tega kraljestva..."

174 Preambula Deklaracije se začne:

"Predstavniki francoskega ljudstva, konstituirani v narodno skupščino so -upoštevaajoč, da so nepoznavanje, pozabljanje in preziranje človekovih pravic edini vzroki javnih nesreč in korupcije vlad..."

V 7. členu piše:

"Vse, ki spodbujajo, pospešujejo, izvršujejo ali omogočajo izvrševanje samovoljnih ukazov, je treba kaznovati..."

175 Preambula Ustave se začne:

"Izhajajoč iz dejstva, da so delavci in kmetje ter napredni ljudje vseh narodov in narodnosti Jugoslavije... začeli ustvarjati družbo, v kateri bosta človek in njegovo delo osvobodena izkoriščanja in samovolje..."

5. del Temeljnih načel Ustave v prvem odstavku pravi:

"Svoboščine, pravice in dolžnosti človeka in občana, ki jih določa ta ustava, so



Temeljne svoboščine in pravice pa niso bile usmerjene le proti samovolji policije, uprave in sodstva. Mnogo pomembnejše je, da so bile razglašene v posebno pomembnih pravnih aktih, v zakonih, ki so imeli poseben pravni status, v deklaracijah in v ustavah. Zato so določila o človekovih pravicah *obvezovala tudi zakonodajalca*. Ta poslej ni smel sprejemati zakonov, ki bi te svoboščine in pravice omejevali.<sup>176</sup> Kadar bi zakon kršil najpomembnejše pravice, bi bil to celo zločin.<sup>177</sup> Še več, spoštovanje človekovih pravic naj bi bilo zakonodajalcu cilj njegovega poslanstva.<sup>178</sup> Tudi sodobne mednarodne konvencije izrecno določajo, da človekovih pravic ni dopustno (z zakonom) omejiti bolj, kot je to v konvencijah predvideno.<sup>179</sup> Podobno določilo ima tudi zvezna Ustava.<sup>180</sup> Lahko bi rekli, da so temeljne človekove pravice, predvsem osebne pravice in svoboščine, nekakšen pravni jez pred samovoljo oblasti.

Bistvena značilnost same materije človekovih pravic je torej v tem, da hkrati ko deklarira človekove pravice, določi tudi dopustnost (pravilnost, ustavnost, zakonitost) vseh bodočih posamičnih aktov in predpisov.

---

neločljivi del in izraz socialističnih samoupravnih demokratičnih odnosov, v katerih se človek osvobaja vsakega izkoriščanja in samovolje..."

V nadaljevanju 198. člen, 1. odstavek pravi:

"Protiustavna in kazniva je vsaka samovolja, s katero se krši ali omejuje človekova pravica, ne glede na to, kdo to stori."

176 *Magna Charta Libertatum* (1215), 1. člen:

"...Prav tako zagotavljamo vsem svobodnjakom Našega kraljestva, za Nas, na Naše dediče na veke, vse popisane svoboščine, naj veljajo in naj se jih drže oni in njihovi nasledniki ter Mi in Naši nasledniki".

*Deklaracija o pravicah človeka in državljana* (1789), preambula:

"Predstavniki francoskega ljudstva, konstituirani v narodno skupščino, so... sklenili, da v svečani deklaraciji razglasijo naravne, neodtujljive in svete človekove pravice..."

177 *Montagnarska deklaracija* (1793), 14. člen:

"Nikogar ni mogoče obsoditi ali kaznovati, preden je bil zaslisan ali zakonito pozvan, ter samo na podlagi zakona, ki je bil sprejet pred kaznivim dejanjem. Zakon, ki bi kaznoval kazniva dejanja, storjena preden je bil sprejet, bi pomenil nasilje, povratna moč zakona bi bila zločin."

178 *Montagnarska deklaracija* (1793), preambula:

"Francosko ljudstvo...je sklenilo v svečani deklaraciji razglasiti te svete in neodtujljive pravice, zato...da bi imelo ljudstvo vselej pred očmi temelje svoje svobode in svoje sreče, sodnik pravilo svojih dolžnosti, zakonodajalec cilj svojega poslanstva..."

179 Npr. 5. člen *Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah* določa:

"(1) Nobene določbe tega pakta ni mogoče razlagati tako, da bi dajala kakšni državi, skupini ali posamezniku kakršnokoli pravico delati ali storiti karkoli, kar bi imelo namen izpodkopavati s tem paktom priznane pravice in svoboščine in jih bolj omejiti, kot je to predvideno v njem. (2) Ne priznavata se nobena omejitev in noben odmik od temeljnih človekovih pravic, ki so v posamezni državi članici tega pakta priznane ali v veljavi po zakonih, konvencijah, predpisih in običajih, češ da jih ta pakt ne priznava ali da jih priznava v manjši meri."

Podobno je določilo 17. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (1950).

180 1. odst. 203. člena *Ustave SFRJ*:

"S to ustavo zajamčenih svoboščin in pravic ni mogoče vzeti in ne omejiti."

### 6.3. *Ali je mednarodno pravo nadrejeno notranjemu pravu*

#### 6.3.1. *Pravni status mednarodnih pogodb v jugoslovanskem pravu*

Preden si ogledamo odnos med notranjopravnimi in mednarodnopravnimi viri s področja človekovih pravic, se dotaknimo še vprašanja, kakšen pravni status imajo mednarodne pogodbe v jugoslovanskem pravu.

V drugih državah je odnos med mednarodnopravnimi in internimi normami različno urejen. Italijanska, nemška in francoska Ustava npr. dajejo, v ostrejši ali blažji obliki, prednost mednarodnopravnim normam.<sup>181</sup> Podoben pravni status mednarodnega prava je vseboval osnutek jugoslovanske Ustave iz leta 1963, ki pa v končni redakciji ni bil upoštevan.<sup>182</sup> 6. člen Ustave ZDA določa, da bodo vse pogodbe, ki jih sklenejo ali jih bodo sklenile Združene države, najvišji zakon. V Sovjetski zvezi in v vzhodnoevropskih državah to vprašanje ni izrecno urejeno. Sovjetska doktrina pravi, da imajo mednarodne pogodbe in domači zakoni enako pravno moč. V Nemški demokratični republiki 8. člen Ustave (1968) določa: "Splošno priznane norme mednarodnega prava, ki so v službi miru in miroljubnega sodelovanja med narodi, zavezujejo državno oblast in vsakega državljanu..."<sup>183</sup>

#### 6.3.1.1. *Ustavne določbe ne dajejo jasnega odgovora glede statusa mednarodnih pogodb*

Ustavne določbe na vprašanje, kakšen je pravni status mednarodnih pogodb, ne dajejo jasnega odgovora.<sup>184</sup> Nedvomno pa iz Ustave izhaja, da je mednarodne pogodbe mogoče neposredno uporabljati. 210. člen Ustave določa: "(1) Mednarodne pogodbe se uporabljajo z dnem, ko začno veljati, če ni z aktom o ratifikaciji določeno drugače. (2) Sodišča uporabljajo neposredno samo objavljene mednarodne pogodbe." Iz drugega odstavka torej izhaja, da za uporabo določb mednarodnih pogodb ni potrebno sprejeti še posebnih zakonov, saj bi to, glede na objavljane mednarodnih pogodb v uradnem listu, pomenilo podvojevanje predpisov.

181 10. člen Italijanske Ustave, 25. člen nemškega Temeljnega zakona (1949), 55. člen francoske Ustave (1956).

182 1. odst. 137. člena osnutka se je glasil:

"Zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu z mednarodnimi obveznostmi SFRJ."

183 Citirano po Avramov-Kreča, *op. cit.*, str. 29 in Andrassy, *MEDUNARODNO PRAVO*, Školska knjiga, Zagreb, 1984, str. 5.

184 Vukas, *Odnos unutrašnjeg pravnog poretka prema pravilima medunarodnog prava po Ustavi SFRJ od godine 1974*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2-3/1974, str. 241.



Pogoj za neposredno uporabo predpisov seveda je, da so predpisi tako določeni, da jih je mogoče neposredno uporabljati.<sup>185</sup> Takšne norme teorija imenuje *self-executing* norme.

Splošno je sprejeto stališče, da sodišče pri uporabi ratificirane mednarodne pogodbe, uporablja naš zakon.<sup>186</sup> Na to kaže tudi 219. člen Ustave, ki pravi, da sodišča sodijo "po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih", ne omenja pa mednarodnih pogodb. Zvezno Ustavno sodišče je odločilo, da so mednarodne pogodbe "integralni del pravnega sistema SFRJ".<sup>187</sup> Zvezni komite za zakonodajo je zavzel stališče, da za mednarodne pogodbe v hierarhiji pravnih aktov veljajo enaka pravila kot za druge pravne akte, s katerimi se ureja materija v SFRJ.<sup>188</sup>

S tem ko je podpisala mednarodno pogodbo, se Jugoslavija ni zavezala, da bo spoštovala svoje mednarodnopravne obveznosti le mednarodnopravno, v razmerju do drugih držav. Ustavna določba, ki pravi, "v mednarodnih odnosih Jugoslavija... izpolnjuje svoje mednarodne obveznosti", je, kot vse ustavne določbe, naslovljena na državne organe (na skupščino, izvršni svet, sodišča in upravne organe), ki jih tako neposredno zavezuje k spoštovanju določil ratificiranih mednarodnih pogodb.

Zato velja pravna domneva, da organ, ki je predpis sprejel, ni imel namena kršiti mednarodnih obveznosti države.<sup>189</sup> Spričlo tega ni mogoče za mednarodne pogodbe avtomatično uporabljati pravil, ki sicer veljajo za notranjepravne akte, namreč, da kasnejši zakon razveljavi prejšnjega in da specialnejši zakon razveljavi splošnejšega.<sup>190</sup> V primeru, da bi zakonodajalec hotel razveljaviti določila mednarodne pogodbe, bi moral to storiti izrecno, ali pa bi moral njegov namen jasno izhajati iz zakona,<sup>191</sup> istočasno pa bi organ moral začeti postopek za odpoved mednarodne pogodbe.<sup>192</sup> Na podlagi omenjenega temeljnega načela nekateri pisci utemeljeno sklepajo, da so zakoni, ki so v nasprotju z mednarodnimi pogodbami, protiustavni.<sup>193</sup>

185 Vukas, *op. cit.*, str. 244.

186 *Ibidem* S. Dorđević, *Mednarodni ugovori i unutrašnje pravo SFRJ*, Jugoslovenska revija za mednarodno pravo (v nadaljevanju JRMP), 3/1987, str. 445.

187 Odločba Ustavnega sodišča Jugoslavije, SU. 50/11 z dne 3. junija 1981. Citirano po Bulajić, *Mednarodni ugovori i pravni sistem SFRJ*, JRMP 1-3/1983, str. 177.

188 Citirano po Bulajić, *op. cit.*, str. 176.

189 Bulajić, *op. cit.*, str. 177.

190 S. Dorđević, *op. cit.*, str. 447; Magarašević, *Opšte prihvaćene norme mednarodnog prava u pravosuđu Ustavnog suda Jugoslavije*, JRMP 1-3/1979, str. 90.

191 Vukas, *op. cit.*, str. 248.

192 S. Dorđević, *ibidem*.

193 Vukas, *Mednarodni ugovori u odnosu prema ustavu SFR Jugoslavije, saveznim i re-*

### 6.3.1.2. *Kaj storiti, kadar sta v koliziji jugoslovanski zakon in mednarodna pogodba*

V sodni praksi je bilo več primerov, ko so sodišča dala v konfliktu jugoslovanskega zakona in mednarodne pogodbe prednost mednarodni pogodbi, čeprav tega niso mogla opreti na pozitivne predpise.<sup>194</sup> Komisija za interpretacijo zakonov Skupščine FLRJ je ob nasprotju mednarodne pogodbe med ZDA in Srbijo iz leta 1881 in Zakona o nacionalizaciji zasebnih gospodarskih podjetij dala prednost mednarodni pogodbi. Vrhovno sodišče Jugoslavije je v sodbi UZ-6327/65 z dne 16. julija 1965 ravno tako pred zakonom o nacionalizaciji dalo prednost mednarodni pogodbi o vzajemni pravni pomoči med Jugoslavijo in Bolgarijo.<sup>195</sup>

### 6.3.1.3. *Pravna veljava mednarodnih pogodb je odvisna od materije, ki jo pogodba ureja*

Glede pravnega statusa mednarodnih pogodb je za nas najpomembnejša odločba Ustavnega sodišča Jugoslavije iz leta 1981, v kateri je sodišče izreklo, "da so mednarodne pogodbe, katerih predmet so družbeni odnosi, ki se v pravnem redu SFRJ urejajo s predpisi, če jih ratificirajo z ustavo pooblaščen organi za urejanje teh odnosov, integralni del pravnega sistema SFRJ in imajo pravni položaj in pravno moč predpisov SFRJ, ki te odnose urejajo".<sup>196</sup> Iz odločbe Ustavnega sodišča izhaja, da pravna veljava mednarodne pogodbe ni odvisna od akta, s katerim je ratificirana.<sup>197</sup> Materija, ki jo mednarodna pogodba ureja (npr. materija človekovih pravic), narekuje, kakšno mesto bo imela pogodba v jugoslovanskem pravnem sistemu. Pogoj, da to velja, pa je, da so organi, ki mednarodno pogodbo ratificirajo, tisti organi, ki tudi sicer sprejemajo notranje predpise s tega področja.<sup>198</sup>

---

publickim zakonima, JRMP 1-3/1983, str. 91 in 92 navaja mnenji Matića ("Kasniji zakon protivan ranijem mednarodnom ugovoru i Ustav SFR Jugoslavije", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1966, str. 336-340) in Obradovića (VELIKI PRAVNI PRIRUČNIK, 1, Jugoslovanski pravni sistem, Beograd, 1977, str. 379).

194 S. Dorđević, *op. cit.*, str. 446. Avtor navaja tudi literaturo.

195 Citirano po Avramov-Kreča, *MEDUNARODNO JAVNO PRAVO*, Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 30, op. 49.

196 Odločba Ustavnega sodišča Jugoslavije, SU. 50/11 z dne 3. junija 1981. Citirano po Bulajić, *Mednarodni ugovori i pravni sistem SFRJ*, JRMP 1-3/1983, str. 176 in 177.

197 Npr. z zakonom ratificirana mednarodna pogodba nima avtomatično pravnega statusa zakona, z uredbo Izvršnega sveta ratificirana pogodba nima avtomatično statusa uredbe itd.

198 Če bi Izvršni svet ratificiral mednarodno pogodbo, ki bi določala npr. nekatera nova kazniva dejanja, ki jih je sicer mogoče predpisati le z zakonom in jih torej lahko normira le skupščina, tedaj uredba Izvršnega sveta ne bi imela pravnega statusa zakona.



## 6.4. Mednarodnopravne obveznosti Jugoslavije s področja človekovih pravic

### 6.4.1. Človekove pravice v jugoslovanskem pravnem redu

Osrednji pomen človekovih pravic v hierarhiji vrednot jugoslovanskega političnega sistema med drugim izhaja iz Ustave,<sup>199</sup> Programa zveze komunistov<sup>200</sup> in del najpomembnejših ideologov.<sup>201</sup>

Na mednarodnem prizorišču je Jugoslavija ena najprizadenejših držav kar zadeva varstvo človekovih pravic. Ratificirala je skoraj vse mednarodne konvencije in protokole h konvencijam, ki urejajo človekove pravice, sprejete pod okriljem Združenih narodov (osemnajst od dvaindvajsetih). Več od Jugoslavije jih je ratificirala le Norveška, enako kot Jugoslavija pa Švedska.<sup>202</sup> Jugoslavija daje načelno podporo vsem naporom pri izdelavi mednarodnih konvencij s tega področja in aktivno sodeluje pri delu organov za varstvo človekovih pravic pri Združenih narodih. Še nikoli ni glasovala proti kakšni konvenciji o človekovih pravicah pod okriljem Združenih narodov.<sup>203</sup> Ob sprejemanju najvažnejših dokumentov o človekovih pravicah je Jugoslavija predlagala, da bi vanje uvrstili dodatne pravice; npr. ob sprejemanju Splošne deklaracije človekovih pravic (1948) je predlagala tri amandmaje, ki so zadevali nacionalne skupnosti,

199 Peti del Temeljnih načel, ki govori o pravicah, dolžnostih se začne takole:

"Svobodine, pravice in dolžnosti človeka in občana, ki jih določa ta ustava, so neločljiv del in izraz socialističnih demokratičnih odnosov...Vsakršna dejavnost, ki bi krtila te svobodine in pravice človeka in občana, bi bila v nasprotju z interesi socialistične družbe."

200 Npr. PROGRAM ZVEZE KOMUNISTOV JUGOSLAVIJE (ČZP Komunist, Ljubljana, 1977, str. 152), "Komunisti se bodo tudi v bodoče zavzemali za takšen razvoj socialistične demokracije, ki bo človekovi osebnosti zmerom bolj porok za neodvisnost in svobodo v izražanju misli, verskih in drugih prepričanj, v oblikovanju združenj, ki naj zadovoljijo razne ekonomske, politične, socialne in kulturne, strokovne, znanstvene, športne in druge interese, v zaščiti nedotakljivosti in integritete človekovega dostojanstva in človekove osebnosti..."

201 Npr. Kardelj (SMERI RAZVOJA POLITIČNEGA SISTEMA SOCIALISTIČNEGA SAMOUPRAVLJANJA, ČZP Komunist, Ljubljana 1977), str. 104: "Ne da bi zanikala pomen klasičnih, tradicionalnih meščanskih svobod in pravic, je naša družba..." Str. 123: "Uresničevanje vseh teh in drugih temeljnih pravic samoupravnega delovnega človeka in občana pa ni možno brez političnega sistema, ki varuje tudi osebne demokratične in človekove pravice in svobodine človeka in občana." Str. 124: "Seveda te osebne svobodine in pravice niso nekakšno dopolnilo pravice do samoupravljanja ali njen dodatek, ampak bistven pogoj za delovanje samoupravljanja in sestavni del celotnega sistema svobod in demokratičnih pravic v naši družbi. Zato je uresničevanje in varstvo teh pravic oziroma njihova vse širša uporaba ena izmed glavnih nalog našega političnega sistema."

202 HUMAN RIGHTS, STATUS OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS as at 1 March 1988, United Nations publication (Sales No.E.87.XIV.2.).

203 Jeftić, *Jugoslavija i osnovne međunarodne obaveze u pogledu ljudskih prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke (v nadaljevanju Arhiv), Beograd, 3/1979, str. 407.

manjšine in kolonije.<sup>204</sup> Tudi ob pripravljanju Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah (v nadaljevanju Pakta) je predlagala mnoge dopolnilne pravice.<sup>205</sup>

Vse to kaže na velik pomen človekovih pravic v jugoslovanskem pravnem redu in nam bo v dodatno pomoč pri razlagi določil o človekovih pravicah v Ustavi in v drugih pravnih virih.

#### 6.4.2. Človekove pravice v mednarodnem pravu

Kljub temu, da je bilo že pred letom 1945 sprejetih več mednarodnih konvencij o človekovih pravicah, pa je ta materija prestopila okvire notranjega prava s sprejetjem Ustanovne listine Organizacije združenih narodov.<sup>206</sup> Večkrat so države, ki so kršile temeljne človekove pravice, nasprotovale temu, da bi o kršitvah človekovih pravic razpravljala Generalna skupščina, češ da gre za njihove notranje zadeve, vendar se je Generalna skupščina v vseh teh primerih izrekla za pristojno razpravljati o teh vprašanih.<sup>207</sup> Spoštovanje človekovih pravic je postopoma postala mednarodnopravna obveznost držav ne glede na podpisane konvencije. Ker materija presega okvire internega prava, temeljne človekove pravice predstavljajo splošno priznane norme mednarodnega prava, ki se jih države morajo držati.

Mednarodne pogodbe, ki jamčijo človekove pravice, nimajo povsem enakega pravnega statusa kot druge mednarodne pogodbe, ki določajo obveznosti med državami (pogosto na temelju vzajemnosti), marveč ustvarjajo obveznosti do ljudi nasploh (ne glede na državljanstvo). Takšno je tudi stališče Meddržavnega sodišča v Haagu v primeru *Barcelona Traction*.<sup>208</sup>

Čeprav je mednarodno pravo predvsem pravo med državami in mednarodnimi organizacijami, ustvarjajo mednarodnopravne določbe s področja človekovih pravic tudi *obveznosti držav do posameznikov*.<sup>209</sup>

204 Besedila amandmajev navaja Jeftić, *op. cit.*, str. 408.

205 Jeftić, *op. cit.*, str. 410.

206 Človekove pravice so omenjene že v preambuli:

"Mi, ljudstva združenih narodov, ki smo odločeni...da znova potrdimo vero v temeljne človekove pravice, v dostojanstvo in vrednost človekove osebnosti..."

V 3. odstavku 1. člena piše, da je eden izmed ciljev Združenih narodov:

"Uresničevati mednarodno sodelovanje s tem...da se razvija in spodbuja spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin za vse ljudi...". O človekovih pravicah govori še 13., 55., 62. in 76. člen Ustanovne listine.

207 Bartoš, *op. cit.*, I., 394.

208 Citirano po Dimitrijević, *Ljudska prava u Ujedinjenim nacijama*, Arhiv, 3/1984, str. 173.

209 Mednarodne konvencije navadno določajo absolutno spoštovanje temeljnih človekovih pravic do vsakogar, ki spada pod jurisdikcijo države, ne glede na njegovo nacionalno pripadnost. 1. odstavek 2. člena Pakta določa:



### 6.4.3. Ustanovna listina Združenih narodov

Osrednji pomen spoštovanja človekovih pravic za mednarodne odnose in ohranjanje miru je omenjala že v preambuli *Ustanovna listina Združenih narodov*: "Mi, ljudstva združenih narodov, ki smo odločeni... da znova potrdimo vero v temeljne človekove pravice, v dostojanstvo in vrednost človeške osebnosti..." Kot eden izmed ciljev Združenih narodov je opredeljeno tudi razvijanje in spodbujanje spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin za vse ljudi (3. točka 1. člena). Ustanovna listina in iz nje izhajajoča splošna obveznost spoštovanja človekovih pravic kot podpisnico zavezuje tudi Jugoslavijo.

### 6.4.4. Splošna deklaracija človekovih pravic

Tri leta kasneje, leta 1948, so po skrbnih pripravah Združeni narodi razglasili *Splošno deklaracijo človekovih pravic*, kot "ideal, ki naj ga dosežejo vsa ljudstva in vsi narodi". Ker je Deklaracijo sprejela Generalna skupščina, ki ne sprejema obvezujočih pravnih aktov, deklaracija držav ne obvezuje striktno.<sup>210</sup> Kljub temu pa Deklaracija počasi postaja del splošno priznanih načel mednarodnega prava. Nanjo se sklicujejo mednarodne konvencije,<sup>211</sup> sodna praksa, z njo se tolmači Listina združenih narodov in prehaja v sodobne ustave.<sup>212</sup> V Deklaraciji so se vse države-članice zavezale, da bodo zagotovile v sodelovanju z Združenimi narodi splošno in resnično spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Jugoslavija zanj ni glasovala,<sup>213</sup> vendar so predstavniki Jugoslavije kmalu po sprejetju Splošne deklaracije večkrat uradno izjavili, da Jugoslavija v celoti sprejema ta izjemno pomemben dokument.<sup>214</sup> Tudi jugoslovanska sodna praksa se je opirala na njena načela.<sup>215</sup>

---

"Države članice tega pakta se zavezujejo, da bodo spoštovale in vsem ljudem, ki so na njihovem ozemlju ali pod njihovo pristojnostjo, jamčile s tem paktom priznane pravice..."

- 210 Dimitrijević, *op. cit.*, 160. Prim. tudi Andrassy, *op. cit.*, str. 240, Avramov-Kreča, *op. cit.*, str. 229.
- 211 Npr. *Mednarodni pakt o državljskih in političnih pravicah*, *Evropska konvencija o človekovih pravicah* itd.
- 212 Dimitrijević, *op. cit.*, str. 169 in 170.
- 213 Jugoslavija se je sicer vzdržala pri glasovanju za resolucijo (šl. 217 (III.)), s katero je bila *Splošna deklaracija* sprejeta dne 10. decembra 1948, z obrazložitvijo, da so pravice, ki jih deklaracija določa, nezadostne. Zanimivo je, da je pri tem sledila liniji Sovjetske zveze, čeprav je zasedanje potekalo po resoluciji Informbiroja. (Povzeto po Bartoš, *op. cit.*, I., str. 396).
- 214 Jeftić, *op. cit.*, str. 408.
- 215 Jeftić, *op. cit.*, str. 411.

### 6.4.5. Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah

Podrobneje določajo jugoslovanske obveznosti s področja človekovih pravic za posamezna področja ratificirane konvencije.<sup>216</sup> Na področju osebnih človekovih pravic je najpomembnejši *Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah*, o katerem več v nadaljevanju.

### 6.4.6. Helsinška listina

*Sklepno listino Konference o varnosti in sodelovanju v Evropi* (v nadaljevanju *Helsinško listino*) je podpisala tudi Jugoslavija. Ta listina sicer ni mednarodni dokument, ki bi ga države ratificirale, vendar se je Jugoslavija z njo znova na mednarodnopravni ravni obvezala, da bo spoštovala človekove pravice ter pospeševala in spodbujala njihovo dejansko uveljavljanje, ker predstavljajo bistven faktor miru, pravičnosti in blaginje.<sup>217</sup>

### 6.4.7. Splošno priznane norme mednarodnega prava

Poleg ratificiranih pogodb so po Ustavi pravni vir, ki ga državni organi v Jugoslaviji upoštevajo, tudi splošno pri-

216 Seznam pomembnejših ratificiranih konvencij je objavljen npr. v knjigi Pavlica, REGLISTER VELJAVNIH PREDPISOV SFRJ IN SR Slovenije 1988, CGP Delo, TOZD Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1988, str. 209 in 210.

217 Celotno besedilo VII. poglavja 1.a dela Helsinške listine (1975) z naslovom: *Spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin, vštevši svobodo misli, vere in prepričanja se glasi:*

"Države udeleženke bodo spoštovale človekove pravice in temeljne svoboščine, vštevši svobodo misli, vesti, vere in prepričanja za vse, ne glede na raso, spol, jezik in vero.

Pospeševale in spodbujale bodo dejansko uveljavljanje državljanskih, političnih, gospodarskih, socialnih, kulturnih in drugih pravic in svoboščin, ki vse izvirajo iz dostojanstva, lastnega človekovi osebnosti in so bistvenega pomena za njen svobodni in polni razvoj.

V tem okviru bodo države udeleženke priznavale in spoštovale pravico posameznika, da izpoveduje in izpolnjuje, sam ali v skupnosti z drugimi, vero ali prepričanje, in da ravna tako, kot mu narekuje vest.

Države udeleženke, na katerih ozemlju živijo narodnostne manjšine, bodo spoštovale pravico oseb, ki pripadajo takim manjšinam, do enakosti pred zakonom; nudile jim bodo vse možnosti za dejansko uživanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin in bodo na ta način varovale njihove zakonite interese na tem področju.

Države udeleženke priznavajo univerzalni pomen človekovih pravic in temeljnih svoboščin, katerih spoštovanje je bistven faktor miru, pravičnosti in blaginje, potrebnih za zagotovitev razvoja prijateljskih odnosov in sodelovanja med njimi in med vsemi državami.

Potrjujejo pravico posameznika, da ve za svoje pravice in dolžnosti na tem področju in da jih uveljavlja.

Na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin bodo države udeleženke ukrepale v skladu s cilji in načeli Ustanovne listine Združenih narodov in s Splošno deklaracijo človekovih pravic. Prav tako bodo izpolnjevale svoje obveznosti, zapisane v mednarodnih deklaracijah in sporazumih s tega področja, vštevši med drugim mednarodna pakta o človekovih pravicah, če jih zavezujejo."



znane norme mednarodnega prava.<sup>218</sup> Te niso zbrane v mednarodnih konvencijah pod tem imenom in mnoge sploh niso zapisane. Predstavljajo minimalne standarde ravnanja, ki zavezujejo države, ne da bi njihovo veljavnost države izrecno priznale. Nasprotno, za države veljajo tudi, če jih izrecno zanikajo. V nasprotju z notranjim pravom, kjer so splošno priznane norme praviloma kodificirane in njihova uporaba predstavlja uporabo predpisov, v mednarodnem pravu splošno priznane norme mednarodnega prava predstavljajo samostojen pravni vir. Kot enega izmed štirih pravnih virov jih navaja Statut meddržavnega sodišča, ki je bilo ustanovljeno z Ustanovno listino Združenih narodov.<sup>219</sup>

Temeljne človekove pravice in svoboščine predstavljajo tako pomemben del mednarodnega prava, da so prešle v kategorijo splošno priznanih načel mednarodnega prava. Na tej podlagi mednarodni organi, npr. Generalna skupščina Združenih narodov, razpravljajo o človekovih pravicah v določeni državi, čeprav ta država morda ni podpisala nobenega mednarodnega dokumenta s tega področja. Splošno priznane norme mednarodnega prava in med njimi minimalni standardi glede človekovih pravic zavezujejo države ne glede na njihovo voljo.

V jugoslovanski teoriji mednarodnega prava je splošno sprejeto stališče, da temeljne človekove svoboščine in pravice veljajo v Jugoslaviji tudi kot splošno sprejete norme mednarodnega prava. Takšno stališče je potrdilo Ustavno sodišče Jugoslavije. V odločbi v zvezi s potnimi listinami in svobodo gibanja je Ustavno sodišče uporabilo zgoraj omenjeno določilo Ustave, ki kot pravni vir predvideva splošno priznane norme mednarodnega prava. Povedalo je tudi, katere temeljne pravne akte uvršča v to kategorijo. V časopisu, kjer so bili objavljeni in povzeti deli odločbe, je med drugim rečeno: "SFRJ je, ko je urejala režim prehoda čez državno mejo, upoštevala in spoštovala *splošno priznane norme mednarodnega prava*, izražene v *Listini Združenih narodov, Splošni deklaraciji človekovih pravic in Mednarodnem paktu o državljanskih in političnih pravicah*, ki ga je SFRJ ratificirala 1971. leta. Ustavno sodišče v obrazložitvi svoje odločbe navaja, da 29. člen Splošne deklaracije človekovih pravic predvideva, da je mogoče svobodo

218 V 2. odstavku VII. dela temeljnih načel Ustave je rečeno, da se Jugoslavija zavzema "za spoštovanje splošno priznanih norm mednarodnega prava."

219 1. odst. 38. člena:

"Sodišče, katerega naloga je odločati v skladu z mednarodnim pravom v sporih, ki se mu predložijo, naj uporablja: (a) meddržavne dogovore, bodisi splošne, bodisi posebne, s katerimi so postavljena pravila, ki jih države v sporu izrecno priznavajo, (b) mednarodni običaj, kot dokaz obče prakse, ki je sprejeta kot pravo (c) obča pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi, (d) sodne odločbe, s pridržkom določbe 59. člena, in nauk najbolj kvalificiranih pravnih strokovnjakov različnih narodov, kot pomožno sredstvo za ugotavljanje pravnih pravil."

gibanja omejiti z zakonom, med drugim tudi zaradi varstva javnega reda, po 12. členu Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah pa je to svoboščino mogoče omejiti tudi zaradi zaščite nacionalne varnosti in javnega reda. Takšna določba o prepovedi izdajanja in podaljšanja veljavnosti potnih listin je tudi v skladu s *Sklepno listino Konference o varnosti in sodelovanju v Evropi*.<sup>220</sup> (poudarek dodan)

Zaradi omenjene določbe v temeljnih načelih Ustave in na podlagi omenjene sodbe Ustavnega sodišča je mogoče sklepati, da imajo splošno sprejete norme mednarodnega prava "načelen in generalen primat v notranjem pravnem redu Jugoslavije."<sup>221</sup>

## 6.5. Človekove pravice v pozitivnem pravu ter odnos med mednarodnim in notranjim pravom

Materija človekovih pravic je, razen v petem poglavju temeljnih načel in tretjem poglavju zvezne Ustave (153. do 203. člen),<sup>222</sup> urejena tudi v drugih ustavnih določilih v republiških ustavah, v zakonih, v ratificiranih mednarodnih pogodbah, in sicer v mednarodnem pravu, kolikor njegove norme priznavamo kot notranjepravni vir.

220 Citirano po Magarašević, *op. cit.*, str. 80. Sodba ni bila objavljena v uradnem listu, zato avtor navaja poročilo, ki je bilo objavljeno v časopisu *Politika* 5. marca 1977.

221 Magarašević, *op. cit.*, str. 86.

222 Vsaj kar zadeva človekove pravice ni mogoče sprejeti v zadnjem času zelo razširjenega stališča, da mora biti sodobna ustava kratka in jedrnata. Človekove pravice predstavljajo tako obširno materijo, da njih konkretizacija, če se že omejimo samo na kazenski postopek, še na zakonski ravni, kaj šele v sami ustavi, ne zadošča. Za dovolj natančno opredelitev posameznih pravic je potrebna cela vrsta sod(ob)nih odločb, ki šele lahko natančneje pokažejo, kaj predstavlja npr. surovo in nečloveško ravnanje, utemeljen sum in druge izraze. *Ameriška ustava* npr., za katero velja, da je ena nakirajših na svetu, v resnici sploh ni kratka. Ustavno materijo človekovih pravic v kazenskem postopku predstavlja poleg nekaj členov Ustave še na tisoče odločb Vrhovnega sodišča, devetih okrožnih sodišč in distriktnih sodišč.

Malo ljudi se zaveda, da je v anglosaškem sistemu, in konkretnije v ZDA, celotno pravo človekovih pravic sestavljeno iz sodb Vrhovnega kot ustavnega sodišča. Iz nenehne organske precedenčne osnove konkretnih spornih situacij, kakor jih narekuje samo življenje, je potem takoj jasno, da ustava ne more biti rigidna materialnopravna norma, marveč da je proces, ki ima dvoje izrazitih značilnosti. Prvič, tak proces je fleksibilen in se spreminja v skladu z družbenim napredkom in napredkom pravne misli. Drugič, tak proces je v organskem stiku z družbeno in pravno dejanskostjo, iz katere izhaja in v katero se vrača, zaradi česar daje sicer abstraktnim pravnim načelom, doktrinam in pravilom oprijemljivost, določenost in konkretnost.

Tudi za jugoslovansko ustavno materijo bi lahko prej rekli, da je premajhna, ne pa preobsežna. V Ustavi je namreč tudi izven poglavja o človekovih pravicah večina določb, ki *ščitijo posameznika* in ne dajejo pooblastil državi. Številne ustavne pravice in načela, ki jih veljavna Ustava priznava, kljub morebitnemu neuresničevanju niso odveč, nasprotno, predstavljajo najboljše pravni temelj za njihovo uveljavitev. S krčenjem ustavnega besedila bi dosegli zgolj to, da bi obširna področja urejanja prešla iz ustavne ravni na zakonsko raven, zakone pa je mogoče mnogo lažje spreminjati kot ustavo, brez konsenza, po hitrem postopku itd. Če so morda odveč nekatera ustavna določila o ekonomskem sistemu, to še ne pomeni, da bi bilo potrebno črtati tudi druga poglavja, saj je pravo ponavadi edino orožje, ki ga ima šibkejša stranka v sporu. Zato je odpovedovanje ustavnim pravicam in načelom lahko le v interesu države, ne pa posameznikov in manjšinskih družbenih skupin.



## 6.5.1. Človekove pravice imajo najvišji pravni status

### 6.5.1.1. Zgodovinski viri

Človekove pravice so bile od nekdaj ne le sestavni del ustave, marveč so bile deklaracije o človekovih pravicah sploh prvi ustavni akti v zgodovini.<sup>223</sup> Človekove pravice, predvsem temeljne, klasične pravice in svoboščine, se v pravnih redih vedno pojavljajo v ustavi in v drugih pravnih aktih najvišje pravne veljave. S tem jim zakonodajalec hoče dati poseben pomen in najvišje mesto v hierarhiji pravnih norm.

### 6.5.1.2. Status človekovih pravic izhaja že iz njihove narave

"Nerazveljavljivost" temeljnih človekovih pravic pa ne izhaja le iz dejstva, da gre pri njih za ustavne norme, ki jih zakoni in drugi predpisi ne morejo razveljaviti. Ta "nerazveljavljivost" s strani predpisov, ki dajejo pooblastila državnim organom, je že v sami naravi temeljnih (osebnih) svoboščin in pravic. Vzemimo primer, ko določilo o pravici do prostosti določa, da je prostost mogoče izjemoma omejiti, vendar največ za tri dni brez odredbe sodišča (policijski pripor). Istočasno je v veljavi tudi predpis enake pravne moči, ki policiji omogoča, da ima ljudi priprte tri dni. Kasneje pa zakonodajalec zakon o pooblastilih policije spremeni tako, da čas, za katerega lahko policija pripre ljudi, podaljša na štirinajst dni. Ali bo zakon o pooblastilih policije, ki je, denimo, formalno enake pravne veljave, lahko razveljavil določilo prej sprejetega zakona, v katerem je določena svoboščina – pravica do prostosti? Če bi bilo to mogoče, tedaj takšna svoboščina ne bi imela nobenega smisla, saj bi, tudi če ne bi bila zapisana, obstajala. Policija namreč po prej veljavnem zakonu ne bi imela pravice pripirati ljudi za več kot tri dni, saj za to ne bi imela pooblastila. Če torej zakonodajalec deklarira neko človekovo pravico, jo razglasi ravno zato, da bi učinkovala proti vsem kasnejšim zakonom.<sup>224</sup> Ne le zgodovinski nastanek kodifikacij o

223 J. Dordević, *op. cit.*, str. 349. Danes pojem ustave predstavlja "temeljni in najvišji zakon v neki državi, ki določa in pravno ureja temeljne družbenopolitične odnose te države, predvsem vprašanje oblikovanja, funkcioniranja in pooblastil politične oblasti, ki istočasno postavlja tudi meje pristojnosti oblasti v razmerju do družbe, še posebej na določeno sfero, ki jamči temeljne človekove pravice, ki so hkrati tudi sredstvo omejitve oblasti." Del ustave, ki ureja človekove pravice, predstavlja samostojno, v določenem smislu ločen tekst v smislu "deklaracije o človekovih pravicah in svoboščinah".

224 Ta dvojni namen deklariranja človekovih pravic - kot kriterij za presojo ravnanja oseb v konkretnih primerih in kot merilo za presojo pravilnosti, dopustnosti zakonov, je še bolj očit pri načelu *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. Pri tem načelu gre za prepoved zakonodajalca, da ne sme predpisati, da se kaznujejo dejanja, ki niso bila določena kot kazniva dejanja tedaj, ko so bila storjena. Če bi to načelo oziroma človekova pravica, ki iz tega načela izhaja, imela enako pravno veljavo kot kazenski zakon, tedaj bi kasnejši kazenski zakon, ki bi dejanja inkriminiral retroaktivno, to načelo, po pravilu, da kasnejši zakon razveljavi prejšnjega, enostavno razveljavil. Od tega načela oziroma od te človekove pravice praktično ne bi ostalo nič. Sodnik, ki bi

človekovih pravicah, tudi sama materija človekovih pravic torej narekuje poseben, višji pravni status proti vsem zakonom, *erga omnes leges*.<sup>225</sup>

### 6.5.1.3. Mednarodna sodišča za človekove pravice

Poseben, pravzaprav najvišji pravni status določb o človekovih pravicah je posebej očit, kadar njihovo izvajanje nadzoruje naddržavna sodna instances, npr. Evropsko sodišče za človekove pravice.<sup>226</sup> To sodišče sicer ne more razveljaviti internega zakona, lahko pa ga v konkretnem primeru ne upošteva, s čimer daje določilom konvencije višjo pravno veljavo od kateregakoli notranjega predpisa, celo ustave, oziroma tistih njenih delov, na podlagi katerih je prišlo do kršitve človekovih pravic.

### 6.5.1.4. Dve odločbi Ustavnega sodišča Jugoslavije

Na ustavnopravni rang norm o človekovih pravicah lahko sklepamo tudi iz dveh odločb Ustavnega sodišča Jugoslavije. Sodišče pravi, da imajo ratificirane mednarodne pogodbe enak pravni status kot pravni viri, s katerimi je sicer urejena določena materija z notranjopravnimi predpisi (pod pogojem, da jih je ratificiral isti organ).<sup>227</sup> Če to stališče apliciramo na področje človekovih pravic, tedaj morajo tudi konvencije o človekovih pravicah veljati za norme ustavnega ranga, saj so temeljne človekove pravice v jugoslovanskem pravnem redu ustavna materija.<sup>228</sup>

---

poleg zakonodajalca lahko edini uporabil to določbo, namreč, ob predpostavki zakonitosti njegovega dela, tega načela ne more kršiti, če ne obstaja kazenski zakon, ki to kršitev omogoča, ki torej določa retroaktivnost kaznivih dejanj.

225 Primerjaj 5. člen Pakta:

"(1) Nobene določbe tega pakta ni mogoče razlagati tako, kot da bi dajala kakšni državi, skupini ali posamezniku kakršnokoli pravico delati ali storiti karkoli, kar bi imelo namen izpodkopati s tem paktom priznane pravice in svoboščine ali jih bolj omejiti, kot je to predvideno v njem.

(2) Ne priznavata se nobena omejitev in noben odmik od temeljnih človekovih pravic, ki so v posamezni državi članici tega pakta priznane ali v veljavi po zakonih, konvencijah, predpisih ali običajih, češ da jih ta pakt ne priznava ali da jih priznava v manjši meri..." (poudarek dodan)

V tem pogledu je manj določeno in kategorično besedilo Ustave (3. odstavek 203. člena), ki pravi: "...Način uresničevanja posameznih svoboščin in pravic se lahko predpiše samo z zakonom, in to edinole, če je v tej ustavi tako predvideno ali če je to za njihovo uresničevanje neogibno potrebno."

226 *Evropska konvencija za človekove pravice* (1950) v 53. členu določa:

"Visoke pogodbenne stranke se zavezujejo, da se bodo podredile odločitvi sodišča v vseh primerih, kjer nastopajo kot stranke."

227 Odločba Ustavnega sodišča Jugoslavije, SU. 50/11 z dne 3. junija 1981. Citirano po Bulajić, *op. cit.*, str. 176 in 177.

228 Pogoj, da mora mednarodno pogodbo ratificirati isti organ, ki tudi sicer sprejema predpise s tistega področja, za katero gre, pri človekovih pravicah ni popolnoma neproblematičen. Mednarodne konvencije s področja človekovih pravic je sicer res ratificiral isti organ, ki sprejema tudi ustavo, zvezna skupščina, vendar pa postopek za sprejemanje zakonov (o ratifikaciji) in ustave ni enak.



V odločbi, v kateri se je Ustavno sodišče Jugoslavije sklicevalo na splošno priznana načela mednarodnega prava s področja človekovih pravic,<sup>229</sup> kot njihove vire pa je navajalo med drugim tudi Pakt, ki je bil ratificiran z zakonom, je implicitno priznalo, da človekove pravice predstavljajo materijo ustavnega ranga. Sodišče je najverjetneje presojalo ustavnost Zakona o potnih listinah državljanov SFRJ,<sup>230</sup> saj ta materija ni urejena s podzakonskimi akti.<sup>231</sup> Skladnosti zveznih zakonov z drugimi zveznimi zakoni – torej zakonitosti zakonov (Pakt je bil ratificiran z zveznim zakonom) – ali splošno priznanimi normami mednarodnega prava (Splošno deklaracijo in Helsinško listino) pa Ustavno sodišče Jugoslavije ne presoja. Iz omenjenih odločb Ustavnega sodišča je moč razbrati, da je Ustavo SFRJ Ustavno sodišče obravnavalo v *materialnem* smislu ne togo in nedogmatično in je Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, Splošno deklaracijo in Helsinško listino *štelo kot norme ustavnega ranga*.

### 6.5.2. Na področju človekovih pravic moramo ustavo pojmovati v materialnem smislu

Za ustavno pravo je sploh značilno, da je manj dogmatično od vseh drugih pravnih disciplin.<sup>232</sup> To je tudi razumljivo, saj tisti, ki ustvarja ustavno pravo, predvsem pa tisti, ki po navadi dokaj splošnim ustavnim normam podrobneje določa vsebino (predvsem ustavna sodišča), nujno črpa svoj navdih tudi iz drugih virov, ki bolj pretanjeno izražajo vrednostni sistem določene družbe.

Teorija poleg ustave v formalnem smislu, ki je enovit pravni akt, govori še o ustavnem sistemu oz. ustavi v *materialnem* smislu. Ustavni sistem ni nujno popolno in verno izražen v ustavi, niti ni potrebno, da je izražen v enem ustavnem dokumentu. Teoretično ustava kot pravni dokument lahko sploh ne obstaja, pa je sistem ustavnega prava kljub temu razvit. Primer, ki ga najpogosteje navajajo, je Združeno kraljestvo.<sup>233</sup> Tudi v Združenih državah je velika večina

229 Odločba ni bila objavljena v uradnem listu, o njej pa je poročal časopis Politika 5. marca 1977. Del teksta povzema Magarašević, *op. cit.*, str. 80.

230 Ur.l. SFRJ 30/1979.

231 V odločbi SU. 50/11 z dne 3. junija 1981. Odločba ni bila objavljena v uradnem listu. Sodišče je ocenjevalo določilo o prepovedi izdajanja in podaljševanja potnih listin, ni pa razvidno, ali je šlo za zakon ali podzakonski predpis. Glede na dikcijo Splošne deklaracije o človekovih pravicah in Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah, ki ju odločba navaja in ki pravi, da je svoboda gibanja mogoče "z zakonom omejiti zaradi..." pa je mogoče sklepati, da je sodišče ocenjevalo *ustavnost* zakona.

232 J. Dorđević, *op. cit.*, str. 24.

233 Britansko ustavno pravo je sestavljeno iz vrste ustavnih konvencij, običajev in pravnih dokumentov. Najbolj znani so *Magna Charta Libertatum*, *Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights*, *Westminstrska pogodba...* (J. Dorđević, *op. cit.*, str. 29)

ustavnega prava vsebovana v odločbah Vrhovnega sodišča, ki z avtoritativnimi interpretacijami sicer silno kratke Ustave le-tej še daje pravo vsebino.

### 6.5.3. *Pravni akti o človekovih pravicah se med seboj dopolnjujejo*

Če pritrdimo ugotovitvi, da temeljne človekove pravice, pri tem mislim predvsem na osebne pravice in svoboščine, predstavljajo ustavno kategorijo, potem moramo razrešiti vprašanje, kakšen je odnos med posameznimi pravnimi viri s tega področja. Svoboščine in pravice, ki jih določa Ustava, ne predstavljajo okvira, ki ga ne bi bilo dopustno preseči, marveč so, nasprotno, le minimum, ki je lahko dopolnjen z drugimi predpisi.<sup>234</sup> Človekove pravice so potencialno ekstenzivna pravna sfera.<sup>235</sup> Na to lahko sklepamo tudi iz določil same ustave.<sup>236</sup>

## 6.6. *Pravni status Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah*

### 6.6.1. *Pakt se neposredno uporablja*

Ker je bil Mednarodni pakt o človekovih pravicah ratificiran z zveznim zakonom, ni nobenega dvoma, da od 23. marca 1976, ko je začel veljati, predstavlja tudi notranjopravni vir. Vprašanje pa je, ali je mogoče njegova določila neposredno uporabljati.

#### 6.6.1.1. *Neposredno uporabo mednarodnih pogodb dopušča Ustava SFRJ*

Ustava možnost neposredne uporabe mednarodnih pogodb načelno dopušča, ko v 2. odstavku 210. člena pravi: "Sodišča

234 Tako npr. Kobe, *Aktualna vprašanja varstva človekovih pravic in svoboščin v kazenskem pravu*, v publikaciji UVELJAVLJANJE PRAVIC DELAVCEV IN OBČANOV, Komunist, Ljubljana, 1983, str. 129.

235 J. Dordević, *op. cit.*, str. 355 in 356.

236 1. odstavek 203. člena Ustave SFRJ določa: "S to ustavo zajamčenih svoboščin in pravic ni mogoče vzeti in ne omejiti."

Iz takšne dikcije lahko sklepamo, da je krog pravic dopustno širiti. To izhaja tudi iz V. dela Temeljnih načel, ki govori o pravicah, svoboščinah in dolžnostih. Iz 201. člena zvezne Ustave, ki pravi: "Tuji uživajo v Jugoslaviji svoboščine in pravice človeka, ki jih določa ta ustava in imajo druge pravice in dolžnosti, ki jih določata zakon in mednarodna pogodba", lahko sklepamo, da lahko zakoni in mednarodne pogodbe širijo obseg svoboščin in pravic ne le za tužce, marveč tudi za jugoslovanske državljane, saj ne bi bilo smiselno, da bi imeli tužci v Jugoslaviji več pravic kot domačini. Vukas (*Mednarodni ugovori v odnosu prema Ustavu SFRJ i prema zakonima*, JRMP, 1-3/1983, str. 97) kot primer za mednarodno pogodbo iz 201. člena navaja ravno *Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah*. Dejstvo, da Ustava izraža le minimalne standarde, ki jih lahko zakonodajalec ali pa organ, ki je v neposrednem stiku z državljanom (sodnik, miličnik...), preseže, izhaja tudi iz zakonodajalčeve dikcije kot npr. "pripor sme odrediti...največ za tri dni", "najkasneje v 24 urah mora biti priprtemu vročena pismena obrazložena odločba...", "delovni čas ne sme biti daljši kot 42 ur na teden...", delovni človek ima pravico do letnega dopusta, ki traja "najmanj 18 delovnih dni...".



uporabljajo neposredno samo objavljene mednarodne pogodbe."<sup>237</sup> Kar zadeva uporabljanje Pakta pred jugoslovanskimi sodišči, je bil pogoj, da mora biti objavljen, izpolnjen leta 1971, ko je bil Pakt ratificiran z zveznim zakonom. Vprašanje pa je, če so njegova določila tako natančna, da jih je mogoče neposredno uporabljati, če gre torej za t. i. *self executing* norme.

### 6.6.1.2. *Neposredno uporabo dopušča materija človekovih pravic*

Človekove pravice se načelno lahko uresničujejo zgolj že na podlagi ustave.<sup>238</sup> Zato je od narave posamezne pravice odvisno, ali se bo člen, ki jo določa, neposredno uporabljal ali ne. Svoboščine, ki so t. i. pravice negativnega statusa, se lahko uresničujejo na podlagi ustavnih določil, saj terjajo le pasivno ravnanje državnih organov. Med osebnimi pravicami pa tudi druge pravice, ki v kazenskem postopku zahtevajo nekatere minimalne storitve policije, preiskovalnega sodnika ali sodnika, ki vodi obravnavo, v veliki večini niso takšne narave, da bi zahtevale posebne predpise, ki bi določali "način njihovega uresničevanja". Tako pri dovolitvi stika obdolženca in zagovornika, pri dovolitvi vpogleda v spise, pri dovolitvi predlaganja dokazov, pri dovolitvi zaslišanja prič, pri spoštovanju človekovega dostojanstva v kazenskem postopku, pri dopustitvi proste izbire zagovornika, pri pravici do obrambe in pri drugih podobnih pravicah pravzaprav ne gre za pravico terjati od državnih organov določeno storitev, marveč v danih okoliščinah (v preiskovalnem zaporu, na glavni obravnavi...) pravico pričakovati od državnih organov neko *dopustitev*. V večini primerov v kazenskem postopku gre torej za svoboščine, te svoboščine pa je mogoče neposredno uresničevati na podlagi (deklaratorne) norme o tej svoboščini. Tudi nekatere pravice, ki se same zase morda zdijo pravice, npr. pravica do pritožbe na sklep o priporu ali na sodbo, pravica do prostih stikov z odvetnikom, pravica do javnosti sojenja in druge podobne pravice pravzaprav predstavljajo le pogoje, ob katerih država lahko posega v pravice, predvsem pa v svoboščine državljanov. Nekoga policija lahko pripre le ob pogoju, da mu izroči pismeno obrazloženo odločbo (če ne takoj, pa vsaj v 24 urah), sodišče ga lahko obsodi (in mu s

237 Pogoj za neposredno uporabo je torej dejstvo, da je bila pogodba objavljena, kar pa v primeru Pakta in drugih konvencij, ki so ratificirane v obliki zakonov, ne predstavlja ovire.

238 V 3. odstavku 203. člena Ustava določa:

"Te svoboščine in pravice se uresničujejo in dolžnosti izpolnjujejo na podlagi te ustave. Način uresničevanja posameznih svoboščin in pravic se lahko predpiše samo z zakonom, in to edinole, če je v tej ustavi tako predvideno ali če je za njihovo uresničevanje to neogibno."

tem krati npr. pravico do svobode) le, če mu je prej dalo možnost, da se na sodbo pritoži, da se brani, da ima brezplačno pomoč tolmača, če ne razume jezika in podobno.

### 6.6.1.3. *Na neposredno uporabo se sklicuje jugoslovanska vlada*

Ratificirane mednarodne pogodbe se torej po Ustavi lahko neposredno uporabljajo. Posebej za Pakt pa na njegovo neposredno veljavnost in uporabnost kaže tudi začetno poročilo o ukrepih za uresničevanje Pakta, ki ga je jugoslovanska vlada poslala Komiteju za človekove pravice pri Združenih narodih. V njem je med drugim rečeno, da "so določila Pakta postala del jugoslovanske zakonodaje in so tako že zajamčena".<sup>239</sup> Ko je Komite za človekove pravice novembra 1983 obravnaval drugo periodično poročilo Jugoslavije o uresničevanju določil Pakta, je član komiteja prosil navzočega predstavnika jugoslovanske vlade za pojasnilo v zvezi s 154. členom Ustave, ki, drugače kakor 1. odstavek 2. člena Pakta, ne zagotavlja enakosti pravic glede na "politično in drugačno prepričanje". Predstavniki jugoslovanske vlade je odgovoril, da neskladje sicer res obstaja, da pa se *Pakt pred sodišči neposredno uporablja*.<sup>240</sup>

### 6.6.2. *Pakt ne vsebuje ničesar, kar bi bilo v nasprotju z jugoslovanskim pravnim redom*

Polno veljavo Paktu in duhu njegovih določil je dal tudi Zvezni izvršni svet, ki je v obrazložitvi Zakona o ratifikaciji Paktov (istočasno je bil namreč ratificiran tudi Mednarodni pakt o ekonomskih in socialnih pravicah) poudaril, da so njuna besedila preučili pristojni jugoslovanski organi in ustanove in da so po podrobnih analizah ugotovili, da Pakta ne vsebujeta ničesar, kar bi bilo v nasprotju z zakoni, družbenim, ekonomskim in pravnim sistemom Jugoslavije in da jih je zato potrebno ratificirati.<sup>241</sup>

### 6.6.3. *V Paktu samem je določen njegov višji pravni status vis-a-vis vsem drugim predpisom*

Razmerje določil Pakta do drugih zakonov pa opredeljuje tudi Pakt sam, ki v 2. odstavku 5. člena določa: "*Ne priznavata se nobena omejitev in noben odmik*"<sup>242</sup> od temeljnih

239 REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/33/40), para. 369.

240 REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/39/40), para. 206 in 207.

241 O tem Jeftić, *op. cit.*, str. 409.

242 Pakt je sestavljen v angleškem, francoskem, ruskem, španskem in kitajskem originalu (1. odstavek 5. člena Pakta). V angleškem originalu se ta del glasi: "There shall be no restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights...". Besedo



človekovih pravic, ki so v posamezni državi članici tega pakta priznane ali v *veljavi po zakonih*, konvencijah, predpisih ali običajih, češ da jih ta pakt ne priznava ali da jih priznava v manjši meri..."

Iz besedila tega določila je razvidno, da Pakt določa, da so neveljavni vsi predpisi, ki v Paktu določene človekove pravice priznavajo v manjši meri (ali jih sploh ne priznavajo). V primeru človekovih pravic, ki zadevajo kazenski postopek, kazensko materialno pravo in delovanje pravosodja, bodo zakoni, za katere Pakt pravi, da njihovih omejitev ne priznava, predvsem Zakon o kazenskem postopku, Kazenski zakon in predpisi, ki določajo organizacijo pravosodja. *Predpisi torej, ki bi derogirali zajamčena določila Pakta, se ne priznavajo.* Iz tega izhaja, da v primeru, ko so drugi predpisi v nasprotju s Paktom, obveljajo določila Pakta.

*Pakt torej tedaj, ko dobi tudi notranjepravno veljavo,*<sup>243</sup> *avtomatično derogira določila zakonov, ki mu nasprotujejo.* Pakt državi, ki je ratificirala konvencijo, tudi izrecno odvzema pravico, da bi po ratifikaciji Pakta sprejemala predpise ("storila karkoli"), ki bi omejevali pravice, določene v Paktu.<sup>244</sup>

Sklenemo lahko, da v jugoslovanskem pravnem redu določila Pakta skupaj z ustavnimi normami predstavljajo enotno materijo človekovih pravic in imajo višjo pravno veljavo v primerjavi z vsemi drugimi predpisi. Načelo, da ustavnih svoboščin in pravic ni mogoče omejevati, enako velja tudi za določbe Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah.

## 6.7. Posamezne človekove pravice

### 6.7.1. Pravica do proste izbire zagovornika

#### 6.7.1.1. Pravica do proste izbire zagovornika v Ustavi in Zakonu o kazenskem postopku

Eden izmed nujnih pogojev za popolno zaupanje med obdolžencem in zagovornikom, ki je lahko temelj za uspešno

---

"shall" Pakt uporablja v smislu zapovedi oziroma prepovedi. V francoski verziji se glasi: "Il ne peut être admis aucune restriction ou derogation aux droits fondamentaux..."

243 To se je zgodilo 23. marca 1976 - po ratifikaciji (*Zakon o ratifikaciji Pakta* je bil objavljen v Ur.L. SFRJ 7/1971) in po tem, ko je Pakt začel veljati na mednarodnopravni ravni (tri mesece po dnevu, ko je generalni sekretar OZN prejel petintrideseto ratifika cijsko oziroma pristopno listino). Prvega marca 1988 je Pakt ratificiralo 87 držav.

244 Besedilo 1. odstavka 5. člena se glasi:

"Nobene določbe tega pakta ni mogoče razlagati tako, kot da bi dajala kakšni državi, skupini ali posamezniku kakršnokoli pravico delati ali storiti karkoli, kar bi imelo namen izpodkopati s tem paktom priznane pravice in svoboščine ali jih bolj omejiti, kot je to predvideno v njem."

obrambo s pomočjo zagovornika (torej za uresničevanje pravice do strokovne pomoči zagovornika), je pravica do proste izbire zagovornika. Šele na podlagi te pravice bo obdolženec zagovorniku lahko zaupal kot strokovnjaku in kot človeku. Ustava proste pravice do zagovornika ne jamči, marveč govori le o pravici "vzeti si zagovornika, ki se mu v skladu z zakonom omogočata obramba in varstvo pravic in interesov obdolženega."<sup>245</sup> Tudi Zakon o kazenskem postopku nima določil o prosti izbiri zagovornika. Zato ne bi mogli trditi, da je določilo Zakona o vojaških sodiščih, ki dopušča možnost izključitve civilnih zagovornikov, v nasprotju s 182. členom Ustave.<sup>246</sup> Tako je izreklo tudi Ustavno sodišče Jugoslavije, ko je zavrnilo pobudo za začetek postopka glede določila Zakonov o notranjih zadevah SR Hrvaške, Srbije, Bosne in Hercegovine, Makedonije, Črne gore, SAP Kosovo in Vojvodine, ki omogočajo izključitev civilnih zagovornikov v disciplinskem postopku proti delavcem organov za notranje zadeve, če bi to bilo potrebno zaradi varovanja uradne ali državne tajnosti.<sup>247</sup>

#### 6.7.1.2. *Pravica do proste izbire zagovornika v Paktu*

Drugačno od ustavne formulacije pa je določilo Pakta. Pakt na dveh mestih *izrecno govori o svobodni izbiri zagovornika in ne dopušča nobenih omejitev* glede tega načela.<sup>248</sup>

#### 6.7.1.3. *Pravica do proste izbire zagovornika v drugih mednarodnih konvencijah*

Pravica do proste izbire zagovornika ni pravica, ki bi predstavljala kakšen poseben dosežek na področju človekovih pravic. Določajo jo regionalne konvencije o človekovih pravicah – *Evropska konvencija o človekovih pravicah*,<sup>249</sup>

245 3. odstavek 182. člena Ustave SFRJ.

246 4. odstavek 65. člena *Zakona o vojaških sodiščih* pravi:

"Če bi se med postopkom utegnila odkriti vojaška tajnost, kar bi lahko imelo hude posledice za varnost države, si sme obdolženec izbrati zagovornika le izmed vojaških zagovornikov ali drugih vojaških oseb iz drugega odstavka tega člena..."

247 Odločba Ustavnega sodišča Jugoslavije, SU. 34/80, z dne 15. aprila 1981, Beograd, ZM.

248 3. odstavek 14. člena Pakta se glasi:

"Vsakomur, ki je obtožen kaznivega dejanja, morajo biti ob popolni enakopravnosti zajamčene vsaj te pravice:

(b) imeti na razpolago potreben čas in potrebne olajšave, da pripravi svoj zagovor, in obvešati z zagovornikom, ki si ga *sam izbere*;

(d) biti navzoč na obravnavi in se zagovarjati sam ali s strokovno pomočjo zagovornika, ki si ga je *izbral*; če nima zagovornika pa biti obveščen o tej svoji pravici in dobiti vselej, kadar to terja pravica, zagovornika po uradni dolžnosti, in to brezplačno, če ga ne more plačati.

"Pravica do proste lastne izbire zagovornika, ki ni omejena, izhaja morda še bolj jasno iz francoskega in angleškega originala, ki uporabljata dikcijo "*le conseil de son choix*" in "*l'assistance d'un défenseur de son choix*" ter "counsel of his own choosing" in "legal assistance of his own choosing".

249 V 3. odstavku 6. člena:



*Ameriška konvencija o človekovih pravicah* (podpisana leta 1969, velja od leta 1978)<sup>250</sup> in celo *Áfriška listina o pravicah človeka in ljudstev* (1981).<sup>251</sup> Pravico do proste izbire zagovornika bi nemara lahko šteli že kar med splošno priznana načela mednarodnega prava s področja človekovih pravic.

#### 6.7.1.4. *Kršitve pravic do proste izbire zagovornika*

Komite za človekove pravice<sup>252</sup> je v več primerih povsem jasno izrekel, da *uradna postavitve vojaškega zagovornika* (čeprav je bil civilni zagovornik pripravljen prevzeti njegovo obrambo) ali *možnost izbire med le dvema zagovornikoma*, ki jih je obdolžencu ponudilo sodišče, *predstavlja kršitev določil Pakta*. Komite je na seji dne 12. avgusta 1984 izrekel, da je država Urugvaj kršila pravico Antonia Viane Acoste do proste izbire zagovornika (14. člen, 3. odstavek, točka (b) in (d) Pakta). Antonio Viana Acosta na obravnavi pred vrhovnim vojaškim senatom ni mogel prosto izbrati zagovornika, temveč je bil "prisiljen sprejeti vojaškega ex-officio zagovornika, polkovnika Otta Gilomena, čeprav je bil civilni odvetnik Jose Korsnak Fuks pripravljen prevzeti njegovo obrambo."<sup>253</sup> Komite je kršitev te pravice ugotovil še v več drugih primerih.<sup>254</sup>

#### 6.7.1.5. *Kaj je izjavil predstavnik jugoslovanske vlade pred komitejem za človekove pravice*

Glede na nedvomno nasprotje med 65. členom Zakona o vojaških sodiščih in 14. členom Pakta je zelo zanimivo, da je

---

"Kdor je obdolžen kaznivega dejanja, ima naslednje minimalne pravice: ... da se brani sam ali z zagovornikom po lastni izbiri..."

250 2. odstavek 8. člena pravi, da ima v kazenskem postopku obdolženi pravico do "pravne pomoči zagovornika, ki si ga sam izbere in s katerim lahko prosto in privatno komunicira".

251 ... ki v 1. odstavku 7. člena pravi:

"Vsak posameznik ima pravico biti zaslišan. To obsega: ... pravico do obrambe vsebujoč pravico do lastne izbire zagovornika..."

252 Podpisnice opcijskega protokola so priznale pristojnost Komiteja, da obravnava sporočila (*communications*) posameznikov, katerim naj bi države kratile s Paktom zajamčene pravice. Na podlagi takšnih sporočil Komite izreče, ali je država v določenem primeru kršila s Paktom določene pravice.

253 REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/39/40), Annex XI, para 13, 2 in 15.

254 Npr. na seji 29. marca 1983 je Komite med drugim izrekel, da je bila kršena pravica Miguela Angela Estrelle do proste izbire zagovornika v državi Urugvaj. "Žrtvi je bila dana možnost izbirati med uradno določenima zagovornikoma, g. Severinom Berbejem in polkovnikom Alfredom Ramírezom." (Citirano po REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/38/40), Annex XII, para. 6, 8 in 10.) Na seji dne 21. julija 1983 je Komite med drugim ugotovil kršitev pravice do proste izbire zagovornika v primeru Adolfo Drescher Caldas s strani države Urugvaj. Žrtev je lahko izbirala med dvema vojaškima zagovornikoma, ki ju je postavilo sodišče. (Citirano po UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/38/40), Annex XVIII, para. 5, 12 in 14).

predstavnik jugoslovanske vlade, ko je 27. oziroma 31. julija 1978 odgovarjal na vprašanja članov komiteja za človekove pravice v zvezi z začetnim poročilom Jugoslavije o izvajanju Pakta, trdil, da "ima priprti pravico do proste izbire zagovornika."<sup>255</sup> Iz te izjave lahko spet sklenemo, da Jugoslavija nima namena kršiti obveznosti, ki izhajajo iz Pakta in da ima tudi to določilo Pakta v Jugoslaviji polno veljavo (da torej ne gre za poskus drugačne interpretacije). Zato bi bilo neustrezne notranje predpise potrebno popraviti.

## 6.7.2. Pravica do navzočnosti zagovornika ob prvem stiku s policijo

### 6.7.2.1. Notranje pravo

V Ustavi in Paktu ni določb, ki bi zagotavljale obdolžencu pravico do odvetnika pri prvem stiku s policijo. Vendar pa je mogoče iz določil ZKP in Ustave sklepati, da vsaj za priprtega velja, da ima pravico do zagovornika že ob prvem zaslišanju.<sup>256</sup>

ZKP sicer določa v 9. odstavku 218. člena, da obdolženec ne sme biti zaslišan brez zagovornika, razen pod določenimi, zelo ozko opredeljenimi pogoji. Če se to zgodi, potem po 10. odstavku istega člena velja, da morajo biti tako pridobljene izjave izločene iz zapisnika po načelu ekskluzije protipravno pridobljenih dokazov. V načelu in površno gledano je ta določba popolnoma v skladu z visokimi procesnimi standardi, ki jih je na mednarodno raven uvedel primer *Miranda*.<sup>257</sup>

255 "The detained persons had the right to freely chosen legal assistance..." Gre za povzetek poročila Jugoslavije in diskusije o poročilu, ki sta bila objavljena v REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/33/40), para. 388.

256 Po 1. odstavku 178. člena Ustave je pripor mogoče odrediti le za osebo, za katero je podan utemeljen sum, da je storila kaznivo dejanje. Če je osumljena storitve kaznivega dejanja, pa ne moremo govoriti o tem, da zoper njo ne poteka kazenski, marveč upravni ali kakšen drug postopek (upravno sodni). V 12. točki 1. odstavka 281. člena Ustave je med drugimi pristojnostmi federacije navedena tudi pristojnost, da... ureja postopek o prekrških, ki ga vodijo zvezni organi; ureja splošni upravni postopek; ureja kazenski postopek in druge sodne postopke, razen posebnih postopkov na področjih, na katerih urejajo družbene odnose republike oziroma avtonomni pokrajini s svojimi predpisi...". Tudi naslov zakona: "Zakon o kazenskem postopku" in njegova določila ne omenjajo kakšnega drugega postopka, kot kazenskega. Organi za notranje zadeve lahko sicer opravljajo poizvedbe o kaznivem dejanju in zbirajo obvestila od občanov, ki jih lahko tudi s silo privedejo na policijsko postajo, a brž ko je kdo priprt, ne moremo več reči, da teče kakšen postopek, ki je različen od kazenskega. Po 1. odstavku 67. člena pa sme imeti obdolženec zagovornika ves čas kazenskega postopka.

257 Primer *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2nd 694 (1966). V tem primeru je Vrhovno sodišče ZDA vztrajalo podobno kot pri citirani določbi ZKP, da se iz postopka izločijo vsi dokazi, ki temeljijo na zaslišanju brez zagovornika, razen če je bila obdolženčeva odpoved zagovorniku prostovoljna in ta prostovoljnost protokoli-rana in podpisana. V nasprotnem primeru velja *praesumptio iuris et de iure*, da je bilo priznanje izsiljeno.



### 6.7.2.2. Kdaj se kazenski postopek zares začne

Postopek pa se seveda ne začne šele s sklepom o uvedbi preiskave, ki ga pri nas v skladu s 157. členom ZKP izda preiskovalni sodnik, ko je zoper določeno osebo že podan utemeljen sum, da je storila določeno kaznivo dejanje. *De iure*, se pravi formalno, v skladu z ZKP, se kazenski postopek začne šele s formalnim sklepom o uvedbi preiskave. Povsem jasno pa je, da se *de facto* postopek začne že davno prej, pri prvem stiku s policijo, navadno pri odvzemu prostosti.

Postavlja se vprašanje, po kakšnem merilu naj se potem-takem odločimo, kdaj se dejansko začne kazenski postopek, če pa zakon osumljencu daje procesne pravice šele takrat, ko so te že davno postale brezpredmetne, saj je vse, kar je bilo odločilno, osumljeni največkrat že izjavil na policiji. Merilo, kdaj se postopek začne, ne more biti odvisno samo od zakonodajalčeve (morda arbitrarne) presoje. Temeljiti mora na materialni presoji vprašanja, kdaj med državo in posameznikom *de facto* nastane nezdružljivost interesov, se pravi spor.

Ta spor nastane takrat, ko *policija nič več ne poizveduje o tem, kdo je morebitni storilec kaznivega dejanja, marveč prične dejansko že zbirati dokaze v pričakovanju bodočega sodnega procesa*, v katerem se bo tudi odločilo o kazenski odgovornosti osumljenca. *Osredotočenost* policijskih poizvedb na eno osebo z namenom pridobiti si *dokaze* o kazenski odgovornosti te osebe je praviloma podana že v trenutku, ko pride do odvzema prostosti. V tistem trenutku pride tudi do t. i. konjunkcije strank, se pravi do kratkega stika, ki omogoča fizično zlorabo premoči države nad posameznikom, zaradi česar je prav v tistem trenutku kritična intervencija pravne pomoči zagovornika, ki tu deluje kot odbojnik med strankama.<sup>258</sup>

### 6.7.2.3. Pomen pravice do zagovornika za uresničevanje drugih pravic v postopku

Ob tem se postavlja vprašanje, ali je obdolženec (predvsem) stranka, subjekt postopka, ali obdolženec in pretekli dogodek predstavljata predvsem zadevo, predmet, objekt, o kateri je potrebno ugotoviti materialno resnico (obstoj kazenske odgovornosti storilca) in temu ugotavljanju resnice z zakonom nameniti določena sredstva (npr. tudi odvzeti možnost do prisotnosti odvetnika pri prvem stiku s policijo).

258 Glej podrobneje B. M. Zupančič, *Legitimitas ad causam: primerjava med kazenskim in pravnim postopkom*, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete, Ljubljana, 1987, str. 192-218.

Če ugotavljanju materialne resnice žrtvujemo pravico do prisotnosti odvetnika pri prvem stiku s policijo, potem s tem relativiziramo še celo vrsto drugih pravic in omejimo njihovo vsebino, njih uresničevanje in spoštovanje pa lahko postane stvar dobre volje oblasti. Prisotnost odvetnika pri prvem stiku s policijo omogoča učinkovito uresničevanje pravice do obrambe,<sup>259</sup> preprečuje zlorabo sile s strani policije in izsiljevanje priznanj in izjav<sup>260</sup> ter postavljanje prepo-vedanih vprašanj obdolžencu.<sup>261</sup> Odvetnikova navzočnost v prvih stadijih postopka ne predstavlja le sredstva obrambe, marveč odvetnik velja tudi za predstavnika javnosti ter bistveno zmanjšuje možnost kršenja spoštovanja človekove osebnosti in dostojanstva.<sup>262</sup>

### 6.7.3. Pravica do prostega občevanja z zagovornikom

#### 6.7.3.1. Nujnost zasebnosti občevanja načelno priznava tudi ZKP

Pogoj za uspešno obrambo s pomočjo zagovornika je, da obdolženec zagovorniku lahko popolnoma zaupa. To je razumljivo, saj obdolženec, ki bi moral paziti na vsako svojo besedo in se tako rekoč braniti že pred svojim zagovornikom, z njim ne bi mogel nemoteno in učinkovito pripravljati svoje obrambe. Zaupen odnos med obdolžencem in zagovornikom pa je mogoče ustvariti šele pod vsaj dvema pogojema. Obdolženec bo zagovorniku človeško in strokovno lahko zaupal, če si ga bo lahko sam izbral, njuna komunikacija pa mora potekati ob popolnem spoštovanju zasebnosti. Zakon o kazenskem postopku sicer priznava nujnost zaupanja med obdolžencem in zagovornikom, saj prepoveduje, da bi bil zagovornik v zadevi oškodovan ali v kakšnem razmerju z oškodovancem ali tožilcem,<sup>263</sup> in prepoveduje zaslisanje zagovornika kot pričë o tem, kar mu

259 182. člen Ustave.

260 2. odstavek 176. člena Ustave:

"Prepovedano in kaznivo je kakršnokoli izsiljevanje priznanj in izjav."

261 1. odstavek 219. člena ZKP:

"Obdolžencu je treba postavljati vprašanja jasno, razločno in določeno, tako da jih lahko popolnoma razume. Vprašanja zlasti ne smejo izhajati s stališča, kot da je obdolženec nekaj priznal, česar ni priznal. Prav tako se mu ne smejo postavljati vprašanja, v katerih je že zaobseženo navodilo, kako je treba nanje odgovoriti. Obdolženca se ne sme preslepiti, da bi se dosegla kakšna njegova izjava ali priznanje."

262 179. člen Ustave:

"Zajamčeno je spoštovanje človekove osebnosti in dostojanstva v kazenskem in vsakem drugem postopku, med odvzemom oziroma omejitvijo prostosti, kot tudi med izvrševanjem kazni."

263 1. odstavek 69. člena ZKP: "Zagovornik ne sme biti oškodovanec, zakonec oškodovanca ali tožilca in ne njihov krvni sorodnik v ravni vrsti do kateregakoli kolena, v stranski vrsti do četrtega kolena ali sorodnik po svaštvu do drugega kolena."



je obdolženec zaupal kot svojemu zagovorniku.<sup>264</sup> Dopusča pa možnost navzočnosti preiskovalnega sodnika pri pogovoru med obdolžencem in zagovornikom.<sup>265</sup>

Pogovor med obdolžencem in zagovornikom, ki naj bi pripomogel k obdolženčevi učinkoviti obrambi, pa se ob prisotnosti preiskovalnega sodnika lahko spremeni v vir informacij za obtožbo. Navzočnost preiskovalnega sodnika je torej v nasprotju s samim bistvom instituta zagovornika kot sredstva obdolženčeve obrambe. S to določbo zakon omogoča, da se učinkovita obramba lahko začne šele, ko je že končana preiskava oziroma, ko je vložena obtožnica,<sup>266</sup> ko so praktično vsi dokazi zoper obdolženca že zbrani. Določba Zakona o kazenskem postopku, ki dopušča navzočnost preiskovalnega sodnika, sicer ni v direktnem nasprotju z Ustavo, saj Ustava način uresničevanja pravice do zagovornika prepušča zakonu. Zakon bi navsezadnje lahko določil tudi, da ima obdolženec pravico do zagovornika šele na glavni obravnavi. Določilo 74. člena ZKP pa nasprotuje duhu in namenu 1. odstavka 67. člena ZKP, ki pravi: "obdolženec sme imeti zagovornika ves čas, ko teče kazenski postopek". Ob možnosti nadzorstva so dejanske možnosti za uspešno in učinkovito obrambo s pomočjo zagovornika lahko silno omejene ali celo nemogoče.

### 6.7.3.2. *Pakt terja spoštovanje zasebnosti občevanja z zagovornikom*

Možnost nadzorstva pogovora med obdolžencem in zagovornikom pa mnogo bolj očitno nasprotuje v Paktu zajamčeni pravici obdolženca, ki mora "imeti na razpolago potreben čas in olajšave, da pripravi svoj zagovor in občevati z zagovornikom, ki si ga izbere".<sup>267</sup> Na prvi pogled bi zaradi neustreznega prevoda nemara kazalo, da se "olajšave" ne nanašajo na občevanje z zagovornikom, vendar je iz angleškega in francoskega originala to jasno razvidno.<sup>268</sup>

264 2. točka 226. člena ZKP:

"Kot priča ne sme biti zaslišan obdolženčev zagovornik o tem, kar mu je obdolženec zaupal kot svojemu zagovorniku, razen če obdolženec to sam zahteva."

265 2. odstavek 74. člena ZKP:

"Preiskovalni sodnik lahko odredi, naj se pisma, ki jih obdolženec piše zagovorniku ali ta obdolžencu, izročijo šele, ko jih pregleda on, ali da sme obdolženec samo v njegovi navzočnosti ali v navzočnosti določene uradne osebe govoriti z zagovornikom."

Vsebinsko enako je tudi določilo 2. odstavka 40. člena republiškega Pravilnika o izvrševanju pripora, Ur.l. SRS, 22/1981.

266 3. odstavek 74. člena ZKP:

"Ko je končana preiskava ali ko je brez preiskave vložena obtožnica oziroma obtožni predlog, se obdolžencu ne sme več prepovedati, da si ne bi prosto in brez nadzorstva dopisoval in govoril s svojim zagovornikom."

267 Točka (b) 3. odstavka 14. člena Pakta.

268 "To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing.", "À disposer du temps et des facilités

O tem, kaj glede te pravice določa Pakt, se je nedvomno izrekel Komite za človekove pravice, ko je ob pregledovanju poročil držav o izvajanju Pakta v 13. Splošnem komentarju (splošni komentarji predstavljajo pojasnilo k določilom Pakta) zapisal, da točka (b) 3. odstavek 14. člena "zahteva, da odvetnik in obdolženi komunicirata ob popolnem spoštovanju zasebnosti njunega pogovora".<sup>269</sup> Pravico do prostega in privatnega pogovora med odvetnikom in obdolžencem izrecno določa tudi 2. odstavek 8. člena Ameriške konvencije o človekovih pravicah.

#### 6.7.4. Pravica do neodvisnega in nepristranskega sojenja

Ustava SFRJ v poglavju o svoboščinah in pravicah nima določil o pravici do pravičnega sojenja pred neodvisnim in nepristranskim sodnikom. Načelo neodvisnosti sodišč je izraženo v poglavju o sodstvu in javnem tožilstvu.<sup>270</sup> V Ustavi torej nimamo pravice do neodvisnega in nepristranskega sodnika kot individualne pravice, ampak le načelo za delovanje sodišč. Pakt pa v 1. odstavku 14. člena določa: "...Vsakdo ima pravico, da se njegov primer pravično in javno obravnava pred pristojnim, neodvisnim in nepristranskim, po zakonu ustanovljenim sodiščem..." Tudi Splošna deklaracija človekovih pravic ima podobno določbo.<sup>271</sup>

##### 6.7.4.1. Splošno o neodvisnosti sodišč

Sojenje med drugim lahko označimo tudi kot odločanje o sporu med dvema strankama s strani nekoga tretjega, ki naj nepristransko odloči, kdo ima med sptima strankama prav. Bistvo sojenja je torej v nepristranskosti. Bržko je ena stranka močnejša in lahko "sodnika" pripravi do tega, da bo sodil v njeno korist (tako da ga izbere, da ga lahko izsiljuje oz. kaznuje itd.), pravzaprav ne gre več za sojenje, marveč za samopomoč, za izvajanje premoči nad drugo stranko, le da stranka svoje volje ne uveljavlja neposredno in popolnoma očitno, marveč bolj ali manj prikrito prek svojega pomočnika, sodnika. Popolno nepristranskost sojenja je sicer

---

necessaires à la preparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix."

269 REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/39/40), Annex VI., General comments under article 40, paragraph 4, of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, General comment 13 (21) (article 14), para. 9.

270 219. člen Ustave pravi:

"Sodišča so pri izvrševanju sodne funkcije neodvisna in sodijo po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih."

271 10. člen:

"Vsak ima enako kakor vsak drug pravico do pravičnega in javnega zaslišanja pred neodvisnim in nepristranskim sodiščem..."



nemogoče zagotoviti, saj je sodnikov vrednostni sistem, na katerega se bo pri sojenju opiral, najverjetneje bližji eni kakor drugi stranki. Mogoče pa se je idealu nepristranskega sojenja čim bolj približati. Najnevarnejši potencialni vpliv na sodstvo nasploh predstavljajo druge veje državne oblasti, predvsem izvršilna oblast. Od tod načelo, da morajo biti sodišča (institucionalno) neodvisna, da bi lahko sodila nepristransko.

Načelo neodvisnosti sodišč pravzaprav pomeni, da sodišče ne sme biti odvisno od drugih nosilcev oblasti, in zato do njih pristransko, kadar (vsaj posredno) nastopajo kot stranke. Zato načelo neodvisnosti sodišč ne le da ni vprašljivo, samo po sebi je nemara celo odveč, saj sojenje, ki ni neodvisno, ne more biti nepristransko, nepristransko sojenje pa niti ni več sojenje, ampak bolj ali manj očitna maska, za katero močnejši uveljavlja svojo voljo. Vprašanje neodvisnosti sodišč je pravzaprav zgolj vprašanje, kako neodvisnost sodišč, predvsem nasproti najmočnejšim družbenim skupinam (izvršilni oblasti, političnim strankam, neformalnim skupinam) zagotoviti.

#### 6.7.4.2. Neodvisnost sodišča v sistemu enotne in deljene oblasti

Ob takšni opredelitvi zadeve tudi odgovor na vprašanje, kakšno naj bo mesto sodstva v enotnem in v deljenem sistemu oblasti ne more biti posebno različen. Oblast je enotna oziroma deljena predvsem kar zadeva razmerje med izvršilno in zakonodajno vejo oblasti, stopnja neodvisnosti sodstva od obeh drugih vej oblasti pa je predvsem stvar političnega poguma in ne toliko načelnih razhajanj o tem, ali morajo biti veje oblasti med seboj odvisne, ali ne. Montesquieu, na katerega je vplivala angleška doktrina o neodvisnem sodstvu, je v delu *L'Esprit des Lois*, objavljenem leta 1748, opozarjal na pomen delitve oblasti. "Sodnik lahko dobi moč tirana, če se izvršilna in sodna oblast povežeta", je zapisal. Tudi v jugoslovanskem pravnem redu kljub sprejetemu načelu enotne oblasti, ki je v rokah skupščine, ni predvidenih neposrednih instrumentov, ki bi določali odgovornost sodišč skupščinam. Najvišja stopnja (formalne) neodvisnosti sodišč v primerjavi z drugimi državnimi organi je razvidna že iz ustavnih določb. Skupščini, ki je "najvišji organ oblasti v mejah pravic in dolžnosti" federacije oz. republike,<sup>272</sup> je odgovoren izvršni svet.<sup>273</sup> Za Predsedstvo SFRJ Ustava predvideva le, da je odgovorno, ne pove pa komu.<sup>274</sup> Javno tožilstvo opravlja svojo funkcijo "v skladu s

272 1. odstavek 282. člena Ustave SFRJ in 1. odstavek 334. člena Ustave SR Slovenije.

273 2. odstavek 346. člena Ustave SFRJ.

274 329. člen Ustave SFRJ.

politiko družbenopolitičnih skupnosti".<sup>275</sup> Sodišča pa so vezana le na zakon in niso nikomur odgovorna. Ustava pravi, da so "pri izvrševanju sodne funkcije neodvisna".<sup>276</sup> Take rahle vezanosti pri opravljanju svojih funkcij Ustava za druge organe ne določa.

Pri načelu neodvisnosti sodišč oziroma individualne pravice do nepristranskega in neodvisnega sojenja, ki jo Ustava sicer ne določa, je pa vsebovana v Paktu,<sup>277</sup> gre predvsem za to, kateri so instrumenti, ki naj zagotovijo uresničevanje te pravice in ali so zadostni ali ne.

#### 6.7.4.3. *Izločitev sodnika kot instrument za doseganje nepristranskosti*

Vprašanje pristranskosti konkretnega sodnika v konkretnem sporu, v katerem je neposredno ali skoraj neposredno prizadet, je urejeno z institutom izločitve sodnika. Sodnik, ki je v sporu oškodovan, ali je z oškodovancem, tožilcem ali obdolžencem v kakšnem razmerju, ali če obstajajo druge okoliščine, ki vzbujajo dvom o njegovi nepristranskosti, mora biti v tisti zadevi kot sodnik izločen.<sup>278</sup> Ta institut, ki je sicer silno pomemben za odvrčanje pristranskega sojenja, nima političnih razsežnosti, saj se druge "okoliščine, ki vzbujajo dvom o sodnikovi pristranskosti" v sodni praksi višjih sodišč, ki o izločitvi sodnikov odločajo, praviloma ozko tolmačijo. Pri najpomembnejših, politično obarvanih procesih, institut izločitve sodnika ne zadošča.

#### 6.7.4.4. *Instrumenti za zagotavljanje neodvisnosti sodišč*

Med bolj znanimi zgodovinskimi poskusi zagotoviti nepristranskost sojenja je bil francoski kazenski zakonik iz leta 1791, ki je absolutno določal kazni za kazniva dejanja, tako da sodnik ni mogel izbirati kazni v določenem okviru.<sup>279</sup> Ta rešitev pa se ni izkazala za posebno dobro in učinkovito, saj so bile sodbe, ki niso upoštevale drugih okoliščin kot le vrsto kaznivega dejanja, očitno nepravilne. Zato so se razvijali še številni drugi instrumenti, ki naj bi zagotovili neodvisnost sodišč.

Stanje v Jugoslaviji je na tem področju slabo, kar je poleg

275 2. odstavek 235. člena Ustave SFRJ.

276 219. člen Ustave SFRJ.

277 1. odstavek 14. člena Pakta:

"Pred sodišči in sodnimi zbori so vsi enaki. Vsakdo ima pravico, da se njegov primer pravično in javno obravnava pred pristojnim, neodvisnim in nepristranskim, po zakonu ustanovljenim sodiščem..."

278 39.-44. člen Zakona o kazenskem postopku. Podobno določa tudi Zakon o pravdnem postopku v 71.-76. členu.

279 Vasiljević, *Ogled o zakonitosti suđenja i nezavisnosti sudija*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom sadu, Novi sad, 1979, str. 35.



teorije, ki ugotavlja, da je "družbeno zanimanje za pravosodje zvedeno na najmanjšo možno mero",<sup>280</sup> implicitno priznala tudi delovna skupina pri predsedstvu CK ZKJ, ki je ugotavljala, da sodišča niso dovolj samostojna, da obstajajo neformalni vplivi na njihovo odločanje in delo, da pogosto nezakonito postopajo, da so številne kršitve materialnega in procesnega prava.<sup>281</sup>

#### 6.7.4.4.1. Sodniki naj bodo vezani le na zakon

Temeljno načelo pri sojenju je, da sodniki sodijo le po zakonih.<sup>282</sup> Včasih je določeno še, da sodniki sodijo po lastni vesti ali da morajo upoštevati kodeks sodniške etike.

#### 6.7.4.4.2. Volilnost sodnikov

Silno pomembno vprašanje je, kdo, na kakšen način ter po kakšnih merilih sodnike postavlja. Že leta 1701 je *British Act of Settlement* določil, da sodniki ne bodo opravljali svoje funkcije dokler bo to hotel kralj, marveč jih bosta lahko razrešila le oba doma parlamenta.<sup>283</sup> Pri nas sodnike rednih sodišč volijo skupščine, vojaške sodnike pa imenuje vrhovni poveljnik oboroženih sil – Predsedstvo SFRJ. Volilnost sodnikov s strani skupščin je razumljiva, alternativa takšni ureditvi bi lahko bila, da sodnike nižjih sodišč postavljajo sodniki vrhovnega sodišča. Kar pa zadeva sodnike vojaških sodišč je razumljivo, da morajo biti imenovani, saj v vojni ni mogoče sklicevati skupščin in voliti sodnikov, kar je še posebej očitno, če nasprotnik zajame ali ubije več sodnikov, in je potrebno nove sodnike takoj z ukazom določiti oziroma imenovati. Ko pa stanje vojne preneha, imenovanje sodnikov s strani komandanta (praviloma enega človeka) ni več smiselno, saj je očitno, da bodo sodniki bolj demokratično izbrani, če jih voli skupščina, kot pa če jih imenuje vrhovni komandant. Tudi pri imenovanju oziroma volilnosti sodnikov se pokaže, da je smisel obstoja vojaških sodišč v tem, da delujejo v izrednih okoliščinah, v katerih je sicer še vedno bolje, da sodijo vojaška sodišča, kot pa da kdorkoli "razsoja" sam, jasno pa je tudi, da na ta način niso zagotovljene takšne procesne garancije, kot jih omogočajo voljena civilna sodišča v miru.

280 Vasiljević, *op. cit.*, str. 34.

281 Gradivo delovne skupine predsedstva CK ZKJ z naslovom "Aktualna idejnopolična vprašanja uresničevanja ustavnosti in zakonitosti" iz septembra 1987, citirano po Grgič, *Načelo neodvisnosti sodišč in sodnikov pri sojenju in uresničevanju sodne funkcije*, *Pravnik*, 1-2/1988, str. 52 in 53.

282 219. člen Ustave:

"Sodišča so pri izvrševanju sodne funkcije neodvisna in sodijo po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih."

283 Povzeto po STUDY OF THE EQUALITY IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, United Nations, New York, 1972, E/CN.4/Sub.2/296/Rev.1, para 14-18.

#### 6.7.4.4.3. Merilo moralno-politične primernosti je sporno

Sodniki rednih sodišč lahko postanejo tisti, ki so za sodniško funkcijo moralno-politično primerni. To zahteva že Ustava.<sup>284</sup> Sporen je že sam pojem moralno-politične primernosti, saj predstavlja "spajanje dveh disparatnih pojmov v enega (mogoče je reči moralna in politična primernost, a to je nekaj drugega) in ni jasno, kaj naj bi pojem predstavljal, določeno pa tudi ni, s katerimi sredstvi naj bi se ta neprimernost ugotavljala in iz kakšnih dejavnosti sodnika naj bi izhajala."<sup>285</sup> Če naj bi izhajala iz sodnikovega sojenja, tedaj se pojavita dve težavi -- odločitve sodišča so praviloma odločitve senata, torej skupne odločitve vseh članov senata. Pri tem pa niti ni jasno, kakšen je delež posameznih sodnikov pri odločitvi, saj je zasedanje in glasovanje senata tajno. Za dokazovanje moralno-politične primernosti je v praksi navadno zadoščalo članstvo v Zvezi komunistov. Praksa pa dokazuje, da članstvo v Zvezi komunistov pravzaprav ne pomeni veliko, saj so npr. za gospodarska kazniva dejanja ali kazniva dejanja zoper uradno dolžnost praviloma obsojeni ravno člani ZK. Še večje težave povzročata dokazovanje, da kandidat oz. sodnik ni družbeno-politično primeren.<sup>286</sup> Ta kriterij predstavlja tudi kršitev 111. konvencije Mednarodne organizacije dela o diskriminaciji pri zaposlovanju in poklicih<sup>287</sup> in nekateri predlagajo odpravo tega kriterija kot ustavni amandma.<sup>288</sup> Pogoj je neprimeren tudi zato, ker je določen le za sodnike rednih sodišč, ne pa za sodnike porotnike rednih sodišč ter za sodnike sodišč združenega dela.<sup>289</sup>

#### 6.7.4.4.4. Stalnost sodniške službe

Nadaljnje zelo pomembno načelo pri postavljanju sodnikov je stalnost njihove službe oziroma neodstavljalnost sodnikov. V Angliji je bilo kralju odvzeto odstavljanje sodnikov že leta 1701 v omenjenem *British Act of Settlement*. Tudi srbska Ustava iz leta 1888 je nedvoumno določala, da so sodniki

284 2. odstavek 230. člena:

"Sodniki rednih sodišč se volijo in razrešujejo na način, pod pogoji in po postopku, ki zagotavljajo strokovno sposobnost in moralno-politično primernost za opravljanje sodniške funkcije in neodvisnost sodnikov pri sojenju."

285 Vasiljević, *op. cit.*, str. 49.

286 Citirano po Vasiljević, *op. cit.*, str. 49 in 50.

287 Ur.l. FLRJ, dodatek Mednarodne pogodbe in drugi sporazumi, št. 3/1961. Citirano po Grgič, *op. cit.*, str. 50.

288 Ude, *Ustavnost in zakonitost ter pravosodni sistem z vidika predlogov za spremembo Ustave SFRJ*, Združeno delo, 6/1987, str. 593: "Na drugi strani pa bi bilo primerno vključiti v ta amandma spremembo 230. člena Ustave SFRJ, ki v drugem odstavku med drugim zahteva kot pogoj za izvolitev sodnika tudi njegovo moralno-politično primernost. Problem tega pogoja (namreč pogoja moralno-politične primernosti) je znan in ima tudi svoje mednarodne razsežnosti."

289 Grgič, *op. cit.*, str. 50.



stalno nastavljeni in da proti svoji volji ne morejo biti odstavljene, razen s sodbo rednega sodišča ali z disciplinsko sodbo kasacijskega sodišča.<sup>290</sup> Izgovor, da je osemletni mandat sodnikov rednih sodišč zadostno jamstvo za njihovo nepristransko sojenje, zbledi, če se strinjamo z ugotovitvijo, da se "odločbe sodnikov pred upokojitvijo razlikujejo od odločb drugih sodnikov po svojem svobodnem stališču in pogumu".<sup>291</sup>

Sodniki uživajo tudi omejeno kazensko procesno imuniteto, saj ne morejo biti priprti zaradi kaznivega dejanja, storjenega pri opravljanju sodniške funkcije, brez dovoljenja skupščine družbenopolitične skupnosti.<sup>292</sup> Takšno varstvo ni nujno posebno učinkovito, saj dopušča priprtje sodnika za vsa druga kazniva dejanja. Poleg teh instrumentov kvalitetno sojenje omogočajo še zadostna strokovnost sodnikov, spodobne plače, nepremestljivost z enega sodišča na drugo sodišče, izključitev možnosti disciplinske odgovornosti, inkompatibilnost opravljanja določenih del ali službe s sodniško funkcijo in druge. Posebej pa velja omeniti še tri načela, oziroma osebne pravice, ki iz njih izhajajo: pravico do naravnega sodnika, prepoved posebnih, predvsem vojaških sodišč in načelo, naj bo sodišče in pravo, po katerem se obdolžencu sodi, čim bližje okolju, kjer je bilo dejanje storjeno.

290 "158. člen srbske Ustave iz leta 1888:

"(1) Sudije so svojim zvanjima stalne.

(2) Sudija ne može biti lišen svoga zvanja niti ma pod kojim izgovorom uklonjen s dužnosti protiv svoje volje bez presude Kasacionog suda.

(3) Sudija ne može biti tužen na svoj sudski rad bez odobrenja Kasacionog suda.

(4) Sudija može biti premešten samo novim postavljanjem po svojem pristanku.

(5) Sudija ne može biti stavljen u penziju protiv svoje volje, osim kad navrší 60 godina života, ili 40 godina državne službe, ili kad telesno ili duševno oboli, da ne može dužnosti da vrši. Ali sa poslednjeg slučaja sudija se ne može staviti u penziju bez rešenja Kasacionog suda."

(Prevod:

"(1) Sodniška služba je stalna.

(2) Sodniku z nobenim izgovorom ni mogoče odvzeti sodniške službe proti jegovi volji, razen sodbo Kasacijskega sodišča.

(3) Sodnik ne sme biti tožen za svoje sodniško delo, razen ob odobritvi Kasacijskega sodišča.

(4) Sodnik je lahko premeščen samo, če v to privoli.

(5) Sodnik ne sme biti upokojen proti svoji volji, razen če dopolni 60. leto življenja ali 40. leto državne službe ali če tako telesno ali duševno zbolí, da ne more opravljati sodniške dolžnosti. Iz zadnjega razloga pa je lahko sodnik upokojen le po odločbi Kasacijskega sodišča.")

Citirano po Sućeska, ISTORIJA DRŽAVA I PRAVA NARODA SFRJ, Svjetlost, Sarajevo, 1971, str. 163.

291 Vasiljević, *Sodstvo in sodniki*, Pravnik, 5-7/1986, str. 240 in 241. Avtor še navaja, da se sodnik v delikatnih primerih raje izogne sojenju (uporabi institut izločitve sodnika) ali pa prenese odločitev v roke višjega sodišča, pri čemer se odloči za najhujšo pravno kvalifikacijo in najstrožjo sankcijo v prepričanju, da mu tega ne bodo zamerili. Vse to stori zaradi osebne varnosti.

292 231. člen Ustave.

#### 6.7.4.5. Pravica do naravnega sodnika

V deklaracijah o človekovih pravicah in v ustavnih dokumentih se je že v 18. stoletju začela pojavljati *pravica človeka, da mu sodi "naraven sodnik"*.<sup>293</sup> 4. člen V. poglavja francoske Ustave iz leta 1791 je določal, da "ljudem ne sme biti odvzeta pravica, da jim sodi sodnik, ki jim ga določi zakon". Francoska Ustava iz leta 1830 je določala, da nikomur ne sme biti odvzeta pravica do naravnega sodnika. Podobna določila imajo tudi sodobne ustave. Švicarska zvezna Ustava v 58. členu določa: "Nikomur ne sme biti odvzeta pravica do naravnega sodnika. Zato ne smejo biti ustanovljena nobena izredna sodišča. Cerkvena sodišča so odpravljena." Belgijska Ustava določa: "nikomur ni mogoče proti njegovi volji odvzeti pravice do sodnika, postavljenega z zakonom. Ustanovljene ne smejo biti nobene posebne komisije ali sodišča kakršnekoli vrste."<sup>294</sup> Italijanska ustava v 1. odstavku 25. člena povsem jasno pravi: "Nihče ne sme biti odtegnjen rednemu, z zakonom vnaprej določenemu sodniku."

Ustava SFRJ v poglavju o svoboščinah nima določil o pravici do naravnega sodnika ali do pravičnega sojenja pred neodvisnim in nepristranskim sodnikom. Načelo neodvisnosti sodišč je izraženo v poglavju o sodstvu in javnem tožilstvu.<sup>295</sup> V Ustavi torej nimamo pravice do neodvisnega in nepristranskega sodnika kot individualne pravice, ampak le načelo za delovanje sodišč. Pakt pa v 1. odstavku 14. člena določa: "... Vsakdo ima pravico, da se njegov primer pravično in javno obravnava pred pristojnim, neodvisnim in nepristranskim, po zakonu ustanovljenim sodiščem..." Tudi Splošna deklaracija človekovih pravic ima podobno določbo.<sup>296</sup>

Kot kažejo zgledi iz drugih držav, nekateri pravni redi izrecno zahtevajo, da je *sodnik vnaprej z zakonom določen*, ne pa da ga za posamezen primer določi npr. predsednik sodišča. Vprašanje je, ali takšna obveznost izhaja tudi iz določila Pakta.<sup>297</sup> Pakt govori, da mora biti sodišče neod-

293 V slovenščini izraz ni ustaljen. Angleščina uporablja izraze "natural judge", "lawful judge", tudi "ordinary" in "constitutional judge".

294 Povzeto po STUDY OF THE EQUALITY IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, United Nations, New York, 1972, E/CN.4/Sub.2/296/Rev.1, para. 205.

295 219. člen Ustave pravi: "Sodišča so pri izvrševanju sodne funkcije neodvisna in sodijo po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih."

296 10. člen Deklaracije: "Vsak ima enako kakor vsak drug pravico do pravičnega in javnega zaslišanja pred neodvisnim in nepristranskim sodiščem..."

297 Angleška in francoska verzija za besedo, ki je v slovenščino prevedena kot "sodišče", uporabljata izraz "tribunal". Beseda "tribunal" lahko pomeni tako sodišče, kakor senat. Razlika med tem, ali je z zakonom ustanovljeno sodišče, ali pa je konkretno določljiv senat, ki sodi v konkretnem primeru, je seveda velika. Da so sodišča ustanovljena z zakonom pomeni le, da niso ustanovljena s kakšnim drugačnim aktom. Ne izključujejo niti specialnih niti *ad hoc* sodišč, ki so bila v Britaniji že v 17. stoletju prepovedana.



visno in nepristransko. Dejstvo je, da je zelo težko govoriti o nepristranskem sodišču. Sodišče je lahko neodvisno, nepristransko pa težje, saj nepristranskosti ni mogoče zagotoviti kar vnaprej, za celo sodišče in za vse bodoče primere. Z organizacijskimi uredbami se lahko zagotovi ločenost sodstva od sodne in izvršilne veje oblasti, torej neodvisnost, nepristranskost pa le v tolikšni meri, kolikor je izvršilna veja oblasti (predvsem v kazenskih postopkih) tudi stranka. Vendar je nepristranskost predvsem dinamična komponenta, ki se vzpostavlja za vsak primer posebej. Čeprav Pakt pravice do naravnega sodnika ne omenja izrecno, bi takšna razlaga besedila bila povsem smiselna.

#### 6.7.4.6. *Nevarnost, ki jo predstavljajo izredna in vojaška sodišča za neodvisnost in nepristranskost sojenja*

##### 6.7.4.6.1. *Zgodovinski viri*

Ena najpomembnejših zahtev, s katero naj bi zagotovili pravično, torej nepristransko sojenje, je bila zahteva po rednem sodstvu in po prepovedi posebnih sodišč. Že v začetku 17. stoletja je bilo v angleški *Petition of Rights* (1628) sojenje pred vojaškimi sodišči v miru prepovedano. *Habeas Corpus Act* (1679) je odpravil posebna kraljeva sodišča in civilne in kazenske zadeve poveril samo rednim, civilnim sodiščem. Ena pglavitnih institucij starega režima, proti kateri so se francoski revolucionarji uprli leta 1789, so bila osebna kraljeva *ad hoc* sodišča. Francoska Ustava iz leta 1830 je določala v 54. členu: "Tako ne sme biti ustanovljeno nobeno posebno sodišče ali komisija za kakršenkoli namen ali pod katerimkoli imenom."<sup>298</sup>

##### 6.7.4.6.2. *Opozorilo Komiteja za človekove pravice*

V sodobnih pravnih redih je splošna pristojnost rednih civilnih sodišč eno temeljnih načel pravosodja. Da bi preprečili samovoljo posameznih družbenih skupin in zlorabo sodstva v svoje namene, nekateri pravni redi celo prepovedujejo častna razsodišča na določenih področjih.<sup>299</sup> Na mednarodni ravni na nevarnost, ki jo predstavljajo za človekove pravice posebna, predvsem vojaška sodišča, opozarjajo predvsem organi Združenih narodov. Komite za človekove pravice je v 13. Splošnem komentarju povedal, da "vojaška in izredna sodišča, ki sodijo civilnim osebam, predstavljajo resno oviro za neodvisno in nepristransko sojenje.

298 Povzeto po STUDY OF THE EQUALITY IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, United Nations, New York, 1972, E/CN.4/Sub.2/296/Rev.1, para 14-18.

299 26. člen španske Ustave (1978):

"Prepovedana so častna razsodišča na področjih civilne uprave in poklicnih organizacij."

Pogosto je razlog za ustanovitev takšnih sodišč omogočiti uporabo posebnih postopkov, ki ne ustrezajo normalnim standardom pravosodja...<sup>300</sup>

#### 6.7.4.6.3. Predstavniki jugoslovanske vlade ni povedal vsega glede pristojnosti vojaških sodišč

Zanimivo je, da predstavniki jugoslovanske vlade, ko je Komite za človekove pravice obravnaval poročilo Jugoslavije, glede vojaških sodišč v Jugoslaviji ni omenil njihove pristojnosti nad civilisti. Zapisnik z zasedanja pravi: "Predstavniki se je kratko dotaknil vojaških sodišč, ki naj bi sodila o kaznivih dejanjih vojaških oseb."<sup>301</sup>

#### 6.7.4.6.4. Komite pogosto ugotavlja kršitve človekovih pravic s strani vojske

Komite za človekove pravice ima za članice Pakta, ki so pristopile k opcijskemu protokolu, pravico sprejemati individualne pritožbe od posameznikov pod njihovo jurisdikcijo zaradi kršitev pravic, ki jih Pakt priznava, in ugotavljati kršitve določil Pakta. Večino kršitev, ki jih je Komite ugotovil, so zagrešili vojaški preiskovalni ali sodni organi.<sup>302</sup>

Študija o enakosti v pravosodju, ki jo je izdelala Podkomisija za preprečevanje diskriminacije in zaščito manjšin pri Združenih narodih, je posebej poudarila nevarnost vojaških sodišč za pravično sojenje, tako glede vojaških, še posebej pa glede civilnih oseb.<sup>303</sup>

#### 6.7.4.7. Sodijo naj sodišča, ki so državljanom najbližja

Poseben instrument, ki naj zagotovi pravičnejše sojenje, je zahteva, naj bo sodišče čim bližje okolju, kjer je bilo kaznivo

300 REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/39/40), Annex VI, General comments under article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights, General comment 13 (21) (article 14), para. 4.

301 "The representative brief referred to the military courts, it being considered that they dealt with criminal offences committed by members of the armed forces." Citirano po REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/39/40), para. 224.

302 V zadevah, ki jih je Komite obravnaval v času od 4. novembra 1983 do 24. julija 1984 so bile sploh vse kršitve, ki jih je Komite ugotovil, povzročene s strani vojaških organov. Šlo je za sporočila: Communication No. 83/1981, žrtev kršitve: Raul Noel Martínez Machado, prizadeta država: Urugvaj, seja Komiteja: 4. novembra 1983; Communication No. 103/1981, žrtev kršitve: Battle Oxandabarat Scarrone, prizadeta država: Urugvaj, seja Komiteja: 4. novembra 1983; Communication No. 85/1981, žrtev kršitve: Hector Alfredo Romero, prizadeta država: Urugvaj, seja Komiteja: 29. marca 1984; Communication No. 110/1981, žrtev kršitve: Antonio Viana Acosta, prizadeta država: Urugvaj, seja Komiteja: 29. marec 1984; Communication No. 123/1982, žrtev kršitve: Jorge Manera Lluberas, prizadeta država: Urugvaj, seja Komiteja: 6. april 1984; Communication No. 124/1982, žrtev kršitve: Tshitenge Muteba, prizadeta država: Zaire, seja Komiteja: 24. julija 1984. Primeri so objavljeni v REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/39/40), Annex VII - XIII.

303 Povzeto po STUDY OF THE EQUALITY IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, United Nations, New York, 1972, E/CN.4/Sub.2/296/Rev.1, para 140 in 195.



dejanje storjeno. Smisel takšnih pravil izhaja iz spoznanja, da bo sojenje pravičnejše, če bodo sodniki, ki o kaznivem dejanju sodijo, glede na vrednostni sistem čim bližje tistemu okolju, v katerem je bilo dejanje storjeno. To spoznanje se izraža tudi v instituciji porote. Njen smisel je ravno v tem, da je presoja o krivdi storilca prepuščena laikom ne le zato, ker so laiki, marveč predvsem zato, ker so ljudje iz okolja, kjer je bilo dejanje storjeno. Takšno določbo ima že *Magna Charta Libertatum* (1215), ki v 39. členu določa, da bodo svobodnjaku pravice odvzete le po zakoniti sodbi "njemu enakorodnih mož ali po pravu dežele". VI. amandma ameriške Ustave, podobno pa je tudi določilo 5. člena *Virginia Bill of Rights*, pravi, da ima obdolženi pravico "do nepristranske porote, izbrane v tisti državi in okrožju, kjer bo storjeno dejanje, pri čemer bo okrožje vnaprej določeno po zakonu". V sodobnih pravnih redih je to načelo že tako samoumevno, da se v ustavnih dokumentih ne pojavlja več. Izraža se v zakonih, kjer je temeljno načelo glede pristojnosti v kazenskih zadevah načelo pristojnosti glede na kraja kjer je bilo dejanje storjeno (*forum loci delicti commissi*),<sup>304</sup> oz. temeljno načelo glede zakona, ki naj se uporabi *lex loci delicti commissi*.<sup>305</sup> Tudi jugoslovanska teorija poudarja, da na prvi stopnji sodijo sodišča, ki so državljanu najbližja.<sup>306</sup>

Sodišča relativno zaprtih družbenih skupin (predvsem cerkve in vojske), ki imajo poseben, drugačen vrednostni sistem kot druge družbene skupine oziroma kot družba v celoti, so zato tudi po tem kriteriju vprašljiva.

### 6.7.5. *Pravica zaslišati sovražne priče in priče obrambe*

Bistven element pravice do obrambe je možnost navajati dokaze v svojo korist. Ker so priče v kazenskem postopku eden najpomembnejših virov dokazovanja, je pravica do zaslišanja prič postala ustavna kategorija, dvignjena nad druga procesna pravila dokazovanja in vodenja postopka.

Pomen te pravice izražajo že dokumenti iz 18. stoletja. *Virginia Bill of Rights* (1776) v 8. členu pravi: "Pri kaznivih dejanjih, za katera je zagrožena smrtna kazen in pri vseh drugih kaznivih dejanjih ima človek pravico... soočiti se s tistimi, ki ga tožijo in s pričami; navajati dokaze v svojo korist..." Ameriška ustava v VI. amandmaju iz leta 1791 določa:

304 1. odstavek 26. člena ZKP:

"Krajevno pristojno je praviloma sodišče, na katerega območju je bilo dejanje storjeno ali poskušano."

305 1. odstavek 110. člena KZ SFRJ:

"Kazenski zakon republike oziroma avtonomne pokrajine velja za vsakogar, kdor stori na ozemlju republike ali avtonomne pokrajine kaznivo dejanje, določeno v omenjenem zakonu, ne glede na to, kje za tako dejanje sodijo."

306 J. Dordević, *op. cit.*, str. 788.

"Kadar bo kdo kazensko preganjan, bo imel pravico... *soočiti se s pričami zoper sebe; in pravico prisilne privedbe prič, ki bi pričale zanj...*"

Sodobne konvencije to pravico ravno tako natančno opredeljujejo. Evropska konvencija o človekovih pravicah v 3. odstavku 6. člena določa: "Kdor je obdolžen, ima naslednje minimalne pravice: ...(d) da navzkrižno zaslišuje oziroma zahteva zaslišanje obtežilnih prič in da doseže navzočnost in zaslišanje prič v svojo korist pod enakimi pogoji kot to velja za obtežilne priče." Podobna je določba Ameriške konvencije o človekovih pravicah.<sup>307</sup>

V zvezni Ustavi podobnih določb ne najdemo. 182. člen je precej skromnejši in kot elementa pravice do obrambe omenja le pravico biti zaslišan in pravico vzeti si zagovornika.<sup>308</sup> Tudi v jugoslovanski kazenskopравни teoriji pravice v zvezi z zasliševanjem prič niso razdelane, na kar kaže tudi dejstvo, da sploh še ni ustaljenega izraza, ki bi označeval to vrsto pravic.

Vrzel v Ustavi zapolnjuje Pakt, ki podobno kot druge mednarodne konvencije določa (14. člen, 3. odstavek, točka (e)): "Vsakomur, kdor je obdolžen kaznivega dejanja, morajo biti ob popolni enakopravnosti zajamčene vsaj tele pravice: ...(e) slišati<sup>309</sup> ali predlagati, naj drugi slišijo priče, ki ga obremenjujejo, in izposlovati prihod in zaslišanje prič obrambe ob enakih pogojih kot veljajo za priče obtožbe." V Splošnem komentarju komite za človekove pravice pri Združenih narodih pravi, da je namen določbe v tem, da so obdolžencu zagotovljene enake pravne možnosti za prisilno privedbo prič in njihovega zaslišanja, kot jih ima obtožba.<sup>310</sup>

### 6.7.6. *Prepoved izsiljevanja izjav in priznanj in prepoved mučenja nasploh*

Eno najbolj temeljnih izhodišč pri oblikovanju vseh mednarodnih dokumentov, ki zadevajo človekove pravice, je spoznanje o nujnosti spoštovanja, celo o prirojenosti člove-

307 2. odstavek 8. člena pravi, da ima vsak, kdor je obdolžen v kazenskem postopku "pravico zaslišati priče, ki so prisotne na sojenju in doseči, da se zaslišijo priče ali izvedenci, ki bi lahko pojasnili zadevo."

308 Besedilo 1. in 2. odstavka 182. člena se glasi:

"(1) Zajamčena je pravica do obrambe.

(2) Nihče, kdor je dosegljiv sodišču ali drugemu za postopek pristojnemu organu, ne sme biti kaznovan, če ni bil po zakonu zaslišan ali mu ni bila dana možnost obrambe."

309 Ustreznejši prevod bi bil "zaslišati". Prim. francoski izraz "interroger" in angleški izraz "examine", ki sta uporabljena v francoskem in angleškem izvirniku Pakta.

310 REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY OFFICIAL RECORDS, Supplement No. 40 (A/39/40), General comments under article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights, General Comment 13 (21) (article 14), para. 12.



kovega dostojanstva.<sup>311</sup> Spoštovanje dostojanstva je pomembno predvsem v kazenskem postopku in pri izvrševanju kazenskih sankcij. Ena najhujših oblik nespoštovanja tega načela je mučenje. V kazenskem postopku ni edini namen mučenja poniževanje priprtega, marveč predvsem izsiljevanje priznanj in izjav.

Ustava in ZKP prepovedujeta izsiljevanje priznanj in izjav.<sup>312</sup> Glede zasliševanja ZKP pravi, da mora biti opravljeno tako, "da se v polni meri spoštuje obdolženčeva osebnost."<sup>313</sup> Tudi med prestajanjem pripora državni organi ne smejo žaliti osebnosti in dostojanstva obdolženca.<sup>314</sup> Podrobnejših določb, ki bi govorile prav o mučenju, v ZKP in v Ustavi ne najdemo, zato meja med ravnanjem, ki predstavlja žalitev osebnosti in dostojanstva ter tistim ravnanjem, ki je še dopustno, ostaja nejasna. Kršitve teh načel oziroma človekovih pravic je zato težko uveljavljati pred sodiščem.

Mednarodni dokumenti o mučenju izrecno govorijo, med njimi Splošna deklaracija človekovih pravic<sup>315</sup> in Pakt.<sup>316</sup> Ker tudi za mučenje, surovo, nečloveško in ponižujoče ravnanje velja, da v jugoslovanski zakonodaji in sodni praksi ni dovolj natančno opredeljeno, je toliko bolj dragocena razlaga izraza v 1. členu Konvencije proti mučenju in drugemu krutemu, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju.<sup>317</sup> Opredelitev ne zajema le povzročanja telesnih bolečin, marveč obsega tudi duševne bolečine in trpljenje.<sup>318</sup>

311 Človekovo dostojanstvo že v preambuli omenja *Ustanovna listina Združenih narodov*, ko pravi, da so narodi odločeni, da znova potrdijo vero v temeljne človekove pravice, v dostojanstvo in vrednost človeške osebnosti... Preambula *Splošne deklaracije človekovih pravic* se začne z besedami:

"Ker pomeni priznanje prirojenega človekovega dostojanstva vseh članov človeške družbe in njihovih enakih in neodtujljivih pravic temelj svobode, pravičnosti in miru na svetu..." V *Helsinški listini* je rečeno, da državljske, politične, gospodarske, socialne, kulturne in druge pravice in svoboščine izvirajo iz dostojanstva, lastnega človekovi osebnosti.

312 2. odstavek 176. člena Ustave pravi:

"Prepovedano in kaznivo je kakršnokoli izsiljevanje priznanj in izjav." Podobno je besedilo 10. člena ZKP. Prepoved uporabe sile, grožnje ali drugih podobnih sredstev pri zasliševanju določa 7. odstavek 218. člena ZKP.

313 7. odstavek 218. člena ZKP.

314 1. odstavek 201. člena ZKP.

315 5. člen Deklaracije:

"Nihče ne sme biti podvržen mučenju ali surovemu, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju."

316 7. člen Pakta:

"Nihče ne sme biti podvržen mučenju ali krutemu, nečloveškemu ali ponižujočemu kaznovanju ali ravnanju. Še posebej je prepovedano delati na kom brez njegove privolitve medicinske in znanstvene poskuse."

317 Jugoslavija doslej te konvencije, ki je bila sprejeta leta 1984, še ni ratificirala.

318 1. odstavek 1. člena Konvencije:

"Izraz 'mučenje' pomeni za namene te konvencije vsako dejanje, s katerim je nekomu namerno povzročena huda bolečina oziroma telesno ali duševno trpljenje, zato da bi se od njega ali od tretje osebe pridobilo obvestilo ali priznanje, ali da bi bil kaznovan za

Razlika med ZKP in mednarodnopravno ureditvijo je predvsem v tem, da ZKP izrecno prepoveduje grožnje in izsiljevanje izjav *le pri zaslišanju*, mednarodni pravni akti pa nasploh, torej tudi ko zaslišanje ne poteka. ZKP ima namreč, kar zadeva ravnanje s priporniki, le splošno določbo, da se ne smeta žaliti osebnost in dostojanstvo obdolženca.

Posledica podrobnejše opredelitve mučenja ter eksplicitne prepovedi mučenja kot človekove pravice je več. Ker prepoved mučenja ne predstavlja le načela za ravnanje državnih organov v kazenskem postopku, temveč tudi človekovo pravico, ima žrtev mučenja pravico do pritožbe zaradi kršitve te pravice. Od splošne prepovedi mučenja in možnosti pritožbe zaradi kršitve te pravice, oziroma možnosti kazenskega pregona storilcev, ki urejajo mučenje za nazaj, torej po tem, ko je do mučenja že prišlo, je bolj pomembno ustvarjanje okoliščin, ki bi mučenje *vnaprej* preprečevale. Ker je osrednji motiv mučenja protipravno pridobivanje izjav, ki naj služijo kot dokaz, mučenje ne bi bilo več smiselno, če bi izločili vse protipravno pridobljene dokaze. S tem ko smo sprejeli načelo o doslednem izločanju protipravno pridobljenih dokazov pa problema še zdaleč nismo rešili, saj žrtev praktično ne bo mogla dokazati, da so jo mučili, še posebej, če mučenje na telesu žrtve ni pustilo brazgotin ali drugih očitnih sledov. Zato je toliko pomembnejše, tudi za uresničevanje pravice do humanega postopanja s priporniki, da ima osumljenec pravico do odvetnika že ob prvem stiku s policijo. Od primera Miranda naprej velja domneva, da je bilo priznanje pridobljeno na nedovoljen način, če priperti ni bil seznanjen s pravico do odvetnika. Še enkrat je torej treba poudariti širok pomen pravice obdolženca do prisotnosti odvetnika že ob prvem stiku s policijo, saj predstavlja bistven element uresničevanja pravice ne biti podvržen mučenju ali drugemu krutemu ravnanju.

### 6.7.7. *Domneva nedolžnosti*

Že v 18. stoletju je francoska Deklaracija o pravicah človeka in državljana opredelila osebno človekovo pravico, da za vsakogar velja, da je nedolžen, dokler ni ugotovljena njegova krivda.<sup>319</sup> Nekateri pravni redi imajo predpostavko nedolžnosti kot človekovo pravico, drugi ne. Pri nas je v Ustavi in v ZKP sicer zapisano, da "nihče ne more veljati za

dejanje, ki ga je storil ali je bil osumljen, da ga je storil on ali neka tretja oseba, ali da je bil ustrahovan on ali tretja oseba, ali zaradi razlogov, ki temeljijo na diskriminaciji katerekoli vrste, če je takšno bolečino ali trpljenje povzročila uradna oseba oziroma za to dala pobudo, odobritev ali privolitev, ali so za to dale pobudo, odobritev ali privolitev druge osebe, ki nastopajo po uradni dolžnosti. Ne vključuje pa bolečin in trpljenja, ki je neločljivo ali naključno povezano z izvrševanjem zakonitih sankcij."

319 9. člen Deklaracije (1789):

"Vsakdo velja za nedolžnega, dokler ni ugotovljena njegova krivda..."



krivega kaznivega dejanja, dokler to ni ugotovljeno s pravnomočno sodbo",<sup>320</sup> nič pa ni rečeno o tem, da obdolženi velja za nedolžnega. Del teorije sicer trdi, da Ustava vsebuje predpostavko nedolžnosti,<sup>321</sup> kar pa po letu 1976, ko je začel veljati Pakt, niti ni pomembno, saj predpostavko nedolžnosti Pakt nedvomno in izrecno določa: "Vsakdo, kdor je obtožen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler ni zakonito ugotovljena njegova krivda."<sup>322</sup>

Nobenega dvoma torej ni, da v jugoslovanskem pravnem redu predpostavka nedolžnosti kot človekova pravica obstaja. Ker gre pri predpostavki nedolžnosti za človekovo pravico, ima akt, ki jo zagotavlja (Pakt), višjo pravno veljavo, kot določila zakonov, ki bi mu utegnila nasprotovati. Domneva nedolžnosti (več o njej glej v Uvodu, 4.30.12.) ne velja za policijo in za tožilca, ki sploh ne bi mogla delovati, če bi iz nje izhajala. Narobe, policija in tožilec izhajata iz predpostavke, da nekdo verjetno je kriv (osumljenec, zoper katerega, na primer, odredijo pripor). Tožilec, ko vloži obtožnico, celo terja od sodišča, da obdolženca obsodi, ker izhaja iz prepričanja, da obdolženec je kriv. Domneva nedolžnosti velja potemtakem le za sodišče. In če mora sodišče vse do konca glavne obravnave domnevati, da je obdolženec nedolžen, tedaj sodišče samo ne sme razjasnjevati dejanskega stanja ter predlagati in izvajati dokazov v obdolženčevo škodo. Če noče biti pristransko in izvajati dokazov v korist obdolženca (kar bi lahko izhajalo iz predpostavke nedolžnosti), tedaj mora ostati popolnoma pasivno. To pomeni, da je vse *dokazno breme na tožilcu* in da sodišče samo ne sme aktivno sodelovati pri dokazovanju.

Gre predvsem za določila ZKP, ki uzakonjajo instruksijsko maksimo. Po 1. odstavku 15. člena ZKP mora sodišče "po resnici in popolnoma ugotoviti dejstva, pomembna za izdajo zakonite odločbe". "Predsednik senata sme tudi brez predloga strank odrediti, naj se za glavno obravnavo priskrbijo novi dokazi".<sup>323</sup> "Senat sme odločiti, da se izvedejo tudi dokazi, ki niso bili predlagani, ali pa jih je predlagatelj umaknil".<sup>324</sup> "Priznanje obtoženca na glavni obravnavi, pa naj je še tako popolno, ne odveže sodišča dolžnosti, da izvede tudi druge dokaze."<sup>325</sup> "Če senat po končanih izvajanjih strank ne spozna, da bi bilo treba izvesti še kakšne dokaze, naznani predsednik senata, da je glavna obravnava

320 4. odstavek 181. člena Ustave in 3. člen ZKP.

321 Npr. J. Dordević, *op. cit.*, str. 389, USTAV SFRJ, STRUČNO OBJAŠNENJE (več avtorjev), Beograd, 1975, str. 328.

322 2. odstavek 14. člena Pakta.

323 3. odstavek 282. člena ZKP.

324 5. odstavek 322. člena ZKP.

325 323. člen ZKP.

končana.<sup>326</sup> Vprašljivo je tudi zasliševanje obdolženca s strani sodnika,<sup>327</sup> zasliševanje izvedencev in druge določbe. Zato so določbe ZKP, ki predpisujejo sodišču aktivno vlogo v postopku s stališča človekove pravice, ki jo določa domneva nedolžnosti, problematične.

### 6.7.8. Javnost sojenja

Načelo javnosti sojenja naj bi zmanjšalo možnost, da bi sodišče sodilo pristransko. V Ustavi to načelo ni opredeljeno kot individualna človekova pravica, marveč kot načelo za delovanje pravosodja,<sup>328</sup> po ZKP pa protipravna izključitev javnosti predstavlja pritožbeni razlog, na podlagi katerega lahko obdolženec pravico do navzočnosti javnosti individualno uveljavlja.<sup>329</sup>

Pakt ravno tako določa pravico do javnega sojenja, javnost pa je lahko po Paktu izključena, če to zahtevajo morala, javni red, nacionalna varnost in še iz nekaterih drugih razlogov.<sup>330</sup> Pakt in Ustava, kar zadeva varovanje tajnosti kot razlog za izključitev javnosti, nista v nasprotju, saj lahko rečemo, da "javni red" iz Pakta zajema tudi varovanje tajnosti, ki je določeno v Ustavi in v ZKP.<sup>331</sup>

V postopku proti Janši in drugim izključitveni razlog sam (varovanje vojaške tajnosti) ni bil sporen, lahko pa je bila sporna njegova interpretacija (ali je v resnici šlo za vojaško tajnost, ali je bila tajnost tako pomembna, da je terjala izključitev javnosti z vse glavne obravnave in izključitev civilnih zagovornikov itd.). Pri tem pa znova pridemo do vprašanja neodvisnosti sodišč. Prav institut izključitve

326 1. odstavek 344. člena ZKP.

327 1. odstavek 316. člena ZKP.

328 227. člen Ustave:

"(1) Obravnavanje pred sodiščem je javno.

(2) Zakon določa, v katerih primerih se sme pri obravnavanju izključiti javnost zaradi varovanja tajnosti, varstva morale, v interesu mladoletnika ali zaradi drugih posebnih interesov družbene skupnosti."

329 4. točka 1. odstavka 364. člena ZKP opredeljuje protipravno izključitev javnosti kot absolutno bistveno kršitev postopka.

330 1. odstavek 14. člena Pakta:

"...med vso obravnavo ali med delom obravnave sme biti javnost izključena, če to zahtevajo morala, javni red ali nacionalna varnost v demokratični družbi, če to zahteva osebno življenje strank, pa tudi, če je sodišče mnenja, da je to absolutno potrebno zaradi posebnih okoliščin primera, ker bi javnost škodovala pravici; vendar pa mora biti vsaka v kazenski ali v civilni stvari izrečena sodba javna, razen če terjajo mladoletnikove koristi drugačno ravnanje ali če se razprava nanaša na zakonski spor ali na skrbništvo nad otroki."

331 288. člen ZKP glede razlogov za izključitev javnosti ne odstopa od ustavne diktacije. Ker je pravica do javnega sojenja individualna pravica obdolženca in ne le načelo za delovanje pravosodja, velja tista določba, ki obdolženca daje več pravic. V tem primeru to pomeni, da mora biti razlog za izključitev javnosti opredeljen v Paktu in v Ustavi. V nasprotnem primeru bi sodišče ali prekoračilo svoja pooblastila, ki mu jih daje Ustava, ali kršilo obdolženčovo pravico, ki jo zagotavlja Pakt.



javnosti nam kaže, da nekaterih zadev enostavno ni mogoče tako natančno urediti na abstraktni ravni, da jih sodišče ne bi moglo pristransko uporabiti. Neodvisno sodstvo je pogoj za uveljavljanje vseh človekovih pravic, pri institutu izključitve javnosti pa je to zaradi visoke abstraktnosti izključitvenih razlogov še posebej očitno.

### 6.7.9. Pravica do učinkovite pritožbe

Eden izmed načinov kako zagotoviti nepristransko sojenje je tudi dvoinstančnost odločanja, načelo, da mora stranka v vsakem sodnem postopku imeti pravico, da višje sodišče preizkusi, ali je izdana sodba zakonita. Smisel instituta pritožbe je zagotoviti pravilno, to je nepristransko sodbo, pa naj je bila morebitna pristranskost sodišča na prvi stopnji namerna ali nenamerna (povzročena z malomarnim delom, nestrokovnostjo).

Sodišče je nepristransko, kadar o določeni stvari nima vnaprejšnje sodbe, kadar v sporu, ki ga obravnava, ni opredeljeno in si mnenje o zadevi ustvari šele, ko zadevo obravnava in šele na podlagi obravnave izda sodbo. Pritožbe zato ne smemo razumeti kot nekaj formalnega, kot vlogo, ki jo naslovimo kot pritožbo, marveč kot dejansko možnost, da bo pritožba učinkovito rešena. Pravice do učinkovite pritožbe sicer Ustava ne omenja, pravi le, da je vsakomur zajamčena pravica do pritožbe.<sup>332</sup> O pravici do učinkovite pritožbe pa izrecno govori Pakt. Slovenski prevod je sicer nenatančen, saj govori le o "pravici do pritožbe",<sup>333</sup> iz angleškega in francoskega originala pa je jasno razvidno, da gre za pravico do učinkovite pritožbe, ker originala uporabljata besedi "*effective remedy*" in "*recours utile*".

Za uresničevanje pravice do učinkovite pritožbe niso potrebni kakšni posebni pozitivni pogoji (razen strokovnosti), važnejša je odsotnost okoliščin, ki bi lahko ogrožale neodvisnost pritožbene instance. Pritožbeno sodišče lahko o zadevi vnaprej izreče sodbo, še preden je bil postopek na prvi stopnji sploh končan.<sup>334</sup> S stališča, ki presega okvir tega primera, pa je obravnavanje pritožbe s strani Vrhovnega vojaškega sodišča vprašljivo še glede nečesa. Sodišče lahko prejucicira zakonitost neke sodbe ne le ko je ta izrečena,

332. 2. odstavek 180. člena Ustave.

333. Točka (a) 3. odstavka 2. člena Pakta:

"Države članice tega pakta se zavezujejo, da bodo: (a) jamčile vsakomur, ki so mu bile kršene s tem paktom priznane pravice in svoboščine, pravico do pritožbe, celo tedaj, kadar so jih prekršile osebe pri opravljanju svojih uradnih dolžnosti."

334. V primeru proti Janši in drugim se je to zgodilo, ko je predsednik pritožbene instance pojasnjeval, da je glede izključitve javnosti, srbhorvaške glavne obravnave in izključitve civilnih zagovornikov postopek "povsem zakonit". Njegovo pojasnilo je bilo objavljeno v Tanjugovem poročilu z naslovom "*Sojenje je povsem zakonito*" v Delu, 25. julija 1988.

marveč že prej, tako, da na abstraktni ravni odloči za vse bodoče primere, kako je potrebno neki zakon razlagati.<sup>335</sup> Ustava sicer povsem jasno določa, da sodišča opravljajo *samo sodno funkcijo*, ne pa zakonodajne ali izvršilne,<sup>336</sup> kljub temu pa je Vrhovno vojaško sodišče izdalo Poslovnik o delu vojaških sodišč prve stopnje, v katerem je v 21. členu materialno urejalo vprašanje jezika – področje torej, ki je lahko (in je bilo) predmet spora, predmet pritožbe in zadeva, o kateri bi moralo Vrhovno vojaško sodišče šele odločiti. Ko je Vrhovno vojaško sodišče izdajalo predpise, ki konkretizirajo zakonsko materijo, je prekoračilo 217. člen Ustave in je torej ravnalo protiustavno. Istočasno pa je v primerih, ko je sodišče s predpisom uredilo neko materijo, o kateri mora kot pritožbena instanca šele odločiti, pritožitelju kratilo pravico do učinkovite pritožbe.

## 6.8. Sklep

Najožje jedro vseh človekovih pravic predstavljajo osebne človekove pravice. Za kazenski postopek sta pomembni predvsem dve svoboščini (pravici negativnega statusa), pravica do življenja in pravica do prostosti. Druge pravice v kazenskem postopku pravzaprav predstavljajo pogoje, pod katerimi je kogarkoli sploh mogoče kaznovati, oziroma ga prikrajšati za kakšno svoboščino. Nekoga je mogoče pripreti (mu začasno vzeti pravico do prostosti) samo, če je podan utemeljen sum, da je storil kaznivo dejanje. To lahko stori le sodišče, izjemoma, za krajši čas, pa policija. Ob priprtju mora biti osumljencu vročena odločba, na katero se lahko pritoži. Obdolženca lahko sodišče obsodi le, če mu je prej dalo možnost obrambe z zagovornikom, možnost pritožbe itd. Edini smisel teh pravic kot človekovih pravic, in ne kot postopkovnih pravil, je, da veljajo neposredno v vsakem postopku tako glede ravnanja državnih organov, kakor nasproti predpisom, ki jih ti organi uporabljajo, da imajo torej vnaprej podeljeno višjo pravno veljavo kot vsi drugi predpisi.

Varstvo človekovih pravic v kazenskem postopku ima pravzaprav le en cilj – preprečiti kršitev pravice do prostosti (in pravice do življenja v primeru smrtne kazni) tako, da

335 Vrhovna sodišča sicer praviloma izdajajo odločbe in načelna mnenja, ki imajo večjo težo, so bolj obvezujoče kot druge sodbe sodišč. Vendar pa te odločbe niso tako obvezujoče, kot so obvezujoči predpisi. Nižje sodišče, ali pa tudi sodišče, ki jih je izdalo, jih lahko upošteva, in praviloma jih bo upoštevalo, v posebno tehtnih primerih pa lahko sodišče od odločitev vrhovnega sodišča odstopi. Poleg tega sodne odločbe veljajo za bistveno podobne primere, abstraktni predpisi pa za vse primere, ter njihove vsebine ni mogoče prilagajati bolj, kot je to v njih predvideno.

336 217. člen Ustave:

"Sodno funkcijo v enotnem sistemu oblasti in samoupravljanja delavskega razreda in vseh delovnih ljudi opravljajo redna sodišča kot organi državne oblasti in samoupravna sodišča."









# 7. Procesnopravna vprašanja

## Kazenski postopek po drugi svetovni vojni

### 7.1. Uvod

Primer Janša je s stališča kazenskega procesnega prava izredno zanimiv, saj nas je opozoril na številne probleme, ki v našem ZKP sploh niso, ali pa so zelo slabo urejeni. Zaradi boljšega pregleda bomo celoten postopek v tem konkretnem primeru analizirali po posameznih fazah. Pri tem se bomo vprašali, ali so bile v konkretnem primeru kršene določbe ZKP; v kakšni meri so vplivale na zakonitost in pravilnost sodne odločbe; ali ZKP zadovoljivo konkretizira ustavne določbe, ki se nanašajo na kazenski postopek; ali Ustava vsebuje kazenskopravne določbe, vsebovane v mednarodnih aktih, ki jih je naša država ratificirala.

#### 7.1.1. Učinkovitost postopka versus varstvo pravic in svoboščin

Temeljni problem ureditve kazenskega postopka je vprašanje, v kakšni meri bomo upoštevali vsako od obeh nasprotujočih si pojmovanj, ki se v postopku pojavljata. Gre na eni strani za željo po čim večji *učinkovitosti* postopka in na drugi strani za željo po varstvu pravic in *svoboščin* posameznika. Od tega, kateri od obeh bomo dali večjo vel-

javo, bo v splošnem odvisna ureditev postopka. Učinkovitost lahko dosežemo le z omejevanjem pravic in svoboščin posameznika (s preventivno detencijo ipd.). Pri tem se moramo zavedati, da gre v kazenskem postopku praviloma za človeka, katerega kazenska odgovornost še ni ugotovljena in da obstaja verjetnost, da bodo te omejitve prizadele popolnoma nedolžnega državljana.<sup>337</sup> Iz temeljnih načel naše Ustave<sup>338</sup> je razvidna težnja po širjenju socialistične samoupravne demokracije zlasti na področjih, na katerih prevladujejo funkcije politične oblasti, po omejitvi prisile in k ustvarjanju pogojev za njeno odpravo. Treba je dati čim večji poudarek varstvu pravic in svoboščin posameznika, kar pomeni, da mora biti tudi kazenski postopek urejen tako, da se osebne pravice občanov čim manj omejujejo in da se vsakomur daje pravica do obrambe.<sup>339</sup> Že v rimskem pravu je veljalo načelo, da je bolje desetih krivih izpustiti, kot enega nedolžnega kaznovati.<sup>340</sup>

### 7.1.2. Razvoj ureditve kazenskega postopka po drugi svetovni vojni

Če si na kratko pogledamo razvoj ureditve kazenskega postopka po drugi svetovni vojni, lahko po položaju obdolženca in varstva njegovih pravic vidimo, kakšna je bila splošna stopnja razvoja demokratičnih odnosov družbi.

V prvem obdobju po vojni je bil položaj obdolženca slab. Obravnavan je bil bolj kot objekt kazenskega postopka, o čigar usodi odločajo državni organi in ne kot subjekt, kateremu so dane tudi vse možne pravice obrambe.

Po Brionskem plenumu junija 1951 so se pojavljale težnje po omejitvi pristojnosti ONZ in večjem varstvu pravic obdolženca, tako da je nov zakonik leta 1953 prinesel nekaj sprememb. Zlasti je bila pomembna določba o presumirani nedolžnosti, ki je bila takrat vnesena v našo zakonodajo. Vendar je tudi nova ureditev imela slabosti kot na primer, da je bila tistemu, ki je vodil preiskavo, prepuščena presoja o

337 O tem Bayer, JUGOSLAVENSKO KRIVIČNO PRAVO, I. del. str. 12, Pravni fakultet u Zagrebu, 1986

338 Ustava SFRJ, Temeljna načela IX. del.

339 Glej Bayer, *op. cit.*, str. 12:

"Tendencija zaštite osobnih prava i prava obrane gradana okrivljenih u krivičnom postupku, politički je također neobično važno i mora postojati u svakom racionalnom krivičnom postupku, jer nijednoj državi nije u pravom interesu da osuđuje osobe koje po njezinom materialnom krivičnom pravu nisu odgovorne." (Prevod: "Težnja po varovanju osebnih pravic in pravic obrambe občanov v kazenskem postopku je izrednega političnega pomena in mora obstajati v vsakem racionalnem kazenskem postopku, kajti ni je države, katere pravni interes bi bil razglašati za krive ljudi, ki po njenem kazenskem pravu niso odgovorni.")

340 Rek iz rimskega prava:

"Satus est impunitum relinquit facinus nocenti, quam innocentem damnare." (Ulpianus - "De Poenis", 48, 19, 5 pr)



tem, ali je obdolženec lahko prisoten pri posameznih preiskovalnih dejanjih. Zakon je dopuščal možnost, da se obdolžencu ni povedalo, katerega dejanja je obdolžen. To je bistveno zmanjšalo možnost učinkovite obrambe.

Te pomanjkljivosti so bile z novelami delno odpravljene. Novela leta 1967 je pod vplivom Brionskega plenuma omejila pooblastila ONZ in s tem prispevala k demokratizaciji postopka.<sup>341, 342</sup> ONZ so trdili, da jim je ta novela zvezala roke in zaradi pritiskov z njihove strani je zakonodajalec z novelo leta 1974 njihova pooblastila spet razširil. ONZ so dobili pravico do odreditve tridnevnega pripora, kar pomeni nepotrebno in zato toliko bolj nedopustno omejitev pravic občanov na račun učinkovitosti.

S stališča varstva pravic občanov pa je to velik korak nazaj v razvoju demokratičnega racionalnega postopka.

Med kasnejšimi novelami je bistveno spremembo v položaju obdolženca prinesla nova zakonodaja leta 1977. Ta vsebuje tudi določbe o izločitvi dokazov, o čemer bomo govorili v nadaljevanju.<sup>343</sup>

Če hočemo slediti nadaljnjemu razvoju in demokratizaciji tudi v kazenskem procesnem pravu, moramo v ZKP vključevati vedno več procesnih kvatel, ki bi zagotovile bolj human postopek in zmanjšale nevarnost, da bi bile nedolžnemu človeku kakorkoli kršene njegove osebne pravice.<sup>344</sup>

## 7.2. Predhodni postopek

Kazenski postopek se *uradno* začne, ko preiskovalni sodnik na zahtevo javnega tožilca izda sklep o uvedbi preiskave. To zahtevo poda javni tožilec, kadar meni, da je podan utemeljen sum, da je določena oseba storila kaznivo dejanje.<sup>345</sup>

341 Kobe, *Obaveštenja prikupljena od gradanina*, JRKK 17/79-2, str. 3-19.

342 Suvajac, *Postupak i posljedice neosnovanog privođenja i zadržavanja lica*, 13. maj, 25/72, št. 5, str. 56.

Pred novelo 1973 ONZ po določbah ZKP niso smeli sami odrediti pripora, temveč so morali obdolženega takoj pripeljati preiskovalnemu sodniku. V primeru, ko je obdolženi s svojim obnašanjem onemogočil ugotavljanje identitete so njegovo ravnanje obravnavali kot prekršek in ga na podlagi člena 90. in 100. Temeljnega zakona o prekrških zadržali, dokler niso ugotovili identitete.

343 Akademsko predavanje prof. dr. Kobeta z naslovom: *Zgodovinski razvoj jugoslovskega kazenskega procesnega prava*, leta 1986.

344 O tem tudi Vasiljević, *SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA SFRJ*, str. 155, Beograd 1981.

Munda, *UČBENIK KAZENSKEGA POSTOPKA FLRJ*, 1956, str. 197, 193.

Damaška, *Pravnik* 1-3/71, str. 26:

"Demokratičnost pravosodja je prav v tem, da cilj postopka ni zgolj ugotovitev resnice, temveč njeno spoznanje na socialno-etično sprejemljiv način.

345 1. odstavek 157. člena ZKP:

"Preiskava se začne zoper določeno osebo, če je utemeljen sum, da je storila kaznivo dejanje."

## 7.2.1. *Kdaj je sum, da je bilo kaznivo dejanje storjeno, utemeljen*

Podlago za utemeljenost suma lahko da javnemu tožilcu kdorkoli: občan, OZD ali državni organ. Če javni tožilec nima dovolj podatkov, ki bi sum utemeljevali,<sup>346</sup> lahko zahteva od ONZ, da zberejo dodatne podatke. ONZ lahko še pred uvedbo preiskave na lastno pobudo začnejo zbirati dokaze, vendar morajo imeti vsaj razloge za sum, da je določena oseba storila določeno kaznivo dejanje.<sup>347</sup> Gre za t. i. predhodni postopek pred ONZ, ki naj bi bil namenjen neformalnemu zbiranju obvestil od občanov in zavarovanju morebitnih sledov.<sup>348</sup>

Temeljni namen pravnih norm je preprečiti samovoljo, nasilje in fizično prevlado države nad posameznikom (ali med posamezniki samimi).<sup>349</sup>

Celoten kazenski postopek je urejen s predpisi ZKP, ki določajo obliko, v kateri morajo biti izvršena posamezna preiskovalna dejanja. Gre za t. i. procesne kavtele (na primer za opozorila pri prvem zaslišanju obdolženca, da mu ni treba odgovarjati na vprašanja, da se lahko posvetuje z odvetnikom ipd.), ki preprečujejo morebitne nezakonite pritiske na obdolženca.

346 Sum mora biti utemeljen, štirje minimalni elementi te utemeljenosti pa so: *artikulabilnost*, ki omogoča, da se sum vnaprej ali *ex post facto* predoči sodišču; *predhodnost*, se pravi, da mora biti sum podan vnaprej, ne pa da je šele posledica samega posega v osebno integriteto državljana; *specifičnost*, kar pomeni, da ne more izhajati samo iz splošnih okoliščin; in *konkretnost*, kar pomeni, da utemeljen sum ne more biti produkt abstraktne verjetnosti, npr. presoje po verjetnostnem računu.

347 Citat 151. člena ZKP in 154. člena ZKP.

348 O tem Bayer:

"Svi ti dokazi samo su neformalni izvori saznanja, na temelju kojih javni tužilac može odlučiti, da li će zahtevati provođenje istrage i na temelju kojih istražni sudac odnosno sudsko veće može odlučiti dali će se provesti istraga. No nakon završne istrage istražni sudac mora bjeleške ONZ o neformalnim iskazima osoba, navedenih u članu 83/3 ZKP izdvojiti iz spisa i one se mogu pročitati na glavnoj raspravi i upotrebiti kao dokazi kod donošenja presude i u postupku povodom žalbe u iznimnim slučajevima (član 84 ZKP)." (Prevod: "Vsi ti dokazi so samo neformalni viri, na podlagi katerih se lahko javni tožilec odloči, ali bo zahteval uvedbo preiskave in na podlagi katerih se lahko preiskovalni sodnik oz. sodni senat odločita, ali se bo preiskava opravila. Vendar pa mora preiskovalni sodnik po končani preiskavi izločiti zapisnike ONZ o izpovedbah oseb navedenih v čl. 83/3. Ti se lahko uporabijo kot dokaz na glavni obravnavi in v fazi postopka s pritožbo samo v izjemnih primerih (84. člen ZKP). Bayer, *JUGOSLAVENSKO KRIVIČNO PROCESNO PRAVO*, str. 113

349 Zupančič, *Pravo in samopomoč (Pravna norma kot alternativa uporabe sile)*, Pravnik 88-10/86

"Toda, ko pravimo, da država vsrka vso fizično prisilo, to tudi pomeni, da je prvo dejanje vzpostavitev državnega pravnega reda izključitev fizične samopomoči kot oblike razreševanja sporov. Merila individualne fizične prevlade je nadomeščeno z merili pravnega reda. Zato je prvo pravilo in najbolj temeljni postulat prava izključitev uporabe fizične premoči med strankama v sporu."



## 7.2.2. Neformalnost predhodnega postopka

Dejanja, ki jih opravijo ONZ po 151. členu ZKP so *neformalna*, ker zanje ni predpisana oblika, ki je po ZKP obvezna za vsa dejanja kasneje v preiskavi.<sup>350</sup> To pomeni, da lahko ONZ v tej fazi, ki je povsem nekontrolirana, bolj kot kadarkoli zlorabijo svojo fizično prevlado nad posameznikom.<sup>351</sup>

### 7.2.2.1. Predhodni postopek je zaradi neformalnosti moč zlorabiti

Na ta način lahko ONZ prisilijo posameznika, da v predhodnem postopku da določene izjave, lahko z zvijačnimi vprašanji izvajajo njegovo priznanje. Sodišče enostavno ne more kontrolirati dogajanja v tej temni predfazi postopka in zato nimamo garancij, da so takrat dane izjave res pridobljene na zakonit in pravičen način. Zato te informacije, ki jih zberejo ONZ, lahko služijo kot usmeritev javnemu tožilcu, da presodi, ali je sum "utemeljen" ali ne in glede na to zahteva uvedbo sodne preiskave. Nikakor pa se na te informacije ne more opirati končna odločitev.<sup>352</sup> Zato moramo

350 Vasiljevič-Grubač, *KOMENTAR KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA*, člen 151, str. 254, točka 6:

"U zakonu se ne govori o formama in o oblikah, v katerih bi se obveščevalci in taktiki... (Prevod: "Zakon ne govori o oblikah, v katerih naj bi pooblaščenec uradne osebe ONZ zbirale obvestila po tem členu. Ne gre za dejanja v postopku, katerih oblika je mogoče vnaprej določiti, ampak za operativna kriminalistična dejanja in ukrepe, ki niso pravno urejeni, ker po svoji naravi ne spadajo v pravo, ampak v določeno tehniko in taktiko...")

O tem tudi Cvijović-Popović v Komentarju ZKP na strani 123 in 124.

Damaška, Obaveštenja građana dana OUP s dokazivanjem in krivičnom postupku, JRKK 7/69 št. 2.

351 Bayer, ZKP 1968, Komentar k tedanjemu 140. členu:

"Osnovna karakteristika načina postupanja OUP po členu 140 jest nevezanost tih organa na procesne forme. Poznato je međutim, da je istražni sudac, kada obavlja istražne radnje, ograničen brojnim propisima. Među tim propisima naročito značenje pripada onim propisima kojima je svrha da pruže garancije osobama što ih istražni sudac ispituje da neće biti povredena njihova osobna prava i da će postupak istražnog suca biti human. Nijedan od tih propisa ne važi za ovlaštenog službenika OUP kada postupa po členu 140, posve nevezan u svojem postupanju i da smije postupati čak i na takav način koji se istražnom sucu izričito zabranjuje." (Prevod: "Temeljna značajnost ukrepanja ONZ po členu 140 je njihova nevezanost na procesne forme. Vemo namreč, da je preiskovalni sodnik pri vodenju preiskave omejen s številnimi predpisi. Med njimi so zlasti pomembni tisti, katerih namen je dajanje garancij osebam, ki jih preiskovalni sodnik zaslišuje, tako da njihove osebne pravice ne bodo prizadete in da bo postopek, ki ga vodi preiskovalni sodnik, human. Noben izmed predpisov ne velja za pooblaščenega uslužbenca ONZ, kadar ta postupa po čl. 140 in ki torej lahko v svojem postopku uporabi celo način, ki je preiskovalnemu sodniku strogo prepovedan.")

352 O tem Vuković, *OUP i efikasnost krivičnog postupka*, JRKK 23/85, št. 4.

Po načelnem mnenju skupne seje zveznega sodišča, vrhovnih sodišč republik in pokrajnih in Vrhovnega vojaškega sodišča z dne 12.5.1985 se material, ki ga zberejo ONZ v predhodnem postopku lahko uporabi le v preiskavi, nikakor pa ne kot dokazno sredstvo.

že prej preprečiti, da bi sodniki prišli v kakršenkoli stik s temi podatki in jih formalno ali pa neformalno oziroma nezavedno uporabili pri končni presoji.<sup>353</sup>

Zanimive so raziskave sodne prakse, katerih rezultate navaja Josipović v članku "Službene bijeleške OUP-a o obavljenem informativnom razgovoru s osumljenikom i njegova uloga u krivičnom postupku" v "Priručniku za stručno obrazovanje radnika Unutrašnjih poslova" 5/87, str. 425. Rezultati so pokazali, da se izločitev teh obvestil in zapisnikov ne izvaja dosledno. Sodniki so kot razloge za te nedoslednosti navajali neprimerno ureditev tega vprašanja v ZKP. Josipović med drugim navaja:

"Istraživanje je potvrdilo bojazan mnogih teoretičara da se neizdvojeni materiali koriste na indirektan način, što mora biti povod za preispitanje postavke režima izdvajanja iz spisa predmeta. Velik broj sudaca smatra, da je režim izdvajanja ZUP-om kompliciran. To, dakako, ne može biti opravdanje za neprovođenje zakona, ali može poslužiti da se razmišlja o nekom jednostavnijem, pa možda zato mnogo funkcionalnijem sistemu." (Prevod: "Raziskovanje je potrdilo bojazan številnih teoretikov, da se materiali, ki niso bili izločeni, uporabljajo indirektno. To bi moral biti povod za preučitev režima ekskluzije. Veliko naših sodnikov meni, da je režim ekskluzije zapleten. To seveda ne more biti

353 Aćimović, *Nezakonito pribavljene informacije i njihovo korištenje u krivičnom postupku*, JRKK 23/85, št. 2-3, str. 43:

"Poslje ovog prikaza mogućih nezakonitosti pri pribavljanju informacija i poslje konstatacija da granice između zakonitog i nezakonitog postupanja nisu uvek jasne i da se nezakonito pribavljene informacije ponekad koriste u krivičnom postupku, ostaje da se kaže šta se čini i šta bi trebalo da se čini sa takvim informacijama. Postoje određene forme i zakonski uslovi čijim poštovanjem treba na kraju krivičnog postupka doći do presude. Ove uslove treba striktno poštovati i ne manipulirati nejasnoćom situacije. Ali sudija, kao i svaki drugi čovek, svoje odluke o predmetnom događaju donosi na osnovu skupa obaveštenja kojima raspolaže odnosno koje su doprle do njegove svesti. Za njegov proces saznanja sporedno je da li su informacije o događaju pribavljene zakonitim i nezakonitim putem. Za njegovo odlučivanje i postupanje to neće biti sporedno i treba da ima određeni značaj, jer i saznanje o samoj nezakonitosti nekog islednog postupka ulazi u zbir informacija sa kojima sudija raspolaže." (Prevod: "Po prikazu možnih nezakonitosti pri zbiranju obvestil in po ugotovitvi, da meje med zakonitim in nezakonitim postupkom niso vedno jasne ter da se na nezakonit način pridobljena obvestila včasih uporabljajo v kazenskem postopku, nam ostaja, da spregovorimo o tem, kaj storiti s takšnimi obvestili in kaj se v resnici zgodi. Obstajajo določene oblike in zakonski pogoji, na podlagi katerih mora priti na koncu kazenskega postopka do sodbe. Te pogoje je potrebno dosledno spoštovati, brez manipuliranja zaradi nejasnosti položaja. Vendar sodnik, tako kot vsak človek, sprejema svoje odločitve o zadevi na podlagi obvestil, s katerimi razpolaga oz. ki so prodirle v njegovo zavest. Za njegov spoznavni proces je stranskega pomena ali so bila obvestila pridobljena na zakonit ali nezakonit način. Za njegove odločitve in postopanja pa bi to moralo imeti določen pomen, kajti tudi spoznanje o nezakonitosti preiskovalnega postopka tvori zbir informacij, s katerimi razpolaga sodnik.")

O tem tudi Grubiša, *Značenje novele ZKP od 1967 i njezine osnovne karakteristike*, Zbornik PF Zagreb 1968, str. 75, 76, opombi 19 in 20.

Bayer, *JUGOSLAVENSKO KRIVIČNO PROCESNO PRAVO*, I I. knjiga, str. 114.

Damaška, *Obaveštenje građana dana OUP i dokazivanje u krivičnom postupku*, JRKK 2/69, str. 197.

Kobe, *Obaveštenja prikupljena od građana*, JRKK 17/79, št. 2, str. 7.



preučitev režima ekskluzije. Veliko naših sodnikov meni, da je režim ekskluzije zapleten. To seveda ne more biti opravičilo za nespoštovanje zakona, lahko pa služi za razmišljanje o enostavnejšem in zato bolj funkcionalnem sistemu.”)

ONZ v predhodnem postopku ne smejo občanov zasliševati kot priče, obdolžence ali izvedence.<sup>354</sup> Smisel te prepovedi je prav v tem, da ti razgovori tečejo povsem neformalno, kar pa seveda pomeni brez tistih procesnih kavtel, ki v rednem postopku zagotavljajo varstvo človekovih osebnih pravic in svoboščin.<sup>355</sup> Vendar pa se v praksi pogosto zgodi, da se neformalno zbiranje informacij spremeni v dejansko zbiranje dokazov, vendar pod krinko predhodnega postopka in neupoštevanje določbe ZKP.<sup>356</sup> To se je pokazalo prav v primeru Janša.<sup>357</sup>

## 7.2.3. Kako preprečiti zlorabo predhodnega postopka

### 7.2.3.1. Ekskluzija

Če hočemo doseči, da bo sodna odločba v posameznem primeru zakonita in pravilna, je treba preprečiti, da bi se dokazi in izjave, pridobljene v predhodnem postopku brez kakršnekoli kontrole s strani sodišča, uporabili pri končni

354 Tretji odstavek 151. člena ZKP:

”...ko ravnajo po določbah tega člena, ne smejo ONZ občanov zasliševati kot obdolžence, priče ali izvedence, če ni v tem zakonu drugače določeno. (155/1 ZKP)”.

355 O tem Vasiljeruč v KOMENTARJU ZKP, komentar k členu 151 na strani 255 v opombi 10. Občane ne opozorijo, da jim ni treba odgovarjati na vprašanja, da imajo pravico do zagovornika itd.

356 Grubač-Vasiljč, KOMENTAR ZKP, člen 151., str. 254, točka 7:

”OUP u verjenju da će obaveštenje dobiti dokaznu vrednost, odnosno da će imati veću dokaznu vrednost ako se fiksira u obliku zapisnika i potpiše, uzimaju ta obaveštenja na zapisnik, a nekad se od lica, najčešće osumnjičenog, traži da svojeručno napiše i potpiše izjavu. Prikupljanje obaveštenja pretvara se u formalno vodenje istrage van odredaba krivičnog postupka.” (Prevod: ”ONZ menijo, da bodo obvestila dobila dokazno vrednost oz., da bodo imela večjo dokazno vrednost, če bodo navedena v zapisniku. Včasih pa se od oseb, najpogosteje od osumljenca, zahteva, da lastnoročno napiše in podpiše izjavo. Zbiranje obvestil se tako spremeni v formalno vodenje preiskave izven predpisov kazenskega postopka.”)

Bayer, KRIVIČNO PROCESNO PRAVO, str. 114:

”Treba ponovo naglasiti, da OUP kada postupaju prije započinjenja krivičnog postupka, nemaju pravo ispitivati osobe u svojstvu okrivljenika, svjedoka ili vještaka osim u iznimnom slučaju iz člana 155/1 ZKP. (Član 153/3 ZKP).” (Prevod: ”Ponovno je treba poudariti, da ONZ, kadar postopajo v fazi pred začetkom kazenskega postopka, ne smejo zaslišati občanov kot obdolžencev, priče ali izvedence, razen v izjemnem primeru, navedenem v členu 155/1.”)

O tem tudi Kobe, *op. cit.*, str. 12.

357 Ivana Janšo so po opravljeni preiskavi v njegovem stanovanju in na delovnem mestu hkrati z Igorjem Omerzo povabili na neformalen razgovor na ONZ. Neformalen razgovor, kjer niso bile upoštene določbe ZKP-ja o zaslišanju obdolženca, se je praktično spremenil v zaslišanje presumptivnega obdolženca (kot ga imenuje Bayer v svojih delih). Ker je bil sum očitno že osredotočen na eno osebo, lahko tak ”neformalen razgovor” pomeni samo, da so že v tej fazi zbirali dokaze za bodoči proces, kar pa pomeni, da bi morale že v tem trenutku obstajati vse procesne katvele, ki veljajo od trenutka uvedbe preiskave.

izključitve dokazov, ki so bili pridobljeni na nezakonit način ter materiala, ki ga zberejo ONZ v predhodnem postopku, zaenkrat še ni zadovoljivo rešeno. Zlasti praksa je pokazala, da uradni zaznamki ONZ o poizvedbah v predhodnem postopku velikokrat posredno pridejo do sodnikov, ki odločajo na glavni obravnavi. V teh primerih sodnikova odločitev temelji na informaciji, ki je lahko pridobljena na nezakonit način. Seveda je takšna odločitev nezakonita in nepravilna. Tudi v primeru Janša<sup>359</sup> je prišlo do posredne uporabe izjav, danih v predhodnem postopku. Vse na neformalen način pridobljene izjave (kaksršne so tudi vse izjave, ki jih pridobiva ONZ v predhodnem postopku) morajo biti dosledno izločene iz spisa že pred preiskavo.<sup>360</sup>

359 Delo, 22.7.1988:

"Franci Zavrl je pokazal, kakšno težo imajo lahko izjave, dobljene v priporu, kakšen interes lahko motivira izjave obdolženih..." Potemtakem so se tudi v konkretnem primeru na glavni obravnavi upoštevale izjave, dane v predhodnem postopku. Te izjave so bile dane neformalno, brez upoštevanja oblik, ki jih predvideva ZKP prav zaradi gotovosti v njihovo zakonitost. Odločba, oprta na takšne dokaze, je nezakonita in nepravilna.

360 Grubač-Vasiljevič, KOMENTAR ZKP, člen 83, na strani 138, točka 10: "Rešenje, koje zakon daje za izdvajanje spisa je neoportuno. Nevažeci dokazi se ne uklanjaju iz spisa zbog toga, da se sudija ne bi pozivao na njih u presudi, već zbog toga, da se sudija ne bi upoznao sa njihovom sadržinom i pod njihovim uticajem ocenio druge dokaze na kojima zasniva presuda... Zakon na jednoj strani zabranjuje, da se u krivičnoj prijavi izlaže sadržina obaveštenja OUP da sudeće veće ni na glavnom pretresu ne bi bilo upoznato sa tim obaveštenjima, a na drugoj strani dozvoljava da pred to veće stignu spisi u kojima se nalazi najveći deo obaveštenja u originalu...

Obaveštenja koja su u spisima za predsednik veća jer jih je morao čitati pre glavnog pretresa, i on će ih naročito u nedvoumici pri odlučivanju, saopštiti članovima veća, ili će bez takvog saopštavanja svoj stav zasnivati na tim obaveštenjima, a laici članovi veća idu po pravilu za predsednikovim mišljenjem. Sud neće čitati obaveštenja na glavnom pretresu niti će ih navoditi u obrazloženju presude jer mu je to za postizanje cilja suvišno. Umesto toga oslanjajući se na obaveštenja dat će potrebnu vrednost drugim dokazima koju inače ne bi dao."

(Prevod: "Rešitev, ki jo glede izločitve spisov pozna zakon, je neprimerna. Neveljavni dokazi se ne izločijo iz spisa zato, da se nanje ne bi skliceval sodnik v sodbi, ampak zato, da se ne bi seznanili z njihovo vsebino in pod njihovim vplivom ocenjevali drugih dokazov, na katerih temelji sodba.

Zakon na eni strani prepoveduje, da se v kazenski ovadbi navaja vsebina obvestil ONZ in na ta način preprečuje, da bi se z vsebino seznanil sodni senat. Vendar pa na drugi strani dovoljuje, da sodni senat dobi spise, v katerih je večina originalnih obvestil. Ta obvestila namreč predsednik senata pozna, ker jih je moral prebrati že pred glavno obravnavo in bo, predvsem kadar bo v dvomu glede odločitve, z njihovo vsebino seznanil druge člane senata, oz. bo svoje stalische oblikoval na podlagi teh obvestil - člani laiki pa praviloma sledijo mnenju profesionalca. Sodišče na glavni obravnavi ne bo bralo obvestil, niti jih ne bo navajalo v obrazložitvi, ker bi bilo to povsem odveč za doseganje cilja. Namesto tega bo, opirajoč se na ta obvestila, ustrezno ocenilo ostale dokaze.")

O tem tudi Damaška, zgoraj citirano delo.

Nujno je omeniti še eno pomanjkljivost naše zakonodaje, ki je postala očitna prav v primeru Janša.

Povedali smo že, da naj bi obvestila, zbrana v predhodnem postopku, pomenila zgolj informacijo javnemu tožilcu pri odločanju o utemeljenosti suma. Vendar mora javni tožilec, ko zahteva uvedbo preiskave, hkrati predložiti tudi materiale, ki njegov sum utemeljuje. Seveda so to neformalna obvestila ONZ. Če pride med javnim tožilcem in preiskovalnim sodnikom do spora o utemeljenosti suma po 7. odstavku 159. člena ZKP, o tem odloča izvenobravnavni senat (6. odstavek 23. člena ZKP). V tem primeru se spis z obvestili ONZ predloži senatu, da odloči o sporu. Enako se zgodi tudi, ko senat odloča o pritožbi zoper sklep o odredbi pripora v preiskavi. V primeru Janša je bil predsednik senata, ki je sodil na glavni obravnavi, hkrati tudi član izvenobravnavnega



### 7.2.3.2. Predhodnemu postopku je potrebno dati ustrezno procesno obliko

Drug način, kako preprečiti zlorabo neformalnega predhodnega postopka je ta, da tudi tej, t. i. predfazi damo ustrezno obliko. To pomeni, da bi bilo potrebno zagotoviti, da bi tudi predhodni postopek potekal v skladu z določbami ZKP, torej da bi bili presumptivni obdolženec in priče deležni vseh tistih procesnih kvartel, ki jih predvideva ZKP za preiskavo.<sup>361</sup> Številne razvite države so v svojih kazensko-procesnih zakonih zagotovile obdolžencu in pričam v predhodnem postopku prav takšno varnost pred vsiljevanji, pritiski s strani državnih organov, kakršno ima v našem postopku obdolženec šele med sodno preiskavo.<sup>362</sup>

Nesmiselno je trditi, da se postopek začne šele z izdajo sklepa o preiskavi. Postopek se *dejansko* začne že takrat, ko ONZ *osredotočijo* svoja poizvedovanja na določeno dejanje in določeno osebo. Če v tem trenutku pride do vdora v osebo integriteto posameznika, bi že v tem trenutku moralo biti poskrbljeno za zaščito njegovih pravic in svoboščin.<sup>363</sup>

senata, torej se je seznanil z materialom, ki mora biti do konca preiskave (člen 83. ZKP) izločen iz spisa, prav zato, da se z njim ne seznanijo sodniki, ki odločajo o zadevi. O tem pišeata tudi Grubač in Vasiljevič v komentarju k členu 83 ZKP, stran 138, točka 11:

"Veče koje donosi presudu upoznaje se sa obavještenjima i na drugi način. Ne može se sprečiti upoznavanje veče koje sudi sa sadržinom ovog materiala kada se on koristi u istrazi. Javni tužilac, stavljajući zahtev za sprovođenje istrage navodi u zahtjevu sadržaj tog materiala, sadržaj tog materiala navodi i istražni sudija u rešenju o sprovođenju istrage ili pri davanju izjave o neslaganju sa zahtevom javnog tužioca, a navodi ga i veče iz člana 23, stav 6 prilikom rešavanja u toku istrage."

(Prevod: "Sodeči senat se seznanil z obvestili tudi na drug način. Ne moremo namreč preprečiti, da se senat ne bi seznanil z vsebino tega materiala, kadar se ta uporablja v preiskavi. Vsebinsko tega materiala navaja v svoji zahtevi javni tožilec, ravno tako jo navaja preiskovalni sodnik v sklepu o uvedbi preiskave ali v primeru, ko se ne strinja z zahtevo tožilca. Navaja pa jo tudi senat iz člena 23/6, kadar odloča o preiskavi.")

V takem primeru temelji sodnikova odločitev na nezakonitem materialu in je nepravilna. ZKP bi v 39. členu moral urediti izločitev sodnika, ki je v isti zadevi odločal kot član izvenobravnavnega senata in na ta način imel možnost seznaniti se s prepovedanim materialom. To bi moral biti izločitveni in ne le odklonitveni razlog, kršitev te določbe pa potemtakem absolutno bistvena kršitev kazenskega postopka po 2. točki, 1. odstavek 364. člena ZKP, saj je nesporno, da tako huda kršitev vpliva na zakonitost in pravilnost sodbe.

361 O tem Damaška, *op. cit.*, str. 192.

Petrič, *Određivanje pritvora pre pokretanja postopka*, 13. maj, 26/73, št. 6, stran 31, 32.

362 Če pogledamo kazensko procesno pravo drugih dežel, vidimo, da je bila v Zahodni Nemčiji leta 1964 izvedena reforma predpisov, po katerih mora policija pred vsakim zaslisanjem presumptivnega obdolženca opozoriti, da mu ni treba odgovarjati na vprašanja in da se lahko posvetuje z zagovornikom. Enaka ureditev je tudi v anglosaških državah. ZDA imajo od leta 1966 zelo stroge pogoje, ki se jih mora držati policija (Primer: *Miranda v. Arizona*, zbirka sodb Vrhovnega federalnega sodišča ZDA, zvezek 384, str. 436). Obdolžence morajo vedno opozoriti, da lahko molčijo, da se vse izjave lahko uporabijo zoper njih, da se pred zaslisanjem lahko posvetuje z odvetnikom po svoji izbiri. Vsaka izjava je relevantna le, če se je policija držala teh pogojev, to pa dokazuje obtožba in to v odsotnosti porote.

363 Zupančič, "Legitimatio ad causam, primerjava med kazenskim in pravnim postopkom", str. 2, op. 5: "V tem mrtvem kotu prava se na primer znajde osumljenec, ki mu je bila odvzeta prostost brez utemeljenega suma, da je storilec kaznivega dejanja. Iz tega dejanja policije lahko sledi priznanje osumljenca, do katerega ne bi nikoli prišlo, če

### 7.2.3.3. Pravica do zagovornika v predhodnem postopku

Največjo varnost pred nezakonitimi postopki s strani državnih organov lahko nudi zagovornik. Zagovornik bdi nad obdolžencem in skrbi za to, da z njim pravilno postopajo, da od njega ne izsiljujejo izjav, mu ne postavljajo kapcioznih vprašanj in podobno. Naš ZKP obdolžencu omogoči prvi stik z zagovornikom šele v sami sodni preiskavi, potem ko je prvič zaslišan kot obdolženec, medtem ko mu v predhodnem postopku ne zagotavlja nobenih procesnih kavtel.<sup>364</sup>

Pomanjkljivost procesne ureditve v tej smeri je postala očitna prav s primerom Janša. Osumljencu Janši v predhodnem postopku ni bil omogočen stik z odvetnikom, kar je vzbudilo sume v zakonitost takrat pridobljenih dokazov.<sup>365</sup>

182. člen Ustave SFRJ v svojem prvem in tretjem odstavku pravi:

"Zajamčena je pravica do obrambe.

Vsakdo, ki je obdolžen, ima pravico vzeti si zagovornika, ki

mu ne bi bila pred tem protipravno odvzeta prostost. Na podlagi tega priznanja je osumljenec navsezadnje lahko obsojen, nikoli pa ne more sprožiti vprašanja protipravnosti prvotnega odvzema prostosti, ker taka dejanja policije niso sankcionirana. Sankcionirana niso zato, ker pravica ne obdolževati samega sebe (*Nemo contra se prodere tenetur*) ni materialno opojmena po eni strani, po drugi strani pa ne obstaja poseben postopek o dopustnosti dokazov, v katerem bi imel naš osumljenec aktivno legitimacijo. Z drugo besedo, aktivna procesna legitimacija (angl. standing) je zrcalna slika materialnopravnega opojmenja določene pravice. Če ni ne enega ne drugega, se prizadeti posameznik znajde v kafkovsko-absurdnem položaju, v katerem ima nebroj formalnih pravic, s katerimi pa si malo pomaga, ker nihče noče nič slišati o njegovi dejanski prizadetosti. Takih situacij je v pravi povsod veliko in jih in abstracto, namreč z zakonodajo, ni mogoče ne predvideti ne vnaprej rešiti.

Ustavna sodišča pa, ki so ponekod hibrid med zakonodajno in zakonojemno (sodno) funkcijo, so primeren forum za izvirno opojmenje dotlej še ne artikuliranih naspromptov interesov. V našem primeru bi prizadeti obsojenec ex post facto lahko sprožil vprašanje, ali je njegova osebnostna integriteta v presodnem postopku varovana v zadostni meri, če so dokazi, ki izvirajo iz protipravnega odvzema prostosti, še vedno dopustni v nadaljnjem postopku-proti njemu."

364 1. in 2. odstavek 67. člena ZKP.

365 Dne 31.5.1988 so ONZ po členu 151 ZKP opravili preiskavo v stanovanju Ivana Janše iz Ljubljane, ter na delovnem mestu v Mikro Adi, zaradi suma izdaje vojaške skrivnosti po členu 224/1 KZ SFRJ. Pri preiskavi je bil v skladu s 154. členom ZKP zasežen vojaški dokument in zoper Janšo izdan sklep o priporu na podlagi 191/2. člena ZKP. Ob 12. uri istega dne so Ivana Janšo in Igorja Omerzo povabili na razgovor na UNZ, od koder se Janša ni vrnil, saj je bil zoper njega odrejen pripor v trajanju treh dni. Odvetnik je skušal priti v stik z njim, vendar neuspešno."

Delo, 1.6.1988.

Takoj, ko so ONZ osredotočili svoj sum na Ivana Janšo, bi mu moral biti omogočen stik z zagovornikom, ki bi skrbel za zaščito njegovih pravic. ONZ v predhodnem postopku lahko zbirajo zgolj neformalne vire podatkov in nimajo pravice zasliševati osebe kot obdolženca, pričó ali izvedenca, razen izjemoma v primeru iz 155/1. člena ZKP.

Ne moremo si zatiskati oči pred dejstvom, da je bil Janša takoj po opravljenem "neformalnem razgovoru" priprt. Torej lahko trdimo, da ni šlo za zbiranje obvestil, temveč za zaslišanje obdolženega. V vsakem kontradiktornem postopku mora biti obdolženemu omogočen položaj stranke v postopku in mu s tem dana tudi možnost obrambe. Prvi pogoj dobre obrambe je vsekakor tudi ustrezno kvalificiran zagovornik.



se mu v skladu z zakonom omogočata obramba in varstvo pravic in interesov obdolženega. Zakon določa, v katerih primerih obdolženi mora imeti zagovornika."

Obdolžen pa ni le tisti, zoper katerega že teče preiskava, oziroma zoper katerega je vložena obtožnica, obtožni predlog ali zasebna tožba.<sup>366</sup> *De facto* je posameznik obdolžen že takrat, ko ONZ *osredotočijo* svoja poizvedovanja nanj ali mu celo odvzamejo prostost. Torej, ko prvič posežejo v njegovo osebno sfero.<sup>367</sup> Zato je nujno, da v skladu z Ustavo uredimo pravico do zagovornika v predhodnem postopku, ker bomo le na tak način omogočili kontrolo nad pravilnostjo in zakonitostjo dela ONZ.<sup>368</sup>

366 ZKP sicer pravi v 147. členu, da je obdolženec tisti, zoper katerega teče preiskava ali zoper katerega je vložena obtožnica, obtožni predlog ali zasebna tožba, vendar višjega pravnega akta, kot je Ustava, nikakor ne moremo razlagati s pomočjo nižjega pravnega akta, v našem primeru Zakona o kazenskem postopku.

367 O tem Boštjan M. Zupancič v razpravi "*Legitimitio ad causam*", na strani 191, 192:

"Kazenski postopek se *de facto* prične tisti trenutek, ko med posameznikom in državo zaradi suma storitve kaznivga dejanja nastane osredotočeno in pravno izkristalizirano nasprotje interesov. Vprašanje kaznovanja je namreč pravno vprašanje samo zato, ker sta si prid države ter interes osumljenega posameznika izrazito nasprotna.

Predpisi različnih držav na primer lahko določajo, da se kazenski postopek *de iure* prične z vložitvijo obtožnice ali z izdajo sklepa o uvedbi preiskave, vendar je v zadnjem času vse bolj jasno, da to merilo ni prilagojeno dejanskosti."

368 Tudi jugoslovanska kazenska teorija stoji na stališču, da bi odvetnik moral biti prisoten že v predhodnem postopku. O tem piše ta Vasiljevič in Grubač v KOMENTARJU ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU k členu 151 ZKP v 10. točki na strani 255:

"Procesne kavele, koje služe za zaštitu prava lica koja se ispituju kao okrivljeni ili saslušavaju kao svjedoci u krivičnom postupku, ne primenjuje se prilikom prikupljanja obaveštenja od njih. Presumptivni okrivljeni od koga traže obaveštenja ne opominje se da nije dužan da odgovara i da ima pravo da uzme branioca po članu 218/2 i 218/9. (Učešće advokata u postupku prikupljanja obaveštenja inače nije isključeno.)" (Prevod: "Procesne kavele, ki varujejo obdolženca in pričó v kazenskem postopku, se ne uporabljajo v fazi zbiranja obvestil. Presumptivnega obdolženca, od katerega se zahtevajo obvestila, se ne opozori, da ni dolžan odgovarjati na vprašanja in da ima pravico do zagovornika po 218/2 in 219/9. (Prisotnost zagovornika v fazi zbiranja obvestil ni izključena.)")

In v točki 17 na strani 257:

"Ostalo je nerazpravljeno pitanje dali osumnjičeni koji je pozvan od OUP na informativni razgovor može doći sa svojim pravnim savetnikom - advokatom, kao i kada OUP prikuplja obaveštenja od okrivljenog koji je u pritvoru. (151/5 član ZKP). Mišljenja idu od toga, da je prisustvo advokata moguće, preko drugog, da je moguće ali da stav advokata mora biti pasivan, do mišljenja, da je isključeno, čak i zabranjeno, pa ga ni organ ne može dozvoliti. Mislimo, da je u pitanju stručna pomoć pružena u upravnom postupku, i da važi Zakon o opštem upravnom postupku."

(Prevod: "Nerasčičeno je ostalo vprašanje, ali osumljenec, ki je s strani ONZ povabljen na informativni razgovor, lahko pride s svojim pravnim svetovalcem - odvetnikom, kakor tudi ali je odvetnik lahko prisoten, kadar ONZ zbirajo obvestila od obdolženca, ki je v priporu (d. 151/5 ZKP). Glede tega obstajajo različna mnenja; od takih, po katerih je prisotnost odvetnika mogoča, preko tistih, po katerih je prisotnost odvetnika sicer mogoča, vendar mora biti njegov položaj pasiven, do tistih, po katerih naj bi bila taka možnost izključena oz. celo prepovedana in je celo ONZ po lastni presoji ne bi mogel dovoliti. Menimo, da gre za dajanja strokovne pomoči v upravnem postopku in da velja Zakon o upravnem postopku.")

S stališča varstva pravic presumptivnega obdolženca v predhodnem postopku je bila najboljša ureditev leta 1967, čeprav so se nekateri pritoževali, da je danih preveč pravic obrambi na račun učinkovitosti. O tem govori tudi Kobe v svojem članku "*Upitanje u toku krivičnog postupka*", Naša zakonitost, Zagreb 35/82, 10 na strani 21 v opombi 9:

"...U tom sistemu (sistem, ki je veljal leta 1951) prekaran je bio u položaj okrivljenika,

### 7.2.3.3.1. Kako je bilo s pravico do zagovornika v primeru Janša

V zvezi s pravico do obrambe, ki je zagotovljena v ustavnih določbah in konkretizirana v 67. členu ZKP se moramo v primeru Janša dotakniti tudi kršitve določb kazenskega postopka s strani ONZ.

Po 4. odstavku 65. člena Zakona o vojaških sodiščih v primeru, ko gre za vojaške tajnosti, lahko preiskovalni sodnik že med preiskavo izda sklep o izključitvi civilnega zagovornika. Sklep mora biti, hkrati z obrazložitvijo, izročen obdolžencu, kajti zoper sklep je mogoča posebna pritožba. Preiskovalni sodnik sklepa obdolžencu ni vročil. Pooblastila preiskovalnega sodnika si je prilastil ONZ, ki je osumljenemu Tasiću fizično preprečil, da bi svojemu zagovorniku napisal pooblastilo. Na ta način mu je bila ostro kršena v Ustavi zagotovljena pravica do obrambe, saj je bil večji del preiskave brez strokovne pomoči zagovornika.<sup>369</sup> Na ta način je bil obdolženec oropan najbolj temeljnega procesnega varstva pred morebitnimi pritiski s strani državnih organov. Izjave in dokazi, pridobljeni v takšnem postopku, so dvomljivi s stališča formalnosti, sodna odločba, oprta na takšno podlago, pa nepravilna in nezakonita.<sup>370, 371</sup>

njegove procesne garancije uz inäce deklarirano pravo na odbranu u prehodnom postupku zavisile su od diskrecije, dakle subjektivne ocene organa kriviönog gonjenja bez sudske kontrole, pravo na branioca praktiöki je bilo ostvarljivo tek od faze optuživanja dalje. Ove i još neke protivreönosti samog normativnog sistema, tražene ovde u procesnom jeziku, bile su i polazište za konkretne stavove i zaključke spomenutog politioönog rukovodstva o tome kako reformisati taj normativni sistem (procesnopравни i organizacioni) što je donekle došlo do izražaja u novom zakooniku o kriviönom postupku iz godine 1953 i organizacionim zakonima. No taj zahvat izvršen je u godini 1967 novelom zakona o kriviönom postupku."

(Prevod: "... njegove procesne garancije, ob sicer deklarirani pravici do obrambe v predhodnem postopku, so bile odvisne od diskrecijske pravice, torej od subjektivne ocene organov kazenskega pregona brez sodnega nadzora. Pravica do zagovornika je bila praktiöno omogoöena šele od faze obtoževanja. Take in še nekatere protislovnosti samega normativnega sistema so bile izhodišöe za konkretna stališöa in sklepe politioönega vodstva o tem, kako spremeniti obstojeöi normativni sistem (procesni in organizacijski), kar se je deloma pokazalo v novem ZKP iz leta 1953 in organizacijskih zakonih.")

369 O tem govori tudi *Mednarodni pakt o državljanskih in politioönih pravicah*. V 9. in 14. ölenu je vsebovana pravica do pomoöi pri obrambi in do svobodnega oböevanja z odvetnikom po lastni izbiri.

370 Vasiljeviö-Grubaö, *KOMENTAR ZKP*, komentar k ölenu 196 ZKP, str. 344, toöka 3.

371 V ölenu 178 Ustave SFRJ je zapisano:

"Oseba, za katero je dan utemeljen sum, da je storila kaznivno dejanje, se sme priprleti in obdržati v priporu samo, *kadar je to neogibno za potek kazenskega postopka* ali za varnost ljudi. Pripor odredi z odloöbo sodišöe; le izjemoma ga sme pod pogoji, ki jih doloöa zakon, odrediti z odloöbo tudi drug z zakonom pooblašöeni organ, vendar najveö za tri dni.

Ob priporu, najkasneje pa v 24 urah po njem, mora biti priprtemu vroöena pismena obrazložena odloöba. Proti tej odloöbi ima priprti pravico pritožbe, o kateri mora sodišöe odloöiti v 48 urah.

Trajanje pripora mora biti omejeno na najkraši potrebni öas.

Po odloöbi sodišöa prve stopnje sme pripor trajati najdlje 3 mesece od dneva priprtja.



## 7.2.4. Pripor

Ustava v skladu s številnimi mednarodnimi akti,<sup>372</sup> ki jih je ratificirala naša država, v svojem 178. členu, v 1. odstavku izrecno poudarja, da se sme osebo pripreti le takrat, kadar je to neogibno potrebno.<sup>373</sup>

### 7.2.4.1. Zakaj je ustavnost 191. člena ZKP dvomljiva

ZKP, ki bi moral ustavne določbe v smislu temeljnih načel naše družbene ureditve konkretizirati, pa v svojem 191. členu, v 1. odstavku ne upošteva striktno določbe Ustave o

---

Ta rok sme Vrhovno sodišče z odločbo podaljšati še za tri mesece. Če do izteka teh rokov ni vložena obtožnica, se obdolženec izpusti."

191/1 člen ZKP pravi:

"Pripor se vselej odredi zoper tistega, za katerega je podan sum, da je storil kaznivo dejanje, za katero je v zakonu predpisana smrtna kazen. Če okoliščine kažejo, da gre za primer, za katerega predpisuje zakon možnost izreka milejše kazni (1. točka 42. člena KZ SFRJ), pripor ni obvezen."

- 372 Poročilo komiteja OZN, JRKK 14/763, navaja mednarodne določbe glede pripora. Tako je v 3., 5. in 9. členu *Splošne deklaracije o človekovih pravicah* proklamirana pravica do življenja, svobode, varnosti, prepoved torture in druge oblike nehumanega, ponižujočega postopka ali kazni, kakor tudi pravica vsake osebe, da ni izpostavljena neupravičenemu priporu ali odvzemu svobode

V *Mednarodnem paktu o državljskih in političnih pravicah* je določeno, da morajo biti vsi razlogi za odvzem prostosti določeni v zakonu in je treba pri tem izključiti nemožnost izpolnitve dogovorjene obveznosti. V členu 1 se pojem neupravičenost nanaša na:

- razloge, ki niso vsebovani v zakonu;

- razloge, ki so v skladu z zakonom, vendar je njihov cilj v nasprotju s spoštovanjem pravice do svobode in varnosti oseb..

- 373 Seveda se pri tem postavlja vprašanje, kdaj je res neogibno potrebno in kdo odloča o tem, da se pripor odredi. Podlaga za odreditev pripora mora biti utemeljen sum, da je oseba, ki se pripre, storila kaznivo dejanje. Sum mora temeljiti na dokazih, ki jih zberejo bodisi ONZ, bodisi preiskovalni sodnik ali pa jih hkrati z ovadbo prejme že javni tožilec. Sum mora biti:

- *konkreten*, kar pomeni, da se mora nanašati na določeno osebo in na določeno dejanje;

- *določen*, na primer, ni moč sklepati zgolj na podlagi dejstva, da se na ulici zbira skupina mladoletnikov, da se bodo fantje nasilno obnašali in s tem storili kaznivo dejanje;

- *artikulabilen*, to pomeni, da ga je moč natančno izraziti z besedami in na ta način tudi prepričati sodišče o njegovi utemeljenosti;

- *predhoden*, saj pravica države, da poseže v integriteto posameznika, nastane šele takrat, ko le-ta krši ali ogrozi interese državljanov, katere država štiti (O tem Rousseau "Contrat social").

Dr. Živko Zobec, *op. cit.*, Komentar k 157. členu ZKP na strani 334:

"Kdaj je podana utemeljnost suma, je *questio facti*. Vsekakor pa je za oceno utemeljenosti suma nujno, da ima preiskovalni sodnik že na razpolago določeno gradivo... Šimbolj zanesljivo bo to gradivo kazalo na sprejemljivo verjetnost, da je obdolženec storil določeno kaznivo dejanje, toliko bolj se bo tehtnica prevesila na stran utemeljenega suma."

Prav zadnji element utemeljenosti suma je v primeru Janša najbolj dvomljiv, saj iz samega poteka dogodkov lahko sklepamo, da sum *ni bil predhoden*. ONZ pred preiskavo stanovanja in službenih prostorov Janše niso imeli nobenega materialnega dokaza, ki bi njihov sum predhodno utemeljeval in upravičeval samo preiskavo. Obremenjujočo listino so namreč našli *šele ob preiskavi*. Torej je bila preiskava neupravičena in bi morali dokazi, pridobljeni na ta način, po ekskluzijskih pravilih, biti izločeni iz spisa.

tem, da se pripor odredi le takrat, kadar je to *neogibno* potrebno. Neogibnost se mora presojati v vsakem konkretnem primeru, medtem ko ZKP določa, da se *pripor vselej* odredi, kadar je oseba storila kaznivo dejanje, za katero je predpisana smrtna kazen.<sup>374</sup>

Ne glede na to, ali je zagrožena smrtna ali milejša kazen, bi bilo treba v vsakem primeru *posebej* presoditi, ali je odreditev pripora res nujna, ne pa da je zakonodajalec o tem že vnaprej odločil. S tega stališča je ustavnost 191. člena ZKP dvomljiva in nasprotuje tudi mednarodnim določbam, ki govore o priporu.

#### 7.2.4.2. *Pripor lahko odredijo tudi ONZ pred začetkom preiskave*

Po določbi 196. člena sme pripor izjemoma odrediti tudi ONZ še pred začetkom preiskave. V tem primeru lahko ONZ odredi pripor povsem samovoljno, brez kakršnegakoli nadzora sodne veje oblasti.<sup>375</sup>

##### 7.2.4.2.1. *Osumljenec ni deležen procesnih garancij*

V treh dneh pripora v predhodnem postopku obdolženec ni deležen procesnih garancij, ki mu jih nudi ZKP, saj se preiskava uradno še ni začela. Izjave, pridobljene v tem času, ne bi smele biti (niti posredno) dokazno gradivo v postopku, saj ni mogoč nikakršen nadzor nad pravilnostjo in zakonitostjo postopka, v katerem so bile dobljene.

##### 7.2.4.2.2. *Delovanje ONZ v predhodnem postopku je potrebno procesnoppravno opredeliti*

Če hočemo določbo Ustave, ki pravi, da se lahko odredi pripor res samo takrat, kadar je to neizogibno potrebno, dosledno upoštevati, moramo v ZKP omogočiti kontrolo nad delom ONZ: ali s tem, da zagotovimo vse procesne garancije tudi v predhodnem postopku (ONZ bi morali

374 Nekateri avtorji upravičujejo določbo 1. odstavka 191. člena s tem, da je glede na strogo kazen sklepati, da bo osumljeni v strahu za svoje življenje pobegnil. To stališče že kar *in abstracto* ni opravičljivo. Za presojo, ali je podana begosumnost, ne more zadoščati zgolj dejstvo, da je zagrožena kazen huda, temveč predvsem okoliščine primera (npr. obdolženec menja svoje bivališče in se ne prijavi ipd.).

O tem tudi Zobec v KOMENTARJU ZKP k 191. členu ZKP, str. 399.

375 ZKP iz leta 1986 ni vseboval določbe, ki bi dajala ONZ pravico, da odredijo tridnevni pripor še pred preiskavo, temveč je moral ONZ osebo, kateri je bila odvzeta prostost po prvem odstavku 180. člena ZKP nemudoma pripeljati k preiskovalnemu sodniku. Na ta način je bilo poskrbljeno za to, da je bil osumljenec takoj deležen procesnih garancij, ki so preprečevale kršitve njegovih osebnih pravic.

31.1.1973 je bil ZKP dopolnjen in pod pritiskom ONZ so le-ti z novim členom 180/a dobili pravico do odreditve tridnevnega pripora. Nova ureditev je pomenila korak nazaj v razvoju demokratičnosti in humanosti kazenskega postopka!

O tem tudi Grubač, *Mere procesne prinude u jugoslavenskom krivičnom postupku*, Zbornik radova, Novi Sad, 13/85, 1-3, str. 253, op.18.



pristojnemu sodniku dokazati neogibnost odreditve pri pora, priprtemu bi morali takoj zagotoviti zagovornika), ali pa da omogočimo naknaden nadzor sodstva nad izvršilno vejo oblasti<sup>376</sup> s tem, da bi se vsi dokazi in izjave, pridobljene v teh treh dneh, morali izločiti iz spisa, če bi se izkazalo, da je bil pripor neupravičeno odrejen.<sup>377</sup>

#### 7.2.4.3. *Pripor v primeru Janša*

To vprašanje je postalo aktualno prav v primeru Janša. ONZ so odredili pripor na podlagi 196. člena ZKP, vendar je vprašljivo, ali je bila odreditev pripora res neogibno potrebna.<sup>378</sup>

Ne glede na to, ali je bil pripor odrejen v predhodnem postopku ali med preiskavo, je vprašljivo, v kakšni meri je pripor kot ukrep za zagotovitev prisotnosti obdolženca in za uspešno izvedbo postopka sprejemljiv s stališča predpostavke nedolžnosti.<sup>379</sup>

376 *Habeas Corpus* iz leta 1679: v anglosaškem pravnem sistemu velja za temeljno zagotovilo državljanske svobode, ker daje sodniku pravico odrediti izpust iz pripora (oziroma zavora) v vseh primerih, v katerih ta sodnik meni, da je pripor (oziroma zapor) odrejen protipravno. Taka pooblastila sodni veji oblasti pomenijo, da ima ta kontrolno nad izvršno vejo oblasti.

377 O tem tudi Petrič, *Pripor v predhodnem postopku*, 13. maj, 26/73, št. 6, str. 27.

378 ONZ so obdolžene priprli na podlagi druge točke drugega odstavka 191. člena ZKP. Gre za nevarnost uničenja sledov in nevarnost vplivanja na prič, udeležence ali prikrivalce. Znano je, da so ONZ v preiskavi stanovanja in delovnega mesta Ivana Janše *že našli obremenilno listino*, jo odvzeli in na ta način že zavarovali. Glede t. i. koluzijske nevarnosti pravi Zobec, *op. cit.*, komentar k 191. členu, 2. odstavek ZKP takole:

"Pripor, odrejen iz koluzijske nevarnosti, je treba odpraviti, brž ko so opravljena zaslišanja prič, udeležencev in prikrivalcev, v nobenem primeru pa ne more trajati še po izreku sodbe. Tudi po pravnomonosti obtožnice ni več podlage za koluzijsko nevarnost. V tem stadiju namreč ni več preiskave, ki bi jo mogel obtoženec ovirati. Res je sicer, da se nekateri dokazi lahko prvič izvajajo šele na glavni obravnavi ter da koluzijska nevarnost zaradi teh takrat še ni nujno odpadla, vendar bi se moral zakonski tekst, če bi hotel to upoštevati, glasiti drugače, ter ne bi smel omejevati koluzijske nevarnosti izrečno zgolj na interese preiskave."

Pripor bi torej moral biti odpravljen, saj razlogov zanj ni bilo več. Vsako nasprotno ravnanje ONZ v danem primeru je pomenilo ostro kršitev tretjega odstavka 196. člena ZKP in 178. člena Ustave SFRJ.

O tem tudi Petrič, *op. cit.*, str. 28.

Suvajac, *p. cit.*

Grubač, *Mere procesne prinude u jugoslovenskom krivičnom postupku*, Zbornik radova, Novi Sad 19/85, 1-3, str. 249.

379 3. člen ZKP, ki dobesedno povzema določbo 4. odstavka 181. člena Ustave SFRJ, pravi, da nihče ne more veljati za krivega kaznivega dejanja, dokler to ni ugotovljeno s pravnomočno sodno odločbo.

Določba 3. člena ni predpostavka nedolžnosti v čisti obliki, kot je vsebovana v mednarodnih pravnih aktih. Tako določa *Splošna deklaracija o človekovih pravicah* v 1. odstavku 11. člena:

"Vsak, ki je obtožen za kaznivo dejanje, velja za nedolžnega, dokler ni zakonito ugotovljena njegova krivda."

Zobec v KOMENTARJU ZKP k tretjem členu, 2. točka:

"Sicer pa šteje določbo te vrste večina kot izraz domneve nedolžnosti ne glede na to, ali izključuje Ustava nekoga kot krivca ali kot storilca, in ne glede na to, ali se sploh uporablja termin nedolžnosti (kot naprimer *Splošna deklaracija o pravicah OZN* v 1.

## 7.2.5. Vsak prisilni ukrep pred pravnomočnostjo sodbe je nekorekten

Vsaka uporaba prisile zoper posameznika je v načelu zares legitimna šele *po pravnomočnosti obsodilne sodne odločbe*, torej sodbe, s katero je ugotovljeno, da je kriv storitve kaznivega dejanja. Vsak prisilni ukrep pred pravnomočno sodno odločbo pomeni ostro omejitev človekovih osebnih pravic na podlagi gole verjetnosti. Podlaga za pripor mora biti utemeljen sum, da je oseba storila kaznivo dejanje in utemeljen sum pomeni majhno stopnjo verjetnosti, da je prav ta oseba storilec kaznivega dejanja. Zato se pripor vedno odreja z rizikom, da se bo ob koncu postopka pokazalo, da je bil odrejen brez potrebe in nepravilno.<sup>380</sup> Vsak prisilni ukrep torej nasprotuje predpostavki nedolžnosti.<sup>381</sup>

Prav zaradi tega je nujno, da v primerih, ko je odreditev prisilnega ukrepa res nujna, uporabimo čim milejši ukrep.<sup>382</sup> Pripor pomeni omejitev ene največjih človekovih vrednot, to je osebne svobode. Zato nikakor ni dopustno, da bi na podlagi utemeljenosti suma tako ostro posegli v človekovo osebno integriteto. Takšen strog ukrep je opravičljiv šele, ko je pravnomočno in sodno ugotovljeno, da je obdolženi res kriv storitve kaznivega dejanja. Pred tem pa bi moral vsakdo imeti pravico, da se brani s prostosti.<sup>383</sup> Tudi obdolženim v primeru Janša bi morala biti dana ta možnost.<sup>384</sup>

odstavku 11. člena)."

in v 7. točki:

"Utemeljen sum, da je obdolženec storil kaznivo dejanje, ki je podlaga za odreditev pripora kot za uvedbo preiskave, že sam na sebi močno načenja domnevo nedolžnosti..."

O tem tudi Simić-Jekić, *Pretpostavka nevinosti okrivljenog u ZKP iz 1976*, JRKK, 15/77, 4, str.25.

380 O tem Grubač, *Mere procesne prinude u jugoslovenskom krivičnom postupku*, Zbornik radova, Novi sad, 19/85, št. 1-3, str. 245.

381 Zadevo lahko obrnemo in sklepamo v nasprotni smeri. Uporaba prisilnih ukrepov je legitimna šele, ko je obdolženec spoznan za krivega. Torej, če odredimo prisilni ukrep pred pravnomočnostjo sodne odločbe, to pomeni, da smo zadevo prejucicirali in v nasprotju z domnevo nedolžnosti, obdolženca spoznali za krivega še preden je bilo o tem sodno odločeno.

382 2. odstavek 182. člena ZKP:

"Pri odločanju o tem, kateri od naštetih ukrepov naj se uporabi, se mora pristojni organ držati pogojev, ki so določeni za posamezne ukrepe in pri tem gledati, da se ne uporabi strožji ukrep, če se da isti namen doseči z milejšim."

383 *Right to Bail* (pravica položiti varščino)

Pakt o državljskih in političnih pravicah, 9. člen, 3. odstavek.

"...pripor tistih, ki čakajo na sojenje, ni obvezen, izpustitev v prostost pa sme biti pogojevana z garancijami, da bodo prišli na obravnavo in k vsem drugim procesnim dejanjem."

384 Beccaria v "DEI DELITI E DELLE PENE" (1764), govori o tem, da je vsak pripor oziroma vsak odvzem prostosti že kazen.

V zvezi s priporom se pojavlja še cela vrsta vprašanj, ki so v ZKP nedosledno ali pa sploh niso rešene. Tako morajo ONZ po 3-dnevnem priporu prijete pripeljati k preiskovalnemu sodniku. Če ta izda sklep o priporu še pred izdajo sklepa o preiskavi,



## 7.2.6. Kako je z razmerami v vojaških preiskovalnih zaporih?

Janša je ves čas postopka opozarjal na nevzdržne razmere v vojaških zaporih, na slabo ravnanje s priporniki ter slabo zdravstveno varstvo. V 179. členu Ustave je zapisano:

"Zajamčeno je spoštovanje človekove osebnosti in človekovega dostojanstva v kazenskem in vsakem drugem postopku, med odvzemanjem oziroma omejitvijo prostosti, kot tudi med izvrševanjem kazni",

v 177. členu pa:

"Prepovedano je kakršnokoli izsiljevanje priznanj in izjav."

O tem govorijo tudi številni mednarodni pravni akti, ki jih je ratificirala naša država.<sup>385</sup> Priprti so, po izjavah sodeč, več dni preživeli v samici, bili so neprespani, saj so jih zasliševali tudi ponoči. Zasliševanje je takrat, ko je oseba v slabem fizičnem in psihičnem stanju, nedopustno, in se lahko obravnava kot način uporabe sile zato, da bi se dosegla kakšna njegova izjava ali priznanje. Izjave, ki so bile pridobljene v takšnih okoliščinah, je treba izločiti, ker ne morejo biti podlaga zakoniti in pravilni sodbi. Takšno ravnanje s priprtimi pomeni hudo kršitev Ustave, ZKP in številnih mednarodnih aktov.<sup>386</sup>

## 7.3. Faza obtoževanja

V zvezi s primerom Janša moramo opozoriti tudi na kršitve ZKP ob vložitvi obtožnice. Ko javni tožilec vloži obtožnico,

to pomeni, da je prejudiciral zadevo.

Če se obdolženi pritoži zoper sklep o odreditvi pripora s strani ONZ o tem odloča izvenobravnavni senat. Vendar lahko, še pred odločitvijo izvenobravnavnega senata o pritožbi, izda sklep o priporu tudi preiskovalni sodnik. Po izdaji tega sklepa pa izvenobravnavni senat ugotovi, da je pripor odrejen neutemeljeno. Kljub temu bo priprti še vedno ostal v priporu, saj se je pritožil zoper sklep, ki so ga izdali ONZ, ne pa zoper sklep preiskovalnega sodnika. (O tem Grubač, *op. cit.*, str. 250, opomba 15). To je seveda nedopustno in priprtega bi morali nemudoma izpustiti iz pripora. (Za to se zavzema tudi Korač, *op. cit.*, str. 107.)

385 Tako je v 7. členu *Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah* določeno, da niso dopustna nikakršna odstopanja glede zaščite pred torturo. V 9. členu (4.5) je poudarjeno, da mora biti priprtemu omogočeno, da se na učinkovit način raziše zakonitost pripora in odvzema prostosti. Enako tudi *Konvencija proti mučenju, drugem krutem, nečloveškem in ponižujočem ravnanju in kaznovanju*:

"Tortura je kakršenkoli postopek, s katerim se s strani uradne osebe ali z vzpodbujanjem s strani uradne osebe povzroča bolečine ali trpljenje, tako fizične, kot psihične, z namenom, da bi se od nje ali od koga tretjega pridobile informacije ali obvestila, ali pa se oseba kaznuje za storjeno dejanje ali je osumljena storitve kaznivega dejanja..." (Člen 1)

Tokijska deklaracija prav tako vsebuje priporočila, namenjena zdravstvenim delavcem o ravnanju v primerih slabega postopanja ali kaznovanja oseb, ki jim je odvzeta prostost.

Te določbe Ustave SFRJ so konkretizirane v 201-205 členih, 218/8. členu in 219. členu ZKP.

386 O tem tudi Grubač, *op. cit.*, str. 252.

mora v njej navesti med drugim tudi opis dejanja, iz katerega izhajajo znaki kaznivega dejanja, in obrazložitev, v kateri se po uspehu preiskave opiše stanje stvari, navedejo dokazi, s katerimi se ugotavljajo odločilne okoliščine.<sup>387</sup> Vsega tega obtožnica ni vsebovala in Franci Zavrl je zoper obtožnico podal ugovor, ki ga je izvenobravnavni senat zavrnil kot neutemeljenega.<sup>388</sup> Izvenobravnavni senat svoje odločitev ni obrazložil in s tem kršil določbo 275. člena ZKP.<sup>389</sup>

Poleg tega je predsednik senata še pred potekom roka iz 277. člena ZKP razglasil obtožnico za pravnomočno in določil datum glavne obravnave, čeprav je obtoženi Zavrl pravočasno podal ugovor na obtožnico.<sup>390</sup>

### 7.3.1. Pravica do vpogleda v spis

### 7.3.2. Pravica do svobodne izbire zagovornika

Po izjavi Francija Zavrla mu je bila po vložitvi obtožnice<sup>391</sup> odvzeta pravica vpogleda v spis. ZKP ne daje podlage za takšno odločitev predsednika senata.<sup>392</sup> Če je njegova trditev resnična, to pomeni, da so bile ostro kršene določbe ZKP in Ustave SFRJ.<sup>393</sup> Po 2. odstavku 182. člena Ustave

387 6. točka 1. odstavka 262. člena ZKP vsebuje določbo, po kateri morajo biti podlaga za vložitev obtožnice dokazi, da je sum utemeljen. Če bi teh (po navedbah obtoženih) ne bilo, bi moral izvenobravnavni senat v skladu z 270. členom ZKP kazenski postopek ustaviti.

388 273. člen, 1. odstavek ZKP.

389 275. člen ZKP:

"Vse odločbe, ki jih izda senat v zvezi z ugovorom zoper obtožnico, morajo biti obrazložene, vendar tako, da se s tem ne vpliva vnaprej na rešitev tistih vprašanj, ki se bodo obravnavala na glavni obravnavi."

390 O tem tudi Grubač, *Zaščita prava človeka u jugoslovenskom krivičnom postupku*, JRKK, 17/79, 1, str. 130.

391 Franci Zavrl je bil med preiskavo zaslišan kot priča in ni imel pravice vpogleda v spis. Kasneje je preiskovalni sodnik na podlagi 160. člena ZKP dal soglasje k predlogu javnega tožilca, da se ne opravi preiskava zoper Zavrla, ker so po njegovem mnenju dali zbrani podatki dovolj podlage za vložitev obtožnice. Po drugem odstavku 160. člena ZKP mora, preden da soglasje, preiskovalni sodnik zaslišati tistega, zoper katerega naj bo vložena obtožnica. Tako je bil Zavrl takrat prvič zaslišan kot obdolženec in po petem odstavku 131. člena ZKP pridobil pravico do vpogleda v spis.

392 V drugem odstavku 73. člena ZKP je sicer določeno, da se zagovorniku (ali obdolženemu, če nima zagovornika) odreče vpogled v spis zaradi posebnih razlogov obrambe in varnosti države, vendar samo do vložitve obtožnice. Po vložitvi obtožnice to seveda ni mogoče, saj mora obtoženi točno vedeti, česa je obtožen in kateri dokazi ga bremenijo. Le na takšen način se lahko pripravi za obrambo.

393 Argument za omenjeno ravnanje predsednika senata lahko najdemo edinele v povezavi 65. člena ZVS, ki govori o izključitvi civilnih zagovornikov zaradi varovanja vojaške skrivnosti. Če gre za vojaško skrivnost, ki je tako pomembna, da je ne smejo vedeti niti zagovorniki, ki jih veže poleg vsega tudi poklicna etika, bi bilo toliko manj sprejemljivo, da bi obtoženemu, kateremu se očita izdaja vojaške skrivnosti, omogočili dostop do spisa in spremljajočih dokumentov, ki so morda še bolj pomembni za obrambo države.

Menimo, da tak argument ni sprejemljiv. Obtoženemu bi moral biti dovoljen vpogled vsaj v tiste dele spisa, ki ne predstavljajo vojaške skrivnosti in do spornega dokumenta, ki naj bi ga po obtožnici že tako ali tako imel v rokah. To bi bilo nujno tako zaradi priprave obrambe, kakor tudi glede pritožbe zaradi absolutne bistvene kršitve



SFRJ, ki pravi, da nihče, kdor je dosegljiv sodišču ali drugemu za postopke pristojnemu organu, na sme biti kaznovan, če ni bil po zakonu zaslišan ali mu ni bila dana možnost obrambe. V tem primeru Zavrlu torej ni bila dana možnost obrambe, saj se enostavno ne bi mogel seznaniti z materialom, ki ga bremeni in si tako tudi ne bi mogel pripraviti zagovora na glavni obravnavi. Civilni zagovorniki so bili na podlagi 4. odstavka 65. člena Zakona o vojaških sodiščih izključeni iz postopka,<sup>394</sup> tako da so obdolženi lahko izbirali svoje zagovornike samo izmed vojaških oseb.<sup>395</sup> Zavrl je dvomil v učinkovitost vojaških zagovornikov in se je odločil, da se bo pred sodiščem branil sam. Zaradi njegovih takratnih psihičnih težav je bila njegova sposobnost za obrambo, po izjavah sodeč, bistveno zmanjšana. To je seveda vplivalo na kvaliteto njegove obrambe in s tem tudi na končno odločitev sodišča, ki bi ob boljši obrambi lahko bila veliko bolj ugodna za obtoženega.

## 7.4. Glavna obravnava

### 7.4.1. Izključitev predsednika senata

#### 7.4.1.1. Namen instituta izločitve sodnika

Izločitev kot institut kazenskega procesnega prava predstavlja pot in način, s pomočjo katerega se iz postopka izloči sodnik ali sodnik porotnik, kadar obstojijo določeni razlogi, zaradi katerih postane nesposoben za opravljanje sodne funkcije, ali razlogi, ki vzbujajo sum v njegovo nepristranost.<sup>396</sup>

kazenskega postopka po 11. točki, 1. odstavek 364. člena ZKP, če je o odločitvah dejstev precejšnje nasprotje med tem, kar se navaja v razlogih sodbe o vsebini listin ali zapisnikov o izpovedbah v postopku, in med samimi temi listinami oziroma zapisniki.

V nasprotnem primeru, če obtoženec, ki se brani sam, kar je njegova pravica, nima vpogleda v spis in tako tudi možnost obrambe ne, postane objekt inkvizitornega postopka in ne enakopravna stranka pred sodiščem in v kontradiktornem postopku, ki edini omogoča pravilno sodno odločitev!

394 O izključitvi civilnih zagovornikov *ni bil izdan pismen sklep z obrazložitvijo*, zoper katerega je po 65/5 ZV5 možna posebna pritožba na Vrhovno vojaško sodišče. Na ta način je bila obdolženim, kasneje obtoženim, kršena pravica do pritožbe, ki je zagotovljena v 2. odstavku 180. člena Ustave SFRJ.

395 Z izključitvijo civilnih zagovornikov je bila bistveno zmanjšana pravica obtoženih do svobodne izbire zagovornikov, saj so zaradi pomanjkanja ustreznega vojaškega kadra imeli možnost izbire le med dvema zagovornikoma. Ta pravica je sicer vsebovana v ratificiranih mednarodnih aktih, vendar je naša Ustava in ZKP nista povzela v svoje določbe.

396 Dimitrijević, KRIVIČNO PROCESNO PRAVO, Savremena administracija, 1982, Beograd, stran 102:

"Pod pristranostjo se razume inspirisanje sodije pri odločevanju ličnim stavom prema strankama ili predmetu sudjenja, a ne zakonom, a nepristranost je zauzimanje takvog stava sudije pri donošenju odluke, da bi ona bila ista takva i da su u pitanju druge stranke, i da je odluku doneo drug sudija."

(Prevod: "S pristranostjo razumemo tako odločanje sodnika, ki ni vezano na zakon, ampak na njegov osebni odnos do strank in do objekta sojenja. Nepristranost pa je zavzemanje takega stališča pri sprejemanju odločitve, da bi ta ostala ravno taka, četudi

Ker se mora sodnik v vsakem konkretnem primeru odločiti med trditvama dveh nasprotujočih si strank, saj le tako opravlja svojo funkcijo sodnika, je ta institut v praksi zelo pomemben.<sup>397</sup>

V ZKP je izločitev sodnika opredeljena v 39. členu.<sup>398</sup> Izločitvene razloge od 1.--5. točke našteva zakon taksativno in njihovo neupoštevanje pomeni absolutno bistveno kršitev kazenskega postopka iz 1. točke 1. odstavka 364. člena ZKP, medtem ko je pri odklonitvenem razlogu iz 6. točke potrebno dokazati, da okoliščine po zdravem ljudskem gledanju res vzbujajo dvom o nepristranosti.<sup>399</sup>

#### 7.4.1.2. *Izločitev sodnika zaradi sodelovanja v izvenobravnavnem senatu*

Naloga izvenobravnavnega senata v kazenskem postopku je predvsem odločanje o pritožbah zoper sklepe preiskovalnega sodnika, pa tudi druge sklepe, če tako določa zakon. Teh primerov je nad petdeset, nekateri pa so za samega obdolženca zelo pomembni. Tako lahko izvenobravnavni senat odloča o sporu med javnim tožilcem in preiskovalnim

---

bi šlo za druge stranke ali bi odločitev sprejel drug sodnik?)

Vasiljević, *OGLED O ZAKONITOSTI SUDENJA I NEZAVISNOSTI SUDIJA*, Zbornik radova PF Novi Sad posvečen 20-letnici PF Novi Sad, PF Novi Sad 1979, str. 39.

Vidimo lahko, da prof. Vasiljević nepristranost povezuje s pravico enakega varstva pravic pred sodiščem (180. člen Ustave SFRJ) in z načelom zakonitosti (218. člen Ustave SFRJ).

397 "V postopku mora biti sodnik objektivni in nepristranski, prepovedan je vsakršen predsodek v posamezni kazenski zadevi. Svoj odnos do predmeta sojenja mora sodišče izraziti šele na koncu postopka v sodbi. Dotlej nihče ne sme vedeti za to, kakšno mnenje ima sodnik o zadevi."

Grubač, "Kultura in kazenski postopek", *Pravnik*, 30, št. 4-6, 1975, str. 176.

398 39. člen ZKP:

"Sodnik oziroma sodnik porotnik ne sme opravljati sodniške dolžnosti:

- 1) če je s kaznivim dejanjem oškodovan;
- 2) če je z obdolžencem, njegovim zagovornikom, tožilcem, oškodovancem, njihovim zakonitim zastopnikom ali pooblaščenecem v zakonski zvezi ali v krvnem sorodstvu v ravni vrsti do kateregakoli kolena, v stranski vrsti do četrtega kolena ali v svaštvu do drugega kolena;
- 3) če je z obdolžencem, njegovim zagovornikom, tožilcem ali oškodovancem v razmerju skrbnika, oskrbovanca, posvojitelja, posvojenca, rednika ali rejenca;
- 4) če je v isti kazenski zadevi opravljal preiskovalna dejanja ali je sodeloval v postopku kot tožilec, zagovornik, zakoniti zastopnik ali pooblaščenec oškodovanca, oziroma tožilca, ali če je bil zaslisan kot priča ali kot izvedenec;
- 5) če je v isti zadevi sodeloval pri izdaji odločbe nižjega sodišča ali je pri istem sodišču sodeloval pri izdaji odločbe, ki se izpodbija s pritožbo;
- 6) če so podane okoliščine, ki vzbujajo dvom o njegovi nepristranosti."

399 "V praksi je najpogostejši izločitveni razlog iz 6. točke tega člena. Tu gre za rekuzacijo, pravimo mu pa tudi odklonitveni razlog. Po tej točki ni dovolj za izločitev le obstoj določene okoliščine kot v izključitvenih primerih od 1. do 9. točke. Okoliščine morajo biti namreč takšne, da po zdravem ljudskem gledanju res vzbujajo dvom o nepristranosti..."

Zobec, *KOMENTAR ZKP S SODNO PRAKSO*, str. 106.



sodnikom o potrebnosti obdukcije, izkopa trupla, odloča o pritožbi zoper sklep o preiskavi, pa tudi o sporu med javnim tožilcem in preiskovalnim sodnikom o potrebnosti preiskave, odloča o pritožbi zoper sklep, ki prepoveduje obdolžencu in zagovorniku navzočnost pri ogledu in zaslišanju, odloča o pritožbi zoper odredbo pripora itd.

Pred novelo ZKP iz leta 1985 je imel izvenobravnavni senat po 83. členu<sup>400</sup> celo zakonito možnost, da pregleda vse spise, tudi tiste, na katere se sodna odločba ne sme opirati. Ta določba je sicer z novelo izpuščena, toda še vedno ni izključeno, da si člani izvenobravnavnega senata ne bi mogli ogledati zapisnikov in obvestil ONZ in drugih spisov. Senat namreč odloča o ugovoru stranke, v primerih ko preiskovalni sodnik ni izdal sklepa o izločitvi zapisnikov, pa lahko celo sam izda sklep o izločitvi v ugovornem postopku, če tega ne stori preiskovalni sodnik. Možnost seznanitve pa dokazuje tudi člen 269.

"Če senat ugotovi, da so v spisih zapisniki ali obvestila iz 83. člena tega zakona, izda sklep, da se ti zapisniki izločijo iz spisov. Zoper ta sklep je dovoljena posebna pritožba. Ko postane pravnomočen, poskrbi predsednik senata iz člena tega zakona, preden pošlje zadeve predsedniku senata, ki razpiše glavno obravnavo, da se izločeni zapisniki in obvestila zapro v poseben ovitek in izročijo preiskovalnemu sodniku, da jih shrani ločeno od drugih spisov. Teh zapisnikov in obvestil ni dovoljeno pregledovati in tudi ne uporabiti v postopku, razen v primerih, ki so določeni v 48. členu tega zakona."

Tako lahko ugotovimo, da je načelo ekskluzije dokazov v zakonu precej nepopolno izvedeno.<sup>401</sup> Sodelovanje v iz-

400 ZKP iz leta 1977.

Člen 83/4:

"Senatu iz 23/6 tega zakona je treba poslati vse spise, če odloča pred ali med preiskavo, kot tudi, če odloča o obtožnici iz 160. člena tega zakona ali o obtožnici oškodovanca kot tožilca ali zasebni tožbi iz 264. člena tega zakona."

401 O nedoslednosti govornita tudi Vasiljević in Grubač:

"Ne može se sprečiti upoznavanje veća koje sudi sa sadržinom ovog materijala kada se on koristi u istrazi. Javni tužilac, stavlajući zahtev za sprovođenje istrage navodi u zahtevu sadržaj tog materijala, sadržaj tog materijala navodi i istražni sudija u rešenju o sprovođenju istrage ili pri davanju izjave o neslaganju sa zahtevom javnog tužioca, a navodi ga i veće iz čl. 23, st. 6, prilikom rešavanja u toku istrage." Glej op. 222.

(Prevod: Ne moremo preprečiti, da bi se senat, ki sodi o vsebini tega materiala, ne spoznal z njegovo vsebino, če se le-ta uporablja v preiskavi. Vsebino tega materiala navaja javni tožilec, ko izdaja zahtevo za izvedbo preiskave, preiskovalni sodnik v odločitvi o izvedbi preiskave ali pri izjavi o nestrinjanju z zahtevo javnega tožilca, navaja pa ga tudi senat iz 6. odstavka 23. člena, ko odloča v preiskavi.)

Vasiljević-Grubač, *KOMENTAR ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU*, stran 139, II. izdaja, Savremena administracija, 1982, Beograd.

"Da se doista htjelo isključiti svaku mogućnost da nevaljani izvori saznanja ne dopru do raspravnog suda i utječu na presudu morala se i mogla ta stvar regulisati samo na ovaj način. Pošto optužnica stane na pravnu snagu, trebao bi istražni sudac (ili vanraspravno vijeće), pregledati spis i staviti službenu bilješku da je izvršio pregled i

venobravnavnem senatu (člani tega senata pa se lahko seznanijo s spisi, ki bi morali biti izključeni), namreč ni eden od taksativno naštetih izločitvenih razlogov iz 39. člena ZKP. 39. člen v 4. odstavku sicer odpravlja možnost, da bi osebe, ki v kazenski zadevi opravljajo preiskovalna dejanja, lahko opravljale funkcijo sodnika. Vendar pa med preiskovalna dejanja po zakonu spadajo le hišna in osebna preiskava, zaseg predmetov, ravnanje s sumljivimi stvarmi, zasliševanje obdolženca, zasliševanje prič, ogled in izvedenstvo. To pa niso naloge izvenobravnavnega senata.<sup>402</sup>

V teoriji takšno ureditev zakona že kritizirajo,<sup>403</sup> potrebno pa bi bilo spremeniti 39. člen ZKP tako, da bi sodnik izvenobravnavnega senata moral biti izločen iz sodečega senata že po samem zakonu (drugače bi nastopila absolutno bistvena kršitev kazenskega postopka). Kdor že enkrat odloča o sporu med javnim tožilcem ali zagovornikom in preiskovalnim sodnikom, kdor si lahko ogleda spise, ki so kasneje izločeni, ni več neodločen ter tako na glavni obravnavi hote ali nehoete sodi pristransko. Pristranskega sodnika se sicer lahko izloči tudi po sedanjem zakonu po 6. točki 39. člena, vendar pa je to za obdolženca mnogo bolj neugodno, saj mora dokazati, da so podane okoliščine, ki vzbujajo dvom o sodnikovi nepristranosti.

---

da u v spisu nema izvora saznanja što ih je trebalo izdvojiti, pa bi tek tada dostavio spis predsjedniku raspravnog vijeća. Ako bi ovaj nakon toga, prilikom razmatranja spisa radi pripremanja rasprave, uočio da se u spisu ipak nalaze takvi izvori saznanja, on bi ih izdvojio iz spisa i o tome obavijestio predsjednika suda koji bi ga izuzeo od sudenja i odredio drugog predsjednika vijeća. Konačno, ako bi se u spisu na raspravi, i pored toga, našao ipak neki nevaljani izvor saznanja, predstavljalo bi to bitnu povredu postupka (apsolutno), bez obzira na to da li je i koliko utjecao na donošenje presude, i ona bi se morala ukinuti."

(Prevod: Če bi zares hoteli izključiti vsako možnost, da nedopustni viri spoznanja ne pridejo do razpravnega sodišča in vplivajo na sodbo, bi morali in mogli stvar urediti samo na sledeč način. Ko postane obtožnica pravnomočna, bi moral preiskovalni sodnik (ali izvenobravnavni senat), pregledati spis in uradno zabeležiti, da je izvršil pregled in da v spisu ni virov, ki bi jih moral izločiti, šele nato pa bi dostavil spis predsedniku izvenobravnavnega senata. Če bi ta pri pregledu spisa zaradi pripravljanja na razpravo opazil, da v spisu kljub temu so takšni viri spoznanja, bi jih izločil iz spisa in o tem obvestil predsednika sodišča, ki bi ga izvezel iz sojenja in določil drugega predsednika senata. In na koncu, če bi se na obravnavi v spisu vseeno našel kakšen neveljavni vir, bi to predstavljalo bistveno kršitev postopka (absolutno), ne glede na to, ali je in koliko je vplival na razsodbo in ta bi se morala razveljaviti.

Grubiša, "Napad - koji promašuje, obrana - koja ne uspijeva", Naša zakonitost 1/81, str. 120.

- 402 "Izločitveni razlog iz 4. točke ni podan, če je sodnik v isti kazenski zadevi v postopku pred glavno obravnavno sodeloval kot član zunajobravnavnega senata po šestem odstavku 23. člena."

Zobec, KOMENTAR ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU S SODNO PRAKSO, stran 106.

- 403 "Sodnik, ki je v ugovornem postopku sodeloval v zunajobravnavnem senatu, pravzaprav ne bi smel biti v isti zadevi član sodečega senata. Čeprav po členu 39 ZKP takšno sodelovanje ni izločitveni razlog, vendar angažiranje takega sodnika v sodečem senatu nasprotuje duhu zakona."

Zobec, KOMENTAR ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU S SODNO PRAKSO, stran 107.



### 7.4.1.3. Predlog za izločitev sodnika v primeru Janša

Franci Zavrl, eden od štirih obsojenih zaradi izdaje vojaške tajnosti, je prvi dan glavne obravnave, 18. 7. 1988, vložil zahtevo za izločitev sodnika Djura Vlaisavljevića iz nadaljnjega sodnega postopka zaradi okoliščin, ki vzbujajo sum o njegovi pristranosti. Djuro Vlaisavljević je bil namreč predsednik izvenobravnavnega senata, ki je v konkretni zadevi v predhodnem postopku.<sup>404</sup>

- izdal sklep o podaljšanju pripora;

- izdal sklep, ki določa, da si smejo obdolženci vzeti zagovornika le izmed vojaških oseb;

- zavrnil ugovora zoper obtožnico.

Poleg tega je Vlaisavljević dajal informacije o gladovni stavki Ivana Janše, informiral je generala Tominca, da je slednji kot nepravosodna oseba obvestil javnost o tem, da je vložena obtožnica, pred obravnavo pa je tudi kontaktiral z obdolženci.

Takšno zahtevo sta podala tudi odvetnik Ivana Borštnerja

404 Vasle, "Sojenje v Ljubljani", Teleks, 3. (11.) 8. 1988:

Razlogi, kot jih je navedel Franci Zavrl:

1) Djuro Vlaisavljević je bil predsednik senata, ki je izdal sklep o podaljšanju pripora, ki temelji na kršitvi zakona; koluzijska nevarnost namreč ni več priporni razlog po končani priporni preiskavi;

2) Vlaisavljević je izdal sklep o tem, da si smejo obdolženci vzeti zagovornika samo izmed vojaških oseb, češ da gre za tajnost, katere izdaja bi lahko imela posebno hude posledice za varnost države in ne da bi to trditve v sklepu obrazložil, ampak je zgolj zatrdil, da gre po njegovem mnenju za takšno tajnost;

3) glede gladovne stavke Janeza Janše je dal za javnost neresnično izjavo, ki nasprotuje izjavi upravnika zaporov;

4) Vlaisavljević je kot predsednik sodnega senata dal podatke generalu Tomincu, da je slednji kot nepravosodna oseba obvestil javnost o tem, da je vložena obtožnica;

5) Vlaisavljević je bil predsednik izvenobravnavnega senata, ki je zavrnil oba ugovora zoper obtožnico, ki ni sestavljena v skladu z zakonom, saj ne izpolnjuje zahtev iz 2. in 6. točke člena 262/1 ZKP;

6) predsednik senata ni počakal na potek 8-dnevnega zakonskega roka za vložitev ugovora zoper obtožnico, ampak je že pred tem neresnično obvestil javnost, da je obtožnica postala pravnomočna in da je ugovor vložil v zakonskem roku Janša, čeprav sem ga v resnici vložil tudi sam, Franci Zavrl;

7) Vlaisavljević je bil predsednik izvenobravnavnega senata, ki je odločal o ugovorih zoper obtožnico, čeprav to, da sodnik, ki bo sodil, odloča o ugovoru zoper obtožnico, nasprotuje duhu zakona – pri tem se sklicuje na Zobec, *KOMENTAR K ZAKONU O KAZENSKEM POSTOPKU*, Ljubljana, 1985;

8) Vlaisavljević je za javnost podal neresnično izjavo o tem, da sem se strinjal, da se lahko glavna obravnava začne kljub nespoštovanju 8-dnevnega roka za pripravo obrambe in je s tem zamolčal pogoj, ki sem mu ga postavil v najinem razgovoru. Takrat sem mu rekel, da preložitve obravnave ne bom zahteval in se je bom udeležil, če se bom lahko učinkovito pripravil na obrambo;

9) Vlaisavljević nikakor ni hotel ločiti predhodnega preiskovalnega postopka in pa postopka glavne obravnave. Po moje to dokazuje sklep o tem, da so civilni zagovorniki že kar vnaprej izključeni in da nisem dobil pismene odločbe o izključitvi civilnega zagovornika, da bi se lahko nanjo v skladu z zakonom pritožil;

10) Vlaisavljević je že pred glavno obravnavo kontaktiral z obdolženci."

(Kajfež) in odvetnik Janeza Janše. Vrhovno vojaško sodišče je njihove zahteve še istega dne zavrnilo ter izjavilo, da pritožba zoper ta sklep ni mogoča. Vrhovno sodišče je tu storilo napako. Očitno je, da sodnik, ki že v fazi preiskave podrobno pozna dogajanje in se mora odločati o sporih, ki nastajajo v tem delu postopka, ni neodločen, brez svojega mnenja na glavni obravnavi, kjer bi moral biti nepristranski. Tu gre tudi za problem informacij, ki jih je dal Zavrl kot priča v preiskavi in bi morale biti v nadaljevanju postopka izločene (saj je Zavrl postal obdolženec).

Vprašljiva je določba sklepa, ki trdi, da zoper sklep ni mogoča pritožba. Po členu 61/1 Zakona o vojaških sodiščih se namreč pred temi sodišči uporabljajo določbe ZKP, če Zakon o vojaških sodiščih ne določa drugače.<sup>405</sup> Zakon o kazenskem postopku pa v 42. členu, 4. odstavku, omogoča možnost pritožbe, kadar se s sklepom o izločitvi sodnika zahtevo za izločitev zavrne:

"Zoper sklep, s katerim se ugotovi zahteva za izločitev, ni pritožbe. Sklep, s katerim se zahteva za izločitev zavrne, se lahko izpodbija s posebno pritožbo; če je bil tak sklep izdan po vložitvi obtožbe, pa samo o pritožbi zoper sodbo."

V konkretnem primeru sojenja pred vojaškim sodiščem v Ljubljani je bila zahteva za izločitev sodnika vložena po vložitvi obtožbe, tako da je možna pritožba na tak sklep le v pritožbi zoper sodbo.

Kljub temu bi morale sodišče v skladu s členom 119/3<sup>406</sup> v prepis sklepa vključiti tudi pouk o pravici do pritožbe. Seveda pa se zastavlja vprašanje, kako bi bila pritožba mogoča, če gre za odločbo Vrhovnega vojaškega sodišča. V samem ZVS sicer takšna pritožba ni nikjer izrecno izključena, vendar se tudi ne predvideva. Upošteva se namreč analogija z ZKP, ki v členu 394/4 izrecno izključuje

405 61. člen, 1. odstavek, Zakona o vojaških sodiščih:

"U krivičnem postopku pred vojnim sudovima, primenjenu se odredbe Zakona o krivičnem postopku, ako ovim zakonom nije drugačije određeno."

(Prevod: "V kazenskem postopku pred vojaškimi sodišči se uporabljajo določbe ZKP, če v tem zakonu ni drugače določeno.")

406 Člen 119/3 ZKP:

"Prepisi odločb, zoper katere je dovoljena pritožba, se vročajo s poukom o pravici do pritožbe."

Zobec v svojem Komentarju pravi:

"Če bi sodišče druge stopnje pri odločanju o pritožbi zoper sodbo prezrlo, da se je pritožnik s to pritožbo pritožil tudi zoper sklep o zavrnitvi zahteve za izločitev, bi moral javni tožilec vložiti zoper odločbo sodišča druge stopnje zahtevo za varstvo zakonitosti. Menimo, da bi mogel obdolženec uveljavljati zahtevo za izreden preizkus pravnomočne sodbe zaradi kršitve iz 3. točke 427. člena (427/3: zahteva za izreden preizkus pravnomočne sodbe se sme vložiti zaradi kršitve obsojenčeve pravice do obrambe na glavni obravnavi ali zaradi kršitve določb kazenskega postopka v pritožbenem postopku, če je ta kršitev vplivala, da ni bila izdana pravilna sodba.)

Zobec, KOMENTAR ZKP S SODNO PRAKSO, stran 113, točka 8.



možnost pritožbe zoper sklep republiškega oziroma pokrajinskega vrhovnega sodišča.

O predlogu za izločitev sodnika po 42. členu ZKP odloča predsednik sodišča, če pa se zahteva izločitev predsednika sodišča, pa predsednik neposredno višjega sodišča. Tako obstaja možnost, da se, tudi če se odloča o izločitvi predsednika prvostopenjskega sodišča na višjem sodišču, vlagatelj zahteve še vedno pritoži na neposredno višje, torej vrhovno sodišče.

Če bi bil Vlasisavljević le predsednik sodnega senata, ne pa tudi predsednik sodečega sodišča, bi moral o njegovi izločitvi odločati predsednik vojaškega sodišča v Ljubljani in pritožba zoper ta sklep bi bila mogoča. O njej bi odločalo Vrhovno vojaško sodišče v Beogradu. Če pa je Vlasisavljević predsednik ljubljanskega vojaškega sodišča in tako o predlogu za izločitev odloča neposredno višje – Vrhovno vojaško sodišče, je pritožba zoper ta sklep vprašljiva. Vsekakor je položaj obdolženca v primeru, da mu vojaško sodišče pritožbe ne omogoči, slabši, kot bi bil, če bi se mu sodilo po Zakonu o kazenskem postopku. To poslabšanje položaja obdolženca pa ni utemeljeno z določbami Zakona o vojaških sodiščih in tako lahko ugotovimo nasprotje med 61. členom ZVS, ki govori o uporabi določb ZKP kot *legis generalis* v postopku pred vojaškimi sodišči in možnostjo uporabe teh določb. Sedaj je dopustnost pritožbe predvsem odvisna od volje sodnikov Vrhovnega vojaškega sodišča, v bodoče pa bi bilo treba to urediti v samem ZVS in to v korist tistega, ki vlaga zahtevo o izločitvi sodnika.

Argumenta za to sta predvsem dva:

- vlagatelj predloga za izločitev ni kriv, če je predsednik senata hkrati tudi predsednik sodišča, pa zato o pritožbi za njegovo izločitev odloča neposredno višje sodišče -- v tem primeru vrhovno vojaško sodišče (enakost pred zakonom pa je že ustavno opredeljena pravica --180. člen Ustave SFRJ);

- pred vojaškimi sodišči se lahko znajdejo tudi civilne osebe, njihov položaj pa je tako slabši.

V konkretnem postopku proti Ivanu Borštnerju, Ivanu Janši, Davidu Tasiću in Franciju Zavrlu pa se je nepristranskost sodnika kazala tudi v komuniciranju s tožilcem na sami glavni obravnavi.<sup>407</sup> Po začetku glavne obravnave se takšen razlog ne more več uveljavljati kot izločitveni razlog po 6.

407 Zavri: "Še to: danes (op. 21.7.88) sem videl tožilca, kako je s kretno sugeriral predsedniku senata, da naj ne dovoli, da bi izvedenec odgovoril na nekatera moja vprašanja. Mislim, da je takšna komunikacija med tožilcem in sodnikom nedopustna." Vasle, "Sojenje v Ljubljani", Teleks, 3. (11.) 8. 1988.

točki 39. člena ZKP,<sup>408</sup> vseeno pa je to dokaz, da sodnik ni bil le nepristranski poslušalec, ki bi lahko nato na koncu postopka z upoštevanjem argumentov obeh strani razrešil spor.

#### 7.4.2. Problem jezika v postopku na glavni obravnavi

Kadar stranke ne govorijo v jeziku, ki je pri sodišču v uradni rabi, imajo pravico do brezplačnega tolmača. Ta pravica je utemeljena že v Mednarodnem paktu o državljskih in političnih pravicah,<sup>409</sup> zapisana pa je tudi v 214. členu Ustave SFRJ.<sup>410</sup>

Natančneje to pravico opredeljuje ZKP v 7. členu,<sup>411</sup> ki omogoča udeležencem v postopku, da uporabljajo svoj jezik že pri preiskavi pa vse do konca postopka, prevaja pa jim tolmač.

Osebe, ki so tolmači, morajo biti zapriseženi v skladu z 224. členom, 3. odstavkom ZKP,<sup>412</sup> sodišče pa mora praviloma

408 Člen 41/2 ZKP:

"Stranke lahko zahtevajo izločitev do začetka glavne obravnave; če pa zvedo za razlog izločitve iz 1. do 5. točke 39. člena tega zakona šele pozneje, jo morajo zahtevati takoj, ko zvedo za razlog."

409 14. člen, 3. odstavek, točka (f) Mednarodnega pakta o državljskih in političnih pravicah:

"To have the free assistance of an interpreter if he can not understand or speak the language used in court."

(Prevod: Vsakdo, kdor je obtožen, ima pravico dobiti brezplačno pomoč tolmača, če ne razume ali ne govori jezika, v katerem teče obravnavo.)

Postavlja se vprašanje, ali ni ZKP v nasprotju s paktom. Pravica do brezplačnega tolmača namreč ne velja za tujce. Za prevajanje v njihov jezik ne velja odločba 95. člena, 5. odstavka ZKP, po kateri se le stroški za prevajanje v jezik jugoslovanskega naroda ali jugoslovanske narodnosti, ki nastanejo z uporabo določb Ustave in ZKP o pravi uporabi svojega jezika, ne zaračunavajo tistim, ki so po odločbah ZKP dolžni povrniti stroške kazenskega postopka.

410 214. člen Ustave SFRJ:

"Neznanje jezika, v katerem teče postopek, ne more biti ovira za obrambo in uveljavljanje pravic in upravičenih interesov občanov in organizacij.

Vsakomur je zajamčena pravica, da v postopku pred sodiščem ali drugimi državnimi organi, organizacijami združenega dela in drugimi samoupravnimi organizacijami in skupnostmi, ki pri izvrševanju javnih pooblastil odločajo o pravicah in obveznostih občanov, uporablja svoj jezik in se v svojem jeziku seznanja z dejstvi."

411 7. člen ZKP:

"1) Kazenski postopek teče v jeziku, ki je pri sodišču v uradni rabi.

2) Stranke, priče in drugi udeleženci v postopku imajo pravico uporabljati pri preiskovalnih in drugih sodnih dejanjih ali na glavni obravnavi svoj jezik. Če sodno dejanje oziroma glavna obravnavo ne teče v jeziku teh oseb, jim je treba zagotoviti ustno prevajanje tistega, kar oni oziroma drugi govorijo, ter listin in drugega pisanega dokaznega gradiva.

3) O pravi do prevajanja je treba osebe iz drugega odstavka tega člena poučiti, te se lahko odpovedo prevajanju, če znajo jezik, v katerem teče postopek. V zapisnik je treba zapisati, da so bile poučene in kaj so izjavile.

4) Prevaja tolmač."

412 224/3 člen ZKP:

"Če tolmač ni že zaprisežen, mora priseči, da bo vprašanja, ki se postavljajo obdolžencu, in njegove izjave natančno prevedel."



uporabljati stalne sodne tolmače.

Tolmači morajo ustno prevajati potek celotne glavne obravnave.

V primeru sojenja Janši, Tasiću, Borštnerju in Zavrlu je sodišče postopek vodilo v srbohrvaščini.<sup>413</sup> Na zahtevo Francija Zavrla so obdolženim postavili tolmača za slovenski jezik, kapetana Gomzija, ni pa jasno, ali je sodišče samo opozorilo udeležence postopka na pravico do tolmača, kot to zahteva zakon (7/3. člen ZKP<sub>2</sub> ali so tolmača dobili šele, ko so ga zahtevali.

Po mnenju vseh obdolženih je bilo prevajanje na glavni obravnavi zelo slabo, tako da se lahko vprašamo, kakšni so pogoji za to, da nekdo postane tolmač.<sup>414</sup>

Če so udeleženci v postopku prikrajšani za pravico na glavni obravnavi uporabljati svoj jezik in v svojem jeziku spremljati njen potek, gre za absolutno bistveno kršitev kazenskega postopka po 3. točki, 1. odstavek 364. člena ZKP. V konkretnem primeru je bila ta kršitev storjena, če je slab prevod lahko povzročil zmanjšano možnost obrambe obdolženih v postopku. Udeleženci so med glavno obravnavo večkrat zahtevali boljšega tolmača,<sup>415</sup> čemur pa sodišče ni ugodilo. Tudi izjave obdolžencev v zapisniku pogosto niso povzete po avtentičnih izjavah ravno zaradi napak v prevajanju.

413 Vprašanje je, ali je srbohrvaščina uradni jezik vojaškega sodišča, kar ni v skladu s tretjim členom Zakona o vojaških sodiščih, ki pravi:

"Postupak pred vojnim sudovima vodi se na jednom od jezika i pisava naroda Jugoslavije."

(Prevod: "Postopek pred vojaškimi sodišči teče v enem izmed jezikov in pisav narodov Jugoslavije.") še bolj pa je v nasprotju z Ustavo SFRJ, ki omogoča enakopravno uporabo jezikov narodov in narodnosti.

Tega se je verjetno zavedalo tudi vojaško sodišče v Ljubljani, saj je vsem obdolženim poslalo prevod sodbe v slovenščini, čeprav 8. člen ZKP določa:

"Vabila, odločbe in druga sodna pisanja pošilja sodišče v jeziku naroda, ki je pri sodišču v uradni rabi."

Če bi bila srbohrvaščina res uradni jezik vojaškega sodišča, ne bi bilo nobenega razloga za prevajanje sodbe v slovenščino.

414 Posledice slabe kvalitete prevajanja so pogosto težko ugotovljive. Pri tem si po mnenju Joan Bainbridge Saffort (*The Non-English Speaking Defendent, the Journal of Criminal Law and Criminology 1977/1*), lahko pomagamo s stenogramom ali posnetkom snemanja glavne obravnave. Vprašanje je, kako slabo kvaliteto dokazati takrat, kadar je postopek tajen, zapisnik, ki se vodi na obravnavi, pa ni dobeseden. Verjetno bi bilo najbolje ponovno preizkusiti znanje tolmača.

415 Janša v pritožbi navaja:

"Delo obeh tolmačev je očitno strokovno povsem nezadovoljivo, pri čemer je treba posebej poudariti, da je bilo prevajanje med postopkom (kljub trudu neusposobljenega tolmača) često tudi pomensko nepravilno ali celo nerazumljivo (da o strokovni in jezikovni pravilnosti ne govorimo), na kar smo obdolženci tudi med postopkom izrecno opozarjali sodišče in zahtevali zagotovitev ustreznega prevajanja. Glede na to večkrat ni bilo možno pravilno razumeti poteka celotne obravnave, prav tako pa so zaradi takšnega neustreznega prevajanja nastajale ves čas tudi velike težave pri pravilni protokolaciji izjav, tako obdolžencev, kot prič."

Vir: Mladina št. 36/88.

To pa lahko povzroči, da tudi drugostopenjsko sodišče, ko bo odločalo o pritožbi, ne bo moglo soditi iz samega spisa zadeve (drugače bo odločitev napačna), ampak bo zadevo moralo vrniti na prvo stopnjo ali pa samo razpisati glavno obravnavo. Ker Vrhovno vojaško sodišče na obravnavi ne sodi, ostane le prva možnost, kjer bo potrebno zagotoviti enake pravice vsem strankam tudi pri uporabi jezika.

### 7.4.3. Izključitev civilnega zagovornika

Pravica obrambe pomeni za obdolženca tudi pravico, da si vzame strokovnega zagovornika in tako svojo obrambo dopolni s pomočjo strokovno usposobljene osebe.

Po Zakonu o kazenskem postopku<sup>416</sup> ima obdolženec pravico, da si sam izbere zagovornika, kar je v skladu s 182. členom Ustave SFRJ, ki jamči obdolžencu pravico do obrambe.<sup>417</sup>

Vendar pa Zakon o vojaških sodiščih omejuje pravico obdolžencu, da si zagovornika priskrbi sam izmed odvetnikov. Člen 65/4 tega zakona namreč določa:

"Ako bi u toku postopka moglo doći do odkrivanja vojne tajne koja može imati teške posledice za sigurnost zemlje, okrivljenik može birati branitelja samo iz reda vojnih branitelja ili drugih vojnih osoba iz stava 2 ovog člana.<sup>418</sup> Odluku o tome u istrazi donosi istražni sudac vojnog suda, u pripremanju glavne rasprave -- predsjednik vijeća, a na glavnoj raspravi -- vijeće."

(Prevod: Če bi se med postopkom utegnila odkriti vojaška tajnost, kar bi lahko imelo hude posledice za varnost države, si sme obdolženec izbrati zagovornika le izmed vojaških zagovornikov ali drugih vojaških oseb iz drugega odstavka tega člena. O tem odloča v preiskavi preiskovalni sodnik vojaškega sodišča, v pripravi glavne obravnave predsednik senata, na glavni obravnavi pa senat.)

416 Člen 11/2 ZKP:

"Obdolženec ima pravico, da se brani sam ali s strokovno pomočjo zagovornika, ki si ga izbere sam izmed odvetnikov."

417 Člen 182 Ustave SFRJ:

"1) Zajamčena je pravica do obrambe.

2) Nihče, kdor je dosegljiv sodišču ali drugemu za postopek pristojnemu organu, ne sme biti kaznovan, če ni bil po zakonu zasilan ali mu ni bila dana možnost obrambe.

3) Vsakdo, ki je obdolžen, ima pravico vzeti si zagovornika, da se v skladu z zakonom omogočata obramba in varstvo pravic in interesov obdolženega. Zakon določa, v katerih primerih obdolženi mora imeti zagovornika."

418 Drugi odstavek tega člena:

"Branitelj okrivljenika može biti odvetnik, vojni branitelj ili druga vojna osoba koja je diplomirani pravnik i sposobna da okrivljeniku pruži pomoć u obrani."

(Prevod: "Zagovornik obdolženca je lahko odvetnik, vojaški zagovornik ali druga vojaška oseba, ki je diplomiran pravnik in je sposobna pomagati obdolžencu pri obrambi.")



Tudi po tem členu ima obdolženec še vedno možnost, da si izbere zagovornika, toda njegova izbira je omejena le na vojaške zagovornike in druge vojaške osebe, ki so diplomirani pravniki in sposobni obdolžencu nuditi pomoč v obrambi.

Vprašanje je, ali je ta določba v skladu z Mednarodnim paktom o državljanskih in političnih pravicah, ki v 14. členu, 3. odstavku, 2. točka poudarja pravico do zagovornika, po lastni izbiri obdolženca.<sup>419</sup> Ne gre le za dano možnost izbire med vnaprej določenimi zagovorniki, ki so omejeni z lastnostjo - vojaški zagovorniki, ampak širšo možnost izbire. Obdolženca lahko zagovarja tisti, ki si ga izbere izmed odvetnikov. Odločba o izključitvi civilnega zagovornika po 3. odstavku, 65. člena Zakona o vojaških sodiščih mora biti obrazložena, zoper njo pa je po 4. odstavku istega člena mogoča tudi pritožba.<sup>420</sup>

V postopku pred vojaškim sodiščem obdolženim ni bil izročen sklep o tem, da imajo lahko le vojaškega zagovornika.<sup>421</sup> Ker takšnega sklepa pred začetkom glavne obravnave Franci Zavrl, edini, ki se je branil s prostosti, še ni dobil, je pooblastil odvetnika Demšarja kot svojega zagovornika, ki pa so ga, po sklepu, da bo sodišče sodilo tajno, izključili (kljub pooblastilu), hkrati z drugo javnostjo iz

419 14. člen, 3. odstavek, točka (b):

"To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his choosing."

Tu je pomembno opozoriti na slab prevod angleškega teksta v slovenščino:

"Imeti na razpolago potreben čas in potrebne olajšave, da pripravi svoj zagovor in občevariti z zagovornikom, ki si ga izbere."

(Uradni list SFRJ, št.7/71, stran 78)

Manjka možnost lastne izbire (v fr. "*le conseil de son choix*"), ki pomeni izbiro osebe med katerimikoli advokati, ne le med vnaprej določenimi, kot to določa Zakon o vojaških sodiščih.

Tudi ZKP namreč omejuje pravico do zagovornika na odvetnike.

Člen 67/4 tega zakona pravi:

"Za zagovornika se sme vzeti samo odvetnik; njega lahko nadomestuje odvetniški pripravnik. Če teče postopek za kaznivo dejanje, za katero se sme po zakonu izreči kazen zopora nad 5 let ali hujša kazen, sme odvetnika nadomestovati odvetniški pripravnik samo, če ima strokovni izpit, ki ga določa republiški oziroma pokrajinski predpis. Pred zveznim sodiščem ter pred republiškim oziroma pokrajinskim vrhovnim sodiščem sme biti zagovornik samo odvetnik."

420 Člen 65/4 Zakona o vojaških sodiščih:

"Protiv rješenja istražnog suca vojnog suda i predsjednika vjeća donesenog prema odredbi stava 4. ovog člana može se podnijeti žalba vijeću vojnog suda, a protiv rješenja vjeća vojnog suda može se podnijeti žalba Vrhovnom vojnom sudu."

(Prevod: "Zoper sklep preiskovalnega sodnika vojaškega sodišča in zoper sklep predsednika senata po 4. odstavku tega člena, se lahko vložijo pritožba pri Vrhovnem vojaškem sodišču.")

421 Podatki o dogajanju:

Vasle, "Sojenje v Ljubljani", Teleks, 3. (11.) 8. 1988.

Delo, 23.8.88, stran 8, Šuštaric, "Za tožilcem sta se na Vrhovno vojaško sodišče pritožila še Janša in Zavrl".

dvorane. Sklep o izključitvi civilnih zagovornikov je sprejel senat hkrati s sklepom o izključitvi javnosti,<sup>422</sup> vendar pa tudi ta sklep ni bil vročen obdolženim.

Tukaj je sodeči senat verjetno napravil napako, ki je bistveno vplivala na možnost obrambe obdolženih.

Ker senat ni izdal samostojnega sklepa o izključitvi civilnih zagovornikov, ki bi bil vročen obdolženim, so bili le-ti prikrajšani v pravici do pritožbe.<sup>423</sup> Kršitev te pravice pa je v nasprotju z zvezno Ustavo.<sup>424</sup>

Zakon o vojaških sodiščih tudi nima posebne določbe o tem, da pritožba ne zadrži izvršitve sklepa, zato velja splošna določba Zakona o kazenskem postopku iz 396. člena:

"Če ni v tem zakonu drugače določeno, se z vložitvijo pritožbe zadrži izvršitev sklepa, zoper katerega je pritožba podana."

Torej bi v konkretnem primeru moral senat izdati sklep o izključitvi civilnega zagovornika, obdolženec bi se lahko na ta sklep pritožil v roku treh dni,<sup>425</sup> nato pa bi o pritožbi odločalo Vrhovno vojaško sodišče. Med tem časom ne bi smeli izključiti iz postopka Zavrlovega odvetnika. Tako je ravnanje sodišča bilo nezakonito in je kratilo predvsem obdolžencu Zavrlu eno temeljnih pravic, pravico do obrambe. Nasilno je namreč odstranilo njegovega edinega odvetnika z glavne obravnave. To pa pomeni bistveno kršitev iz 364. člena, 2. odstavek:

"Bistvena kršitev določb kazenskega postopka je podana tudi, če sodišče med pripravo glavne obravnave ali med glavno obravnavo ali pri izdaji sodbe ni uporabilo kakšne določbe tega zakona ali jo je uporabilo nepravilno ali če je na glavni obravnavi prekršilo pravico do obrambe, pa je to vplivalo ali moglo vplivati na zakonitost in pravilnost sodbe."

422 Bilten odbora, "Sedem dni sramote: Kako je kronološko tekел proces?", Mladina.

Sklep ni bil obrazložen. Po 65. členu, 4. odstavek je namreč možna izključitev odvetnika le, če bi lahko prišlo do odkritja vojaške skrivnosti, ki bi lahko imela težke posledice za varnost države.

Kdaj gre za tako pomembno skrivnost in kako bi lahko ogrozila varnost države (posebno, ker so bili dokumenti v času postopka že spremenjeni)? Na to vprašanje ni bilo odgovorjeno.

423 "Čeprav je bil sklep ustno naznanjen, teče pritožbeni rok od vročitve overjenega prepisa sklepa."

Zobec, *KOMENTAR ZKP S SODNO PRAKSO*, str. 821.

424 Ustava SFRJ, 2. odstavek 180. člena:

"Vsakomur je zajamčena pravica do pritožbe ali drugega pravnega sredstva proti odločbam sodišč, državnih organov in drugih organov in organizacij, s katerimi ti odločajo o njegovi pravici ali na zakonu temelječem interesu."

425 395. člen, 2. odstavek:

"Če ni v tem zakonu drugače določeno, je treba pritožbo zoper sklep podati v treh dneh od dne, ko je bil sklep vročen."



Za relativno bistvene kršitve postopka je treba sicer dokazati, da so vplivale ali bi mogle vplivati na zakonitost in pravilnost sodbe, torej vzročno zvezo med kršitvami postopka in možnim vplivom na zakonitost in pravilnost sodbe. Odsotnost zagovornika na glavni obravnavi, ki jo je povzročilo sodišče, pomeni slabšo obrambo obdolženca, s tem pa je možen vpliv na pravilnost sodbe.<sup>426</sup>

Pomembna je tudi odločba Vrhovnega sodišča Hrvaške, Kz 1082/71, ki pravi:

"Kršitev postopka iz drugega odstavka 334. člena ZKP (sedanji 264. člen) je podana, če sodišče med pripravami za glavno obravnavo (oziroma ob izdaji sodbe) ne uporabi ali nepravilno uporabi kakšno določbo postopka."<sup>427</sup>

Pri vseh obdolženih je sodišče nepravilno uporabilo določbo o izključitvi civilnih zagovornikov. Podan je torej razlog za pritožbo.<sup>428</sup>

426 Zakonita je sodba takrat, kadar so določbe materialnega prava pravilno uporabljene, pravilna pa, kadar so odločilna dejstva pravilno ugotovljena. Za bistveno kršitev po drugem odstavku je dovolj že, če je sodba nezakonita ali nepravilna. Čeprav uporablja drugi odstavek besedico "in", bi šli predaleč, če bi sklepali iz tega, da morata biti za kršitev iz drugega odstavka podani nezakonitost in nepravilnost kumulativno."

Zobec, *KOMENTAR ZKP S SODNO PRAKSO*, str. 732.

427 Glej Zobec, *KOMENTAR ZKP S SODNO PRAKSO*, str. 743, točka 36.

428 O namenu pritožbe zaradi kršitve procesnih določb meni Damaška:

"Procesne norme, kao uostalom i sve druge norme, uče se i učvršćuju stavljanjem u izgled nepovoljnih posljedica za slučaj kršenja. Ako prelazimo preko procesnih povreda kad god smo suglasni s rezultatom postupka, učimo suče da odstupaju od procesnih normi kad god im te norme smetaju da postignu željeni rezultat. S očima uperenim na 'suštinsku pravilnost' sudac se zapravo dovodi u položaj da odstupa od procesnih formi kad god mu to izgleda svrsishodnom, pa uvijek kad nalazimo važne razloge za odstupanje od normi procesne forme ostaju prazna zakonodavna obećanja, mrtve proklamacije. Nismo daleko od pravosuđa što bi ga Weber nazvao 'kadijskom pravdom'...Imamo li tu dodatnu funkciju žalbenog postupka pred očima, teško je proglasiti besmiselnim formalizmom ukidanje suštinski pravilnik odluka zbog povrede procesnih propisa. Ukidanje takvih presuda može se u mnogim situacijama braniti kao opravdana žrtva koju treba platiti za kvalitetno pravosuđe."

(Prevod: "Procesne norme, kot nasploh vse druge norme, se utrjujejo z zgledi o neugodnih posledicah v primeru kršitev. Če gremo preko procesnih kršitev kadarkoli soglašamo z rezultatom postopka, učimo sodnike, da odstopajo od procesnih norm, kadar jih te ovirajo pri doseganju zaželenega cilja. Upoštevajoč v bistvu 'pravilno odločitev' je sodnik pravzaprav postavljen v položaj, da odstopa od procesnih oblik kadarkoli se mu to zdi potrebno. Tako vedno, kadar najdemo pomembne razloge za odstopanja od norm, procesne oblike ostanejo prazne obljube zakonodajalca. Nismo daleč od pravosodja, ki bi ga Weber imenoval 'gospodarjevo pravico'... Če imamo pred očmi dodatno funkcijo pritožbenega postopka, bi težko razglasili za nesmisel formalizem razveljavitev v bistvu pravih odločitev zaradi kršitve procesnih predpisov. Razveljavitev takih sodb bi bilo mogoče v mnogih primerih opravičiti kot upravičeno žrtve, ki jo je potrebno plačati za kvalitetno pravosodje.")

Damaška, *Dvije vrste relativno bitnih povreda krivičnega procesnog prava*, *Odvjetnik* 1970, 11-12, str. 429.

Zavrlu so v postopku sicer ponujali izbiro med dvema vojaškima odvetnikoma. Vendar bi se tu lahko oprli na Zobčev Komentar k 295. členu, 3. odstavek ZKP, ki govori o izključitvi odvetnika zaradi motenja javnega reda. Zobec pravi:

"Zahtevati od stranke, naj si takoj vzame drugega zagovornika oz. pooblaščenca, ni najbolj realno. Poleg tega je tudi krivično do procesnih subjektov, ki motenji reda sami niso zakrivil. Teško si je tudi predstavljati, po kakšnem pretehtanju vseh okoliščin naj bi senat spoznal, da nenavzočnost zagovornika oziroma pooblaščenca ni v škodo

#### 7.4.4. Sodna odločba se ne more opirati na izpovedbo priče, ki je postala obdolženec

Načelo ločenosti kazenskoprocesnih funkcij je načelo, ki ne dovoljuje združitve vlog priče in obdolženca v isti osebi v eni kazenski zadevi.<sup>429</sup>

Zakon o kazenskem postopku o tem sicer nima konkretne določbe, čeprav podrobno opredeljuje dolžnosti prič in pravice obdolženca.

Tako se je priča po 3. odstavku 225. člena ZKP dolžna odzvati vabilu in v kazenski zadevi tudi pričati, razen če v zakonu niso predvidene izjeme (226. in 227. člen ZKP). 2. odstavek 231. člena ZKP določa, da je treba pričo najprej opomniti, da je dolžna govoriti resnico in da ne sme ničesar zamolčati, nato pa jo opozoriti, da pomeni kriva izpovedba kaznivo dejanje.<sup>430</sup> Tako lahko vidimo, da je dolžnost priče predvsem po resnici odgovarjati na vprašanja o dogodku, ki pomeni kaznivo dejanje, medtem ko je funkcija obdolženca drugačna. Obdolženec ima pravico, da molči o dejanju, katerega je osumljen, ravno tako se tolerira njegova laž, saj ni dolžan govoriti resnice.<sup>431</sup>

Tako bi bil obdolženec v svojih pravicah, predvsem v pravici do obrambe, ogrožen, če bi v istem postopku nastopal kot priča in hkrati kot obdolženec. Predvsem se problem v praksi pokaže takrat, kadar obdolženec spremeni svoj zagovor in na glavni obravnavi ne navaja takšnih okoliščin, kot jih je v predhodnem postopku, ko je imel vlogo priče. Če naj bo v postopku zagotovljena kontradiktornost, je potrebno

---

obrambi obtoženca oziroma koristim zastopaneга."

Po analogiji bi bilo v tem primeru ravno tako krivično zahtevati od stranke, naj si takoj vzame drugega zagovornika, če prej sklepa o izločitvi ni sprejela.

429 "Sa principom podeljenosti krivičnoprocesnih funkcija izražena je postavka da je svaki krivičnoprocesni subjekt nosilac jedne zakonom određene funkcije. Sticaj više funkcija u ruke jednog subjekta nije dozvoljen...Odsustvo ovog principa najteže je pogadalo okrivljenog, jer ga je liševalo položaja krivičnoprocesnog subjekta, a s tim prava na odbranu."

(Prevod: "Z načelom ločenosti kazenskopравnih funkcij je izražena postavka, da je vsak kazenskopравni subjekt nosilec ene, z zakonom določene funkcije. Združitev več funkcij v rokah enega subjekta ni dovoljena. Izostanek tega načela je najteže prizadel obdolženca, ker mu je bil s tem odvzet položaj kazenskopравnega subjekta in s tem pravica do obrambe.")

Dimitrijević, *KRIVIČNO PROCESNO PRAVO*, Savremena administracija, Beograd, 1981.

430 Dejanje krive izpovedbe je kvalificirano v 210. členu KZ SRS.

431 Člen 218/2:

"Obdolžencu se nato pove, česa je obdolžen in katere podlage za sum so zoper njega podane, nato pa se vpraša, kaj lahko navede v svoj zagovor; pri tem se mu sporoči, da se ni dolžan zagovarjati in tudi ne odgovarjati na vprašanja.

Člen 316/5 ZKP:

"Obtoženec se ni dolžan izjaviti o obtožbi in se tudi ni dolžan zagovarjati."



zapisnike o zaslišanju priče, ki je kasneje postala obdolženec, izločiti iz spisa zadeve.

To nam bo omogočilo tudi nepristransko sojenje. Smisel ekskluzije dokazov namreč ni v tem, da se zapisniki ne bi uporabili kot razlogi za obrazložitev sodbe, ampak v tem, da se s temi spisi senat, ki sodi, ne bi seznanil.<sup>432</sup>

V ameriški sodni praksi je znan primer *Zurcher v. The Stanford Daily*,<sup>433</sup> v katerem se je pojavil problem nenadne metamorfoze priče v obdolženca že v fazi policijske preiskave. Policija je imela sodni nalog za hišno preiskavo študentskega časopisa iz povsem določnega razloga, ki je bil utemeljen, vendar pa je bilo jasno, da je preiskavo opravljala v upanju, da bo ob njej našla še druge sledove (fotografije udeležencev demonstracije na univerzitetnem kampusu), na katere bi imela po t. i. *plain view* doktrini pravico zato, ker bi jih našla tako rekoč kot postranski proizvod primarne preiskave.<sup>434</sup> Ker preiskava pogosto teče v fazi, ko konkretni storilec še ni znan, bi se lahko namreč dogodilo, da bi z zaslišanjem osebe, pri kateri se opravlja preiskava, ne zasliši priče, ampak obdolženca. Zaslišana stranka bi se v trenutku (in seveda neopazno) spremenila v obdolženca, kar bi potegnilo za seboj potrebo po izločitvi vseh tako pridobljenih dokazov.

V naši teoriji in praksi pa je pomembno predvsem načelno mnenje zveznega sodišča, vrhovnih sodišč republik in pokrajin in vrhovnega vojaškega sodišča št. 1/86:

"Sodna odločba se ne more opirati na izpovedbo priče, ki je pozneje v isti kazenski zadevi postala obdolženec. Zapisnik

432 "Nevažni dokazi se ne uklanjajo iz spisa zbog toga da se sudija ne bi pozivao na njih u presudi (i kada bi ti dokazi ostali u spisima nema opasnosti da se sudija njima posluži u presudi, jer zna da će mu presuda zbog toga biti ukinuta), već zbog toga da se sudija ne bi upoznao sa njihovom sadržinom i pod njihovim uticajem ocenio druge dokaze na kojima zasniva presudu."

(Prevod: "Neveljavni dokazi se ne umaknejo iz spisa zaradi tega, da se sodnik nanje ne bi skliceval v sodbi (tudi če bi dokazi ostali v spisih, ni nevarnosti, da bi jih sodnik uporabil v sodbi, ker ve, da bo sodba zaradi tega zavrnjena), ampak zato, da se sodnik ne bi spoznal z njihovo vsebino in pod njihovim vplivom ocenil druge dokaze, s katerimi utemeljuje sodbo."

Vasiljević-Grubač, *KOMENTAR ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU*, 1982, stran 138.

433 *Zurcher v. The Stanford Daily*, Supreme Court of the U.S., 1978, 436 U.S. 547, 98 S.Ct. 1970, 56 L.Ed.2d 525, *CRIMINAL LAW AND PROCEDURE CASES AND MATERIALS*, stran 608.

434 4. Amandma ameriške ustave:

"The right of the people to secure their persons, houses, papers, and effects against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and to persons or things to be seized."

(Prevod: "Pravica ljudi do varstva njihove osebnosti in premoženja zoper neutemeljene preiskave in zaplembe, ne sme biti kršena in noben nalog za preiskavo naj ne bo izdan brez utemeljenega suma, podprtega s prisego ali izjavo ter z natančnim opisom kraja preiskave in oseb ali stvari, ki naj bodo zasežene.")

o zaslišanju priče, ki je postala v isti kazenski zadevi obdolženec, se izloči iz spisa zadeve".<sup>435</sup>

V primeru obsojenih Janše, Tasića, Borštnerja in Zavrla je bil Franci Zavrl 15. 6. 1988 zaslišan kot priča, kasneje pa je bila tudi proti njemu vložena obtožnica. O zaslišanju Zavrla kot priče so poleg tega, da je bil napravljen zapisnik, poročala tudi sredstva javnega obveščanja.<sup>436</sup> Če je sodnik Vlaisavljević videl zapisnike zaslišanja, si je o dejanju in obtožencu že poprej lahko ustvaril določeno predstavo in tako na sojenju ni bil nepristranski, kar bi bil še en razlog več za njegovo izločitev.

Trditelj, da mora sodnik odkrivati resnico, ne more zdržati pod težo zmanjšanja možnosti obrambe obdolženega. Tu se zopet zastavlja vprašanje enakosti v postopku pred sodišči, ker ima obdolženec, ki je najprej zaslišan kot priča – ne glede na svojo voljo, slabši položaj od drugih obdolžencev.

Ker ZKP ne pravi izrecno, da je treba izločiti zapisnike o zaslišanju priče, ki kasneje postane obdolženec, v preiskavi,<sup>437</sup> bi bilo treba to določbo zakona dopolniti. Tako bi kršitev načela ekskluzije tudi za ta primer postala absolutno bistvena kršitev kazenskega postopka po členu 364/1, točka 8:

"Če se sodba opira na dokaz, na katerega se po določbah tega zakona ne more opirati, razen če je glede na druge dokaze očitno, da bi bila tudi brez tega dokaza izrečena enaka sodba."

435 Že pred tem načelnim mnenjem sta o nezdružljivosti funkcij obdolženca in priče pisala Vasiljević in Grubač v svojem Komentarju:

"Ako je neko lice saslušavano kao svedok označilo i sebe kao suizvršioca u izvršenju krivičnog dela, ono se u provedenom postupku protiv njega može ispitati samo u svojstvu okrivljenog, a iskaz dat u svojstvu svedoka ne može se koristiti."

(Prevod: "Če je zaslišana priča sebe označila kot sosterilca pri kaznivem dejanju, se jo lahko v postopku zoper njo zasliši samo kot obdolženca, medtem ko se izpovedba, ki jo je obdolženec dal kot priča, ne more uporabiti.")

Komentar k členu 225, točka 11.

Ravno tako Cvijović-Popović, *ZAKON O KRIVIČNOM POSTUPKU SA KOMENTAROM, OBJAŠNENJIMA I UPUTSTVIMA ZA PRAKTIČNO PRIMENU*, Privredna štampa, Beograd, 1981

"Prema principima našeg krivičnog procesa, okrivljeni ne može biti u isto vreme odnosno u svojoj krivičnoj stvari svedok, kao što je to slučaj u krivičnoj proceduri kod nekih drugih država."

(Prevod: "Glede na načela našega kazenskega postopka obdolženec ne more biti obenem v svoji kazenski zadevi tudi priča, kot velja v nekaterih drugih državah.")

Komentar k členu 225 ZKP.

436 Npr. *Mladina*, št. 25/88, 24.6.1988.

437 Člen 83/1 ZKP: "Če je v tem zakonu določeno, da se sodna določba ne more opirati na izpovedbo obdolženca, priče ali izvedenca, izda preiskovalni sodnik po uradni dolžnosti ali na predlog strank sklep, s katerim izloči zapisnike o teh izpovedbah iz spisov takoj, najpozneje pa do konca preiskave oziroma dokler ne da soglasja, da se sme obtožnica vložiti brez preiskave. Zoper ta sklep je dovoljena posebna pritožba."



## 7.4.5. Izključitev javnosti na glavni obravnavi

### 7.4.5.1. Pomen načela javnosti v kazenskem postopku

#### 7.4.5.1.1. Opredelitev v pravnih aktih

Načelo javnosti omogoča družbi, da spremlja in ocenjuje delo sodišča, gre torej za družbeno kontrolo pravosodja. Javno je razpravljanje pred sodiščem, sodišče je dolžno dati informacije o postopku zainteresiranim osebam v okviru zakonskih pogojev, sodne odločbe se lahko objavijo v sredstvih javnega obveščanja, sodišče mora o svojem delu poročati predstavnikiškim organom.

Načelo javnega delovanja sodnih organov je zajamčeno že v Ustavi,<sup>438</sup> preneseno pa je tudi v Zakon o kazenskem postopku (287. člen).

Že v Ustavi je predvidena možnost izključitve javnosti, kar pa mora posebej določiti še zakon. Tako ZKP v 288. členu:

"Od začetka zasedanja pa do konca glavne obravnave sme senat ob vsakem času po uradni dolžnosti ali na predlog strank, vselej pa po njihovem zaslišanju, izključiti javnost z vse ali z dela glavne obravnave, če je to potrebno za obravnavanje tajnosti, varstva javnega reda, morale ali koristi mladoletnika ali za zavarovanje drugih posebnih koristi družbene skupnosti."<sup>439</sup>

Slabost te določbe je, da ni nič konkretnjša od Ustave, posebno kar zadeva razlog za zavarovanje posebnih koristi družbene skupnosti.<sup>440</sup>

---

438 Ustava SFRJ 227. člen, Ustava SRS 282. člen:

"1) Obravnavanje pred sodiščem je javno.

2) Zakon določa, v katerih primerih se sme pri obravnavanju izključiti javnost zaradi varovanja tajnosti, varstva morale, v interesu mladoletnika ali zaradi varstva drugih posebnih interesov družbene skupnosti."

439 O vrstah "skrivnosti" več Dimitrijević, "Pojam tajne i njena pravna određenost", JRKK, X., št. 2, str. 296, 1972:

"Neophodna je analitička studija važećeg zakonodavstva kako u pogledu inkriminacija i sankcija tako i u pogledu nadležnog sudstva i njegovog postupka... Klasični okviri krivičnog prava služe samo određenoj krivično pravnoj zaštiti tajne. Ostaje otvoreno pitanje kako fiksirati sve vidove samih tajni, kako iznaći njihove prave sadržaje..." (Prevod: "Potrebno je analizirati obstojeće zakonodajstvo tako glede inkriminacij in sankcij kakor glede pristojnega sodišča in njegovega postopka... Klasični okviri kazenskega prava rabijo samo določeni kazensko pravni zaščiti skrivnosti. Odprto ostaja vprašanje, kako opredeliti vse vidike skrivnosti, kako ugotoviti njihovo pravo vsebino...")

440 "Ustava propisuje da se javnost raspravljanja pred sudom može isključiti radi zaštite posebnih interesa društvene zajednice, ali da se zakonom određuje u kojim slučajevima to može biti. Zakon umesto da konkretizuje ustavnu odredbu, preneo je ustavnu odredbu, koja je kao ustavna mogla biti široka, ali kao zakonska mora biti konkretizovana, ako se neće da bude proizvoljna odredba o mogućnosti isključenja javnosti radi zaštite javnog reda, slučaj koji ustav ne predviđa može se zasnovati baš na konkretizaciji pomenute ustavne odredbe." (Prevod: "Ustava določa, da je izključitev javnosti mogoča zaradi zavarovanja posebnih družbenih interesov, vendar

Zoper ta sklep, ki mora biti obrazložen in javno razglašen, je dovoljena pritožba le v pritožbi zoper sodbo.<sup>441</sup> Pritožijo se lahko le stranke, ne pa publika procesa.<sup>442</sup>

Zakon v 289. členu, 2. odstavek daje možnost, da nekatere osebe kljub določbi o izključitvi javnosti prisostvujejo glavni obravnavi, če jim tako dovoli senat. Gre za uradne osebe, znanstvene in javne delavce, na zahtevo obdolženca pa tudi za njegovega zakonca ter bližnje sorodnike. Ker pa je to dovoljenje stvar sodečega senata, gre namreč za procesno-vodstvene sklepe, zoper odločbo, ki zavrača zahtevo teh oseb po prisostvovanju v postopku, ni pritožbe. S tem se sodišče izmika tudi kontroli strokovnjakov v primerih, ko je javnost izključena.

#### 7.4.5.2. Izključitev javnosti v primeru Janša

V konkretnem primeru je izključitev javnosti predlagal javni tožilec Živko Mazić drugi dan sojenja, torej 19. 7. 1988.<sup>443</sup> Svojo zahtevo je utemeljil s tem, da:

- sodni postopek teče zaradi izdaje vojaške skrivnosti;
- obdolženci bodo bolj sproščeno govorili o podrobnostih, drugače bi na javni obravnavi ves čas morali paziti na to, kaj je in kaj ni tajnost.

O njegovem predlogu so se nato izjavili vsi obdolženci, kakor to določa 288. člen ZKP. Vsi so zanikali potrebo po izključitvi javnosti, njihovi argumenti pa so bili predvsem, da ta dokument sedaj ni več tajen in da so se v praksi stvari, o katerih je dokument govoril, že spremenile. Borštner je

---

pa zakon določa, v katerih primerih je to mogoče. Namesto da bi zakon konkretiziral ustavno določbo, je povzel to določbo, ki bi kot ustavna lahko bila široka, vendar kot zakonska mora biti konkretizirana, če nečemo, da bo samovoljna določba o možnosti izključitve javnosti zaradi varovanja javnega reda... Primer, ki ga ustava ne predvideva, je mogoče temeljiti na konkretizaciji omenjene ustavne določbe." )

441 Vasiljević-Grubač, *KOMENTAR ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU*, Savremena administracija, Beograd 1982, str. 474, 290. člen ZKP:

"1) O izključitvi javnosti odloča senat s sklepom, ki mora biti obrazložen in javno razglašen.

2) Sklep o izključitvi javnosti se sme izpodbijati samo v pritožbi zoper sodbo."

442 "Treća lica nemaju nikakvog prava na žalbe, ali okrivljeni u svojoj žalbi može istaći kao povredu propisa krivičnog postupka, odbijanje da se dozvoli prisustvo ovim licima." (Prevod: Tretje osebe nimajo pravice do pritožbe, vendar pa lahko obdolženec v pritožbi navaja kot kršitev določb kazenskega postopka, da senat ni dovolil prisotnosti teh oseb na glavni obravnavi.)

Vasiljević-Grubač, *ibidem*.

443 Argumenti, ki jih je navedel vojaški tožilec, so brez teže:

1) Izključitev javnosti zaradi vojaške tajnosti je razlog za izključitev, ki mora obstajati, če se hoče izključitev sploh izvršiti, ne pa argument za utemeljitev te izključitve.

2) Argument v zvezi s sproščenostjo obdolžencev, če bo javnost odsotna, so zavrnili oni sami, vsi so se namreč zavzemali za javnost glavne obravnave.

Vir: Vasle "Sojenje v Ljubljani", Teleks, 3.(11.) 8. 1988.



predlagal delno izključitev javnosti (le v delih obravnave, ki govori o tajnem dokumentu), to pa je podprl tudi njegov zagovornik.

Spremljanje postopka so zahtevali tudi znanstveni delavci, člani kazenskopravne katedre Pravne fakultete v Ljubljani. Vendar je sodeči senat menil, da je izključitev javnosti potrebna za vse. Obravnavi so lahko prisostvovali le sorodniki obdolženih.<sup>444</sup>

Postavlja pa se vprašanje, zakaj so ugodili zahtevi, da sorodniki obdolženih lahko prisostvujejo glavni obravnavi, zavrnili pa so zahtevo znanstvenih delavcev po spremljanju tega procesa. Če tajnost je taka, da se prisotnost bližnjih sorodnikov na glavni obravnavi še lahko tolerira, zakaj je senat potem izključil delavce kazenskopravne katedre Pravne fakultete? Seveda so to strokovnjaki, ki bi dosti bolje lahko ugotovili napake samega postopka, kar pa za sodeči senat ne bi bilo zaželeno.

To je le eden od primerov, ko ima senat zaradi procesne diskrecije možnost tudi nekoliko prikrojiti določbe ZKP.

Kršitev načela javnosti glavne obravnave lahko predstavlja absolutno bistveno kršitev kazenskega postopka, kadar je javnost izključena v nasprotju z zakonom.<sup>445</sup> V primeru Janša je lahko prišlo do kršitve zakona, če sklep ni bil dovolj obrazložen. Javnost je namreč v tem primeru izključena v nasprotju z zakonom, ker niso izpolnjene predpostavke, ki jih zakon zahteva za izdajo sklepa o izključitvi javnosti. Obrazložitev tega sklepa pa ne more le določati, da je javnost izključena zaradi vojaške tajnosti. To je namreč le eden od nujnih pogojev, po katerem se javnost lahko izključi, treba pa je dokazati škodljivost navzočnosti javnosti.

Tu je pomemben sklep Vrhovnega sodišča Jugoslavije, Kž 151/58:

"Rešenje o isključenju javnosti mora biti obrazloženo i javno objavljeno, a doneto po saslušanju stranaka. Ako sud to nije učinio, onda je nemoguće utvrditi kojim se razlozima rukovodio, niti dali je postojao koji od osnova za isključenje javnosti iz glavnog pretresa."

(Prevod: "Odločba o izključitvi javnosti mora biti obrazložena in javno objavljena ter sprejeta po zaslišanju strank. Če sodišče tega ni storilo, je nemogoče ugotoviti, kakšne

444 Sklep o izključitvi javnosti mora biti po ZKP obrazložen, neavnost glavne obravnave mora biti navedena tudi v uvodu zapisnika iz glavne obravnave (310. člen ZKP).

445 364. člen ZKP, 1. odstavek, točka 4:

"Bistvena kršitev določb kazenskega postopka je podana, če je bila v nasprotju z zakonom izključena javnost glavne obravnave."

razloge je uporabilo za odločitev, niti, ali je obstajal kateri od temeljev za izključitev javnosti iz glavne obravnave.")<sup>446</sup>

Postavlja se tudi vprašanje razlage samega 288. člena. Izključitev javnosti namreč vpliva na zmanjšanje kontrole nad pravosodjem, zato je načelo javnosti ustavno načelo. Če že obstajajo razlogi za izključitev javnosti, je ta ukrep potreben le, dokler so ti razlogi ustavnopravno relevantni. Zato zakon tudi daje možnost izključitve javnosti iz celotne ali le dela glavne obravnave.<sup>447</sup>

V obeh primerih, tako zaradi neobrazloženega sklepa, kot tudi zaradi izključitve javnosti iz celotne glavne obravnave, gre za izključitev javnosti, ki ni v skladu z zakonom, kar predstavlja absolutno bistveno kršitev kazenskega postopka po 364. členu, 1. odstavek, 8. točka. To je že zadosten razlog za razveljavitev sodbe.

#### 7.4.6. Zagotovitev kontradiktornosti na glavni obravnavi

Če hočemo, da je sojenje objektivno, moramo zagotoviti, da bosta stranki v postopku enako močni. Eden izmed načinov za doseg tega cilja je tudi, da dopustimo obdolžencu, da zastavlja vprašanje vsem pričam obtožbe in da se tudi drugače lahko izjavi o dokazih, ki ga bremenijo.

Ta pravica obdolženca je že dolgo znana v ameriškem pravu,<sup>448</sup> zapisana pa je tudi v Mednarodnem paktu o držav-

446 Objavljeno v Vasiljevič-Grubač, *KOMENTAR ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU*, (Komentar k 364. členu, točka 4)

447 Argumenti za čim restriktivnejšo razlago člena 288. ZKP so:

1) Člen moramo razlagati v korist obdolženca, saj gre za kazenski postopek. V konkretnem primeru so vsi obdolženci želeli javno glavno obravnavo.

2) *Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* (Paulus - D 50). Torej, če je načelo javnosti eno temeljnih načel, se morajo njegove izjeme čim ožje tolmačiti.

3) Tudi po teleološki razlagi pomena izključitve javnosti lahko sklepamo, da je ta izjema potrebna le, kadar so zanjo razlogi, to pa prav gotovo ni v tistem delu glavne obravnave, ki se na vojaško skrivnost ne sklicuje.

Torej bi bilo v primeru sojenja v Ljubljani, če je bila tajnost dokumentna res tako velika, da je potrebna izključitev javnosti, dovolj, da se javnost izključi le iz dela glavne obravnave, ki govori o tem dokumentu.

448 "Cross examination of the witnesses" ali navzkrižno zasliševanje prič, pomeni možnost obdolženca, da sprašuje priče, ki ga bremenijo. Ameriški "FEDERAL RULES OF EVIDENCE" (611, 20. november 1972):

"A witness may be cross-examined on any matter relevant to any issue in the case, including credibility. In the interests of justice, the judge may limit cross-examination with respect to matters not testified to on direct examination."

(Prevod: "Priča je lahko navzkrižno zaslišana glede katerekoli stvari relevantne za rešitev spornega vprašanja v zadevi, vključno glede njene verodostojnosti. V interesu pravice lahko sodnik omeji navzkrižno zasliševanje glede na zadevo, ki ni bila dokazana z direktnim zaslišanjem.")

Znan je tudi primer *Smith v. Illinois*, 390 U.S. 129, 885 1968, kjer je dokaz o krivdi za prodajo droge izgubil svojo vrednost, ker policija osebe, ki je pričala, da ji je obtoženec drogo prodal, ni bila pripravljena objaviti svojega imena in naslova za navzkrižno



ljanskih in političnih pravicah, ki ga je uzakonilo naše no-  
tranje pravo z ratifikacijo.<sup>449, 450</sup>

Zakon o kazenskem postopku je poskušal to pravico zago-  
toviti obdolžencem v 314. členu ZKP:

"Predsednik senata opozori obtoženca, naj pazljivo spremlja  
potek glavne obravnave, ter ga pouči, da sme navajati de-  
jstva in predlagati dokaze v svojo obrambo, da sme  
postavljati vprašanja soobtožencem, pričam in izvedencem  
ter da sme podajati pripombe in pojasnila glede njihovih  
izpovedb."<sup>451</sup>

Citirana določba daje obdolženemu možnost, da se izjavi o  
dokazih, ki ga bremenijo in da predlaga dokaze v svojo  
obrambo. To se še bolj natančno vidi iz 335. člena ZKP.<sup>452</sup>  
Toda v nasprotju s temi členi, ki obdolženca ne omejujejo pri  
njegovi želji, da bi se izrekel o dokazih, ki zanj niso ugodni,

zaslišanje.

Vir: John Macguire-Jack B. Weinstein, James H. Chadbourn-John J. Mansfield  
*EVIDENCE, CASES AND MATERIALS*, VI. izdaja, 1973, str. 105.

449 Ur. list SFRJ 7/71.

450 Izvirna določba 14. člena, 3. odstavek, (e) točka Mednarodnega pakta o državljanjskih  
in političnih pravicah se glasi:

"In the determination of any criminal charge against him, every one shall be entitled to  
the following minimum guarantees, in full equality:

e) To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the  
attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as  
witnesses against him.

(Izdaja mednarodnih paktov o človekovih pravicah v ZN, 1970)

Prevod, objavljen v Ur. list SFRJ 7/71, v slovenščino je popolnoma neadekvaten:

e) Slišati ali predlagati, naj drugi slišijo priče, ki ga obremenjujejo, in izposlovati prihod  
in zaslišanje prič obrambe ob enakih pogojih, kot veljajo za priče obtožbe.

Namesto besede "slišati" bi bilo potrebno vnesti besedo "zaslišati".

451 Zobec v KOMENTARJU k tem členom, str. 606, navaja:

"Določba 314. člena ZKP pomeni prispevek k akuzatorni naravi glavne obravnave ter  
poudarja vlogo obtoženca kot subjekta postopka. Obtoženec ima seveda pravico dajati  
pripombe in pojasnila tudi v zvezi z izvedbo drugih dokazov."

452 335. člen ZKP:

"Po končanem zaslišanju vsake priče ali izvedenca in po branju vsakega zapisnika ali  
drugega pisanja vpraša predsednik senata stranke in oškodovance, ali imajo kaj  
pripomni."

Komentar k tej določbi pravi:

"Določba tega člena je v skladu z načelom kontradiktornosti, ki zagotavlja, da tudi  
dokazni postopek na glavni obravnavi poteka v luči spora med enakopravnima  
strankama. Pripomba na izvajanje dokaza mora predsednik senata vpisati v  
zapisnik...Iz zapisnika o glavni obravnavi mora biti razvidno, da je predsednik senata  
res vsakokrat, ko bi moral, vprašal po pripombah. Tudi, če stranke in oškodovanec  
nimajo pripomb, je treba to vpisati v zapisnik."

Zobec, *KOMENTAR ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU S SODNO PRAKSO*,  
str. 636.

Kot vidimo iz določbe, se ta ne nanaša le na dokaze s pričami ali izvedenci, ampak  
tudi na vse ostale dokaze, ki so bili izvedeni in je bil o njih napisan zapisnik ali drugo  
pisanje.

pa 327. člen ZKP to obdolženčevo pravico že postavlja pod vprašaj. Dikcija tega člena je namreč:

"1) Ko konča predsednik senata zasliševanje posamezne priče ali izvedenca, jima lahko člani senata naravnost postavljajo vprašanja. Tožilec, obtoženec, zagovornik, oškodovanec, zakoniti zastopnik, poblaščenec in izvedenci smejo postavljati vprašanja naravnost pričam in izvedencem le z dovoljenjem predsednika senata.

2) Predsednik prepove vprašanje ali odgovor na že postavljeno vprašanje, če to ni dovoljeno (219. člen)<sup>453</sup> ali če ni v zvezi z zadevo. Če predsednik senata prepove določeno vprašanje ali odgovor, smejo stranke zahtevati, naj o tem odloči senat."

V tem členu pa je dana diskrecijska pravica predsedniku senata, da odloči o tem, ali lahko stranke in drugi udeleženci v postopku postavljajo vprašanja pričam in izvedencem. Drugi odstavek sicer omejuje predsednika senata pri tem, kdaj bo vprašanje prepovedal, vendar je ta omejitev zelo ohlapna. Predsednik senata prepove vprašanje, če to "ni v zvezi z zadevo". Kdaj pa je vprašanje v zvezi z zadevo, o tem odloča senat. Možna je sicer zahteva, naj o tem odloči senat, vendar funkcija sodnikov porotnikov pri tem ni velika. Poleg tega sta dikciji v obeh odstavkih različni, tako da lahko predsednik senata ne dovoli vprašanja tudi v primeru, ko ne gre za prepoved po drugem odstavku istega člena. Izraz "prepovedati" ga namreč obvezuje, da vprašanja ne dovoli (čeprav je tu maneverski prostor, kdaj prepovedati, zelo širok), medtem ko mu izraz "vprašanje se sme postavljati z dovoljenjem predsednika senata" omogoča, da vprašanje dovoli ali ne dovoli postavljati.

Vsekakor določba 327. člen ZKP ni v skladu s 314. členom ZKP, ki brez omejitev poudarja, da obdolženec sme postavljati vprašanja soobtoženim, pričam in izvedencem in s 335. členom ZKP, ki celo nalaga predsedniku senata, da opozori stranke in oškodovanca, če imajo kaj pripomniti. Ravno tako je ta člen v nasprotju s Mednarodnim paktom o državljskih in političnih pravicah, ki je, ker smo ga ratificirali, naše notranje pravo.<sup>454</sup>

453 219. člen ZKP:

"Obdolžencu je treba postavljati vprašanja jasno, razločno in določeno, tako, da jih lahko popolnoma razume. Vprašanja zlasti ne smejo izhajati s stališča, kot da je obdolženec nekaj priznal, česar ni priznal. Prav tako se mu tudi ne smejo postavljati vprašanja, v katerih je že obseženo navodilo, kako je treba nanje odgovoriti. Obdolženec se ne sme preslepti, da bi se dosegla kakšna njegova izjava ali priznanje."

454 Nevarno pa je, če si sodnik ustvari dokončno sodbo o zadevi še pred končano obravnavo in če si (navadno kot predsednik senata) niti ne prizadeva, da svoje mnenje hrani zase, temveč ga javno izrazi, ali pa ga pokaže z odnosom do strank: ko neutemeljeno prepove vprašanje, zavrne predlog, se netaktno, grobo in nekulturno izraža ipd. Takšno vedenje ustvarja ozračje neobjektivnosti v razmerju do strank in



Stranke, ki so se želele izjaviti o določenih dokazih nasprotne strani, pa jim to ni bilo dopuščeno, lahko sicer zahtevajo, naj se vpiše v zapisnik tudi vprašanje oziroma odgovor, ki ga senat ni dovolil.<sup>455</sup> To je v interesu strank, saj drugostopno sodišče lahko šele iz zapisnika razbere, da sodišče prve stopnje ni ravnalo pravilno.<sup>456</sup>

Čeprav pravzaprav otežuje drugostopno presojo zadeve, pa nespoštovanje zahteve strank, da se predlog o izvedbi določenega dokaza z odločitvijo o tem predlogu vnese v zapisnik, predstavlja le *relativno* bistveno kršitev kazenskega postopka iz 364. člena, 2. odstavek ZKP. Ravno tako to velja za zahtevo po izpraševanju prič in izvedencev ter za odgovor na to zahtevo. Kajti z neuporabo oziroma nepravilno uporabo zakona sodišče krši pravico do obrambe stranke, kar vpliva (ali bi lahko vplivalo) na zakonitost in pravilnost sodbe. Če predlog o izvedbi dokazov ni bil sprejet, pa to ni bilo vpisano v zapisnik, drugostopno sodišče nima možnosti, da bi v celoti pravilno spremljalo dogajanja na glavni obravnavi in presojalo napake prvostopnega sodišča. Zobec o tem pravi:

"Nekateri se sklicujejo na relativno bistveno kršitev, če sodišče na glavni obravnavi ni ugodilo kakemu dokaznemu predlogu strank. Menimo, da tu ne gre za te vrste kršitev, kljub temu, da bi zavrnitev dokaznega predloga utegnili vplivati na pravilnost sodbe. Sodišče namreč sme zavrniti dokazni predlog. Ali je v tem primeru ravnalo prav glede na potrebno pravilno in popolno ugotovitev dejanskega stanja, je drugo vprašanje, ki ga zakon posebej ureja s tem, ko sprejema zmotno in nepopolno ugotovitev dejanskega stanja kot poseben pritožbeni razlog."<sup>457</sup> Relativno bistvena kršitev iz 2.

---

občinstva, posledica vsega pa je lahko tudi nepravilna odločitev. Glede na druge člane senata je to nekulturno ravnanje, neupoštevanje ali prejudiciranje njihovega mišljenja in v nasprotju z zakonskim načelom zbornosti sojenja."

Grubač, *Kultura in kazenski postopek*, Pravnik, 30 št. 4-6, 1975, str. 177.

455 310. člen, 4. odstavek ZKP:

"Na zahtevo stranke se vpiše v zapisnik tudi vprašanje oziroma odgovor, ki ga senat ni dovolil."

456 Žalba protiv presude može se zasnivati i na povredama odredaba postupka (čl. 364), i zapisnik o glavnom pretresu, koji je svedočanstvo o tim radnjama, ima tu poseban značaj."

(Prevod: "Pritožba zoper sodbo lahko temelji tudi na kršitvah določb postopka. Poseben pomen ima v tem primeru zapisnik o glavni obravnavi.")

Vasiljević-Grubač, *KOMENTAR ZAKONA O KRVIČNOM POSTUPKU*, Komentar k členu 364.

457 366. člen ZKP:

"1) Sodba se sme izpodbijati zaradi zmotne ali nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, če je sodišče kakšno odločilno dejstvo ugotovilo zmotno ali ga sploh ni ugotovilo.

2) Dejansko stanje je nepopolno ugotovljeno tudi tedaj, če na to kažejo nova dejstva ali novi dokazi."

Če sodišče kakšnega dokaza ni hotelo izvesti, pa bi se z njim odkrilo novo dejstvo,

odstavka je v takem primeru navidezna. Pač pa menimo, da gre za relativno kršitev iz drugega odstavka takrat, kadar sodišče na dokazni predlog sploh ni reagiralo ter ga ni niti sprejelo niti zavrnilo."

Če torej sodišče noče svojega mnenja o dokaznem predlogu vpisati v zapisnik, gre za relativno bistveno kršitev kazenskega postopka.<sup>458</sup>

V primeru sojenja Ivanu Borštnerju, Janezu Janši, Davidu Tasiću in Franciju Zavrlu načelo kontradiktornosti glavne obravnave ni bilo spoštovano. Obdolženci nasproti javnemu tožilcu niso imeli enakih pravic ne pri navajanju dokaznega gradiva ne pri spraševanju prič, pa tudi ne pri možnostih vnašati odgovore sodišča v zapisnik glavne obravnave.<sup>459</sup>

lahko stranka uporabi ta razlog za izpodbijanje sodbe.

- 458 Tu bi ponovno opozorili na mnenje Vrhovnega sodišča Hrvatske, Kž 1082/71, ki pravi: "Kršitev postopka iz drugega odstavka 334. člena ZKP (sedaj 364. člen) je podana, če sodišče med pripravi na glavno obravnavo (oziroma ob izdaji sodbe) ne uporabi ali nepravilno uporabi kakšno določbo postopka."

Objavljeno v Zobčevem KOMENTARJU, str. 743, člen 364".

- 459 Franciju Zavrlu so zavrnili (njegova izjava v pritožbi):

"Dokazni predlog: zaslišanje urednikov mladinskih medijev kot prič (ki so bili zaslišani v preiskavi), zavrnitev vprašanj izvedenki in preiskovalnemu sodniku kot prič..." Vir: Bilten odbora, *Mladina* 36/88, "Pritožba Francija Zavrla".

Če so bili zaslišani uredniki mladinskih medijev kot prič v preiskavi, to še ne pomeni, da so zapisniki z njihovega zaslišanja dovolj za odločanje sodišča. Tu sodišče krši načelo neposrednosti sodne ocene dokazov. Bayer o tem pravi:

"O takvoj oceni bi se radilo kada bi sud na glavnoj raspravi saznao za sadržaj iskaza okrivljenika, svjedoka ili vještaka na temelju čitanja zapisnika o iskazivanju tih osoba u istrazi ili u ranijem toku rasprave, a ne bi te osebe sam ispitao na glavnoj raspravi...Posljedica ovakve posredne ocjene dokaza bila bi da bi se dokazi u vrijeme kada ih sud ocjenjuje donosi presudu, mogli nalaziti pred njim u izpoaćenom (nevjernom) obliku."

(Prevod: "Za takšno oceno bi šlo, če bi sodišče na glavni obravnavi zvedelo za vsebino izpovedb obdolženca, priče in izvedenca, na podlagi branja zapisnika o izpovedbah teh oseb v preiskavi ali v prejšnji fazi obravnave, ne da bi te osebe sodišče samo zaslišalo. Posledica take posredne ocene dokazov bi bila, da bi bili lahko ti dokazi v trenutku, ko jih ocenjuje sodišče, že deformirani.")

Bayer, *JUGOSLAVENSKO KRIVIČNO PROCESNO PRAVO*, I knjiga, Zagreb 1982.

Načelo neposredne presoje dokazov je uvedeno tudi v 333. členu ZKP:

"1) Poleg primerov, ki so posebej določeni v tem zakonu, se smejo zapisniki o izpovedbah prič, soobtožencev ali že obsojenih udeležencev pri kaznivem dejanju ter zapisniki ali drugi zapisi o izvidu in mnenju izvedencev prebrati po odločbi senata samo v tehle primerih:

1) Če so zaslišane osebe umrle, duševno zbolele, ali jih ni mogoče najti ali če zaradi starosti, bolezni ali iz drugih tehtnih vzrokov ne morejo priti ali zelo težko pridejo k sodišču;

2) če priče ali izvedenci brez zakonitega razloga nočejo izpovedati na glavni obravnavi."

V Zavrlovem primeru se s pričami ni zgodilo nič takšnega.

Janezu Janši je predsednik senata odrekel:

- da bi si ogledal fotokopijo dokumenta;

- predočenje listin, ki so bile odvzete pri preiskavi na njegovem delovnem mestu in v stanovanju.

Vir: *Mladina* 36/88, "Pritožba Janeza Janše".

S tem je bila Janši onemogočena pravica, da bi se izjavil o dokumentih, ki ga



Tožilstvo je razpolagalo tudi z vsemi zapiski iz preiskave in glavne obravnave, katerih prepisa pa obramba kljub zahtevi ni mogla dobiti.<sup>460</sup>

Tako so bile možnosti, da bi sodišče odločalo o sporu, kjer sta obe stranki enakopravni, nepristransko in pravilno, zelo zmanjšane.

Vse te procesne kršitve so lahko močno vplivale na pravilnost sodbe, pa tudi na popolno in pravilno ugotovljeno dejansko stanje, zato gre tu za relativno bistvene procesne kršitve iz drugega odstavka 364. člena ZKP.

Ugotovili smo neskladnosti zakona, ki dopušča, da predsednik senata ne dovoli določenih vprašanj z Mednarodnim paktom o državljanskih in političnih pravicah, pa tudi neskladnost med samimi določbami Zakona o kazenskem postopku. Kljub temu pa se v praksi pojavljajo celo kršitve že tako nepravilnega zakona s tem, da se sodišče *sploh ne zmeni* za predloge strank in jih niti *ne zabeleži* v zapisnik. Tako ne dopušča drugostopnemu sodišču nobene kontrole nad svojim delom, hkrati pa obdolžencu onemogoča obrambo, ki je tudi ustavna pravica.<sup>461</sup>

---

bremenijo.

Pri tem je bil kršen tudi 221. člen ZKP:

"Predmete, ki so v zvezi s kaznivim dejanjem ali ki se uporabljajo kot dokaz, obdolženec najprej opiše, nato pa se mu pokažejo, da se vidi, ali jih bo prepoznal. Če se taki predmeti ne morejo prineseti, se obdolženec odpelje na kraj, kjer so."

David Tasić je zahteval ekspertizo prstnih odtisov na dokumentu. Te niso izvedli.

Vir: Rovšček, "Obtožnica je vložena", *Mladina* 30/88.

460 "Janša v svoji pritožbi navaja:

"Tako je tožilec polkovnik Živko Mazič v postopku dobil, oziroma si dejansko vzel, besedo, kadar je hotel, dajal navodila predsedniku senata, obenem pa je tudi razpolagal z vsemi zapisniki iz preiskave in glavne obravnave (katerih prepisa pa obramba, to je, niti naši vojaški zagovorniki, niso mogli dobiti, čeprav so zanje večkrat poslali predsednika senata)."

To je v nasprotju s 73. členom ZKP, ki omogoča zagovorniku, da po izdanem sklepu o preiskavi, dobi vpogled v spise:

"1) Ko je izdan sklep o preiskavi ali vložena neposredna obtožnica, pa tudi prej, če je bil nekdo zaslišan kot obdolženec, ima zagovornik pravico pregledati spise in si ogledati zbrane dokazne predmete.

2) Izjemoma se sme zagovorniku med predhodnim postopkom do vložitve obtožnice začasno odrediti pregled posameznih spisov ali ogled predmetov, če to terjajo posebni razlogi obrambe ali varnosti države."

V konkretnem primeru je bila obtožnica že vložena, tako da bi zagovornikom morali omogočiti vpogled v spise. To pravico bi jim težko odrekli že v predhodnem postopku, saj so bili zagovorniki vojaški, tako da razlog obrambe ali varnosti države, ki dopušča izjemo začasne odredke pregleda spisov in predmetov, odpade.

461 Ustava v 180. členu, 2. odstavek jamči pravico do pritožbe, ki pa ne more biti izvedena, če sklep, ki je bil izvršen in zoper katerega je pritožba mogoča, ni bil izdan.

Ustava 180/2:

"Vsakomur je zajamčena pravica do pritožbe ali drugega pravnega sredstva proti odločbam sodišč, državnih organov in drugih organov in organizacij, s katerimi ti odločajo o njegovi pravici ali na zakonu temelječem interesu."

#### 7.4.7. Procesne kršitve pri izdaji sodbe

Potem, ko sodišče ugotovi, da ni potrebno dodatno izvajanje dokazov, sklone glavno obravnavo in izreče sodbo.<sup>462</sup> Ugotovitev, ali je dokazov že dovolj, je stvar sodišča, vse zavrnitve dokaznih predlogov pa morajo biti vpisane v zapisnik glavne obravnave.

Sodišče lahko v skladu s 347. členom opre sodbo le na dejstva in dokaze, ki so bili pretreseni na glavni obravnavi, za vsako dejstvo pa mora izdati sklep, ali je dokazano, ali ne.<sup>463</sup>

To pa mora navesti tudi v sodbi, kar izhaja iz 357. člena, 7. odstavka:

"Sodišče navede določno in popolnoma, katera dejstva šteje za dokazana ali nedokazana in iz katerih razlogov. Pri tem navede zlasti, kako presoja verodostojnost protislovnih dokazov, iz katerih razlogov ni ugodilo posameznim predlogom strank, iz katerih razlogov je brez privolitve strank odločilo, da ne bo neposredno zaslišalo prič ali izvedenca, čigar izpovedba oziroma pismeni izvid in mnenje sta bila prebrana (drugi odstavek 333. člena), in kateri razlogi so bili za sodišče odločilni pri reševanju pravnih vprašanj, zlasti pri ugotavljanju, ali sta podana kaznivo dejanje in kazenska odgovornost obtoženca, in pri uporabi posameznih določb kazenskega zakona glede obtožnice in njegovega dejanja."

Če sodba vseh teh podatkov ne vsebuje, gre za absolutno bistveno kršitev kazenskega postopka iz 11. točke 1. odstavka 364. člena ZKP.

"Bistvena kršitev določb kazenskega postopka je podana:

11) če je izrek sodbe nerazumljiv, če nasprotuje sam sebi ali razlogom sodbe, ali če sodba sploh nima razlogov, ali če v njej niso navedeni razlogi o odločilnih dejstvih ali če so ti razlogi popolnoma nejasni ali v precejšnji meri s seboj v nasprotju, ali če je v odločilnih dejstvih precejšnje nasprotje med tem, kar se navaja v razlogih sodbe o vsebini listin ali

462 Presuda predstavlja odločbo o krivični stvari u svim njenim elementima počev od zakonitosti krivičnog postupka pa preko utvrđivanja krivične odgovornosti učnioca za određeno krivično delo i odluke o primeni krivičnih sankcija sve do odluke o imovinsko-pravnom zahtevu, troškovima krivičnog postupka."

(Prevod: "Sodba predstavlja résumé vseh elementov v kazenskem postopku, začenši z zakonitostjo postopka, ugotavljanjem storilčeve kazenske odgovornosti in odločitve o uporabi kazenskih sankcij, pa vse do odločitve o premoženjsko-pravnem zahtevku, stroških kazenskega postopka".)

Dimitrijević, *KRIVIČNO PROCESNO PRAVO*, VIII. izdaja, Beograd, 1982.

463 347. člen ZKP:

"1) Sodišče opre sodbo samo na dejstva in dokaze, ki so bili pretreseni na glavni obravnavi.

2) Sodišče mora vestno pretehtati vsak dokaz posebej in v zvezi z drugimi dokazi in na podlagi take presoje storiti sklep, ali je kakšno dejstvo dokazano ali ne."



zapisnikov o izpovedbah v postopku in med samimi temi listinami oziroma zapisniki."<sup>464</sup>

V postopku proti obdolženim na sojenju v Ljubljani izdana sodba ni vsebovala vseh sestavin po 7. odstavku 357. člena ZKP. Sodišče ni ugodilo posameznim predlogom strank in tega ni obrazložilo. Tako je Janez Janša predlagal, da se izvede ekspertiza, ali tudi kakšen drug zelen flomaster pušča enako sled. V sodbi so zavrnitev njegovega predloga "obrazložili" tako, da so napisali, da je njegovo prizadevanje "brez pomena".<sup>465</sup> Za številne predloge strank pa se iz sodbe sploh ne izve, kaj šele, da bi bile zapisane obrazložitve, zakaj niso bili sprejeti.

Za to sodbo je tudi značilno, da se opira skoraj izključno na priznanja obdolžencev, o drugih dokazih skoraj ni govora. Kazensko odgovornost udeležencev je izkazana le s splošnimi določbami zakona, medtem ko njihove obrazložitve ni, ali pa je podana le z naštevanjem nekaterih okoliščin. (Pri Janši podčrtavanje s flomastrom lahko implicira naklep za izdajo vojaške skrivnosti.)<sup>466</sup>

Lahko ugotovimo, da sodišče pri sestavi sodbe ni upoštevalo določb 357. člena, 7. odstavek ZKP.<sup>467</sup>

V sodbi pa obstajajo tudi druge procesne kršitve, ki so kot *absolutno* bistvene navedene v 11. točki, 1. odstavek 364. člena ZKP in jih mora pritožbeno sodišče ugotavljati po uradni dolžnosti.

464 V 11. točki 1. odstavka 364. člena ZKP lahko opazimo povezanost procesnih in materialnih vprašanj. Čeprav gre tu za procesno kršitev, ta lahko kaže tudi na kršitev materialnega zakona. Če izrek sodbe nasprotuje razlogom sodbe, gre lahko tu za napačno uporabo kazenskega materialnega prava.

465 Citat sodbe:

"Odtod so tudi njegovi ogromni napori v prizadevanju da razvrednoti ugotovitve izvedenca glede flumastra v smeri, da se ugotovi če podčrtana barva odgovarja tudi nekemu drugemu flumastru - kar v konkretnem slučaju - pri takih ostalih okoliščinah, nima nikakšnega značaja."

466 Za Francija Zavrla je v sodbi rečeno, da se je dejanja zavedal in ga hotel izvršiti. Podan naj bi bil torej direktni naklep, čeprav je sam dejanje vsekoli zanikal. Bremenita ga sicer izpovedi Janše in Tasiča, ni pa nobenih dokazov, da je prav on tudi vrnil fotokopijo dokumenta na Tasičevo mizo in da je dokument sploh fotokopiral. Izpovedi Janše in Tasiča ne dokazujeta, da se je Zavrl zavedal, da je dokument vojaška tajnost in je tako imel naklep za kaznivo dejanje izdaje vojaške tajnosti. Tu je zanimiva odločba Vrhovnega sodišča Hrvaške Kzz 4/71:

"Ako sud nije dao razloga iz kojih je izveo zaključak dali se radi o postojanju ili nepostojanju svesnog ili nesvesnog nehata tj. o odlučnoj činjenici, a ipak je izveo zaključak o krivici obtuženog, presuda nema razloga o odlučnim činjenicama."

(Prevod: "Če sodišče ni navedlo razloga na podlagi katerih je zaključilo, da gre za zavestno oziroma nezavestno malomarnost (torej ni navedlo razlogov o odločilnih dejstvih), vendar pa je kljub temu ugotovilo, da je obdolženec kriv, obsodba nima razlogov o odločilnih dejstvih".)

467 Pri pisni izdelavi sodbe številni sodniki še vedno ravnaajo v nasprotju z določbo 7. odstavka. Sodišče mora torej preizkusiti in oceniti dokaze, svoje prepričanje o obstoju odločilnih dejstev pa obrazložiti na logičen, jasen in razumljiv način. V obrazložitvi mora povedati, kako je pretehtalo vsak dokaz posebej in v zvezi z drugimi dokazi."

Zobec, KOMENTAR ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU S SODNO PRAKSO, člen 357, str. 692, točka 10.

Izrek sodbe namreč pri delu, ki se nanaša na Ivana Borštnerja, nasprotuje razlogom sodbe. Ivan Borštner se je zagovarjal, da "je prebral povelje v celoti in vsebino istega razumel in ocenil kot nekakšno nevarnost in ogroženost za poedince in za narod na področju na katerem živi, v slučajih nekih neredov ipd."<sup>468</sup>

Tu bi lahko šlo za skrajno silo po 10. členu KZ SFRJ,<sup>469</sup> ki je sodišče sploh ni ugotovilo, čeprav je iz obrazložitve vidna možnost sklicevanja nanjo.

V sodbi tudi niso navedeni razlogi o odločilnih dejstvih, kot na primer o navedbah dokazov. Tako je pri Borštnerju v sodbi zapisano:

"Nedvoumno je ugotovljeno dejansko stanje kar zadeva obtoženega Borštnerja, njegovim popolnim priznanjem, kar tudi izhaja iz ostalih izvedenih dokazov."

O teh "ostalnih dokazih" pa v sodbi ni niti besedice več, čeprav bi moral biti celotni dokazni postopek obrazložen.<sup>470</sup>

Tako lahko ugotovimo, da sodba ni pravilno sestavljena in da je možna pritožba iz 364. člena, 1. odstavka, točka 11 ZKP.<sup>471</sup>

468 Citati so iz sodbe, ki je bila prevedena v slovenščino (tolmač Todorovič). Iz njih se jasno vidi, da je sodba na številnih mestih popolnoma nerazumljiva. Takšna sodba ne more biti dokument, pri katerem bi lahko primerjali resnično sodnikovo odločitev, vzroke zanjo, z dejanskim stanjem. V sebi skriva možnost, da si sodni senat prikoji pravo po svoje, saj je prevod tako katastrofalen, da mu je na številnih mestih zelo težko slediti. Zaradi tega so razlogi sodbe večkrat popolnoma nejasni, kar pomeni eno od absolutno bistvenih kršitev 11. točke, 1. odstavka 364. člena ZKP.

469 10. člen KZ SFRJ:

"1) Ni kaznivo dejanje tisto dejanje, ki je storjeno v skrajni sili.

2) Skrajna sila je podana takrat, kadar stori storilec dejanje zato, da bi od sebe ali od koga drugega odvrnil istočasno nezakrivljeno nevarnost, ki je ni bilo mogoče odvrniti drugače, pri tem pa prizadevanje zlo ni bilo večje od zla, ki je grozilo.

3) Storilec, ki je sam povzročil nevarnost, toda iz malomarnosti, ali je prekoračil meje skrajne sile, se sme mileje kaznovati, če pa je prekoračil meje skrajne sile v posebno olajševalnih okoliščinah, se mu sme kazen tudi odpustiti.

4) Skrajne sile ni, če je bil storilec dolžan se izpostaviti nevarnosti."

470 Značilna je sodba Vrhovnega sodišča Hrvaške Kzz 7/68:

"Ako se u obrazloženju navodi da je neka činjenica dokazana na osnovu iskaza svedoka, a ne navedu se ni imena tih svedoka niti sadržaj njihovih iskaza..."

(Prevod: "Če se v obrazložitvi navaja, da se neko dejstvo šteje za dokazano na temelju izpovedbe prič, pri čemer niso navedena imena teh prič niti vsebina njihovih izjav, gre za absolutno bistveno kršitev iz 11. točke, 1. odstavka 364. člena.")

471 O kršitvi 364. člena 1. odstavka, točka 11, ZKP pravi Vasiljević:

"To su formalni i formalno-logički nedostaci pri elaboraciji akta presude, koji dovode do ukinjenja presude ne zbog toga, što bi bilo pogrešno presuđeno pogledu činjenica ili u pogledu prava, već zbog toga, što se ne zna šta je presuđeno, i ne zbog toga što su razlozi i zaključivanja u pogledu činjenica i prava pogrešni, već zbog toga što ih ili nikako nema, ili zbog toga što se ne može znati šta je tu u stvari razlog pošto se ono što je navedeno kao razlog uzajamno isključuje, ili što, bez obzira ili je presuđeno pravilno, ono što je sud uzeo iz procesnog materijala kao bazu za svoju odluku u procesnom materijalu ne postoji. Situacija je takva, da viši sud nema mogućnosti da se upusti u ispitivanje suštine to jest da li je stvar pravilno presuđena u pogledu činjenica odnosno u pogledu materialnog prava, tako da celu stvar rešava sa gledišta krivičnog postupka."



## 7.5. Izredna pravna sredstva

Izredna pravna sredstva so predvidena za primere, ko utegne biti že pravnomočna sodna odločba nepravilna ali nezakonita. Naše kazensko procesno pravo predvideva štiri izredna pravna sredstva, ki naj bi omogočila spremembo take sodbe:

- 1) zahteva za obnovo kazenskega postopka;
- 2) zahteva za izredno omilitev kazni;
- 3) zahteva za varstvo zakonitosti;
- 4) zahteva za izreden preizkus pravnomočne sodbe.

Izredna pravna sredstva imajo t. i. "nesuspendivni" značaj, kar pomeni, da se z njihovo vložitvijo izvršitev izpodbijane sodne odločbe ne zadrži. Poleg tega je za njih značilno, da so vsa, razen obnove, devolutivna – torej, da o njih odloča višje sodišče. In sicer sta zahteva za obnovo in zahteva za izredno omilitev kazni namerjeni na spremembo dejanskega stanja, medtem ko je namen zahteve za varstvo zakonitosti in zahteve za izreden preizkus pravnomočne sodbe preizkus tistih kršitev zakona, na katere se sklicuje stranka v svoji zahtevi.

V primeru Janša je mogoče uporabiti kateregakoli izmed izrednih pravnih sredstev. Poglejmo si zato še nakaj njihovih značilnosti.<sup>472</sup>

Najprej o zahtevi za obnovo kazenskega postopka. Med razlogi, zaradi katerih se postopek lahko obnovi, bi v našem primeru prišli v poštev predvsem naslednji:

(Prevod: "To so formalne in formalno-logične pomanjkljivosti pri elaboraciji akta sodbe, ki privedejo do razveljavitve sodbe, ne zaradi tega, ker bi bilo nepravilno razsojeno glede dejstev in prava, ampak zato, ker se ne ve, kaj je razsojeno in ne zaradi tega, ker so razlogi in sklepi glede dejstev in prava napačni, pač pa zato, ker jih bodisi ni, bodisi ne vemo, kaj je v resnici razlog, ker se to, kar je navedeno kot razlog, vzajemno izključuje, ali ker, ne glede na to, ali je razsojeno pravilno, to kar je sodišče vzelo iz procesnega materiala kot temelj svoji odločitvi, v procesnem materialu ne obstoji. Višje sodišče se tako znajde v položaju, ko se ne more spuščati v vsebinska vprašanja, to je, ali je stvar pravilno razsojena glede na dejstva oziroma glede na materialno pravo, tako da celotno zadevo rešuje s stališča kazenskega postopka."

Vasiljević, *SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA SFRJ*, II. izdaja, Beograd 1971.

472 Buturović-Pavlica, *op. cit.*

Vasiljević, *op. cit.*

Grubiša, *KRIVIČNI POSTUPAK*, "Postupak o pravnim lijekovima", Zagreb 1987, str. 316-431.

Bayer, *JUGOSLOVENSKO KRIVIČNO PROCESNO PRAVO*, Zg. 1966, str. 130-132.

Ačimović, "Postizanje istinitosti presuda", *JRMK*, IX/1971, str. 250.

V zvezi s pravnimi sredstvi je potrebno omeniti posebnost ureditve kazenskega postopka pred vojaškimi sodišči glede pritožbe zoper odločitev drugostopenjskega vojaškega sodišča, o čemer govori 63. člen ZVS. Gre za pritožbo v primerih, ko vrhovno vojaško sodišče izreče smrtno kazen ali kazen zapora dvajsetih let, oziroma ko spremeni oprostilno sodbo prvostopenjskega sodišča v obsodilno. V tem primeru o pritožbi odloča senat treh sodnikov profesionalcev in štirih sodnikov porotnikov, vendar v senatu ne morejo odločati sodniki, ki so sodelovali pri odločanju na drugi stopnji (2. odstavek 26. člena ZVS).

- če se dokaže, da sodba temelji na ponarejeni listini ali na krivi izpovedi priče, izvedenca ali tolmača;

- če je prišlo do sodbe zaradi kaznivega dejanja sodnika, sodnika porotnika ali osebe, ki je opravljala preiskovalna dejanja;

- če se navedejo nova dejstva ali predložijo novi dokazi.<sup>473</sup>

Vendar je treba resničnost razlogov iz prvega in drugega primera dokazati s pravnomočno sodbo.<sup>474</sup>

Pogoj za vložitev zahteve za izredno omilitev kazni je obstoj novih okoliščin, ki jih ob izrekanju sodbe ni bilo, oziroma so bile, pa sodišče zanje ni vedelo, ker bi sicer očitno pripeljale do milejše obsodbe.<sup>475</sup>

Vojaški javni tožilec lahko vloži zahtevo za varstvo zakonitosti, če je bil prekršen zakon (formalni ali materialni),<sup>476</sup> vendar v primeru, ko je vložena zahteva za varstvo zakonitosti v škodo obsojenega, drugostopenjsko sodišče le z deklarativno odločbo ugotovi, da je bil zakon kršen, odločitve pa v škodo obsojenega ne sme spremeniti.<sup>477</sup>

Obsojeni imajo možnost zahtevati izreden preizkus pravnomočne sodbe.<sup>478</sup> Zahtevo je mogoče vložiti zaradi kršitev

473 O tem Grubiša, *ČINJENIČNO STANJE U KRIVIČNOM POSTUPKU*, II. izdaja, Zagreb 1980, str. 251.

474 Zobec, *KOMENTAR ZKP*, člen 404, str. 841.

475 412. člen ZKP.

Grubač, "Zakonsko regulisanje i primena vanrednog ublažavanja kazni", JRKK 8/70, str. 127-140.

V primeru Janša bi težko našli okoliščine, za katere sodišče ni vedelo, pa bi očitno pripeljale do milejše obsodbe. Obdolženi so vse takšne okoliščine navajali ves čas postopka, vendar jih sodišče po njihovih izjavah ni upoštevalo. Pri zahtevi za izredno omilitev kazni gre za dopolnitev dejstev v odločbi o kazni, za razliko od zahteve za obnovo, kjer gre za dopolnitev v odločitvi o krivdi. Pri tem je potrebno, da so dejstva res nova, torej, da sodišče zanje v prejšnjem postopku ni vedelo.

O tem Grubiša, *op. cit.*, str. 262.

"Ne mogu se smatrati novima činjenice koje su sudu bile poznate još u prijašnjem postupku iako ih nije koristio za izricanje odluke o kazni, odnosno iako se na njih u presudi uopće nije osvrnuo."

(Prevod: "Za nova dejstva ne moremo šteti tista, ki jih je sodišče poznalo že v prejšnjem postopku, čeprav jih ni uporabilo v izreku kazni, oziroma jih v sodbi sploh ni upoštevalo.")

476 416. člen ZKP

477 O tem tudi Milić-Petrović, "Neka sporna pitanja u vezi sa zahtevom za zaštitu zakonitosti u krivičnom postupku", *Pravni život*, 21/1972, 8, 9, str. 43-45

Vendar lahko pri odločanju o zahtevi za varstvo zakonitosti nastane dvom o resničnosti dejstev, na katere se opira sodna odločba in v tem primeru lahko vrhovno sodišče odredi, da se glavna obravnavna opravi znova. Na ta način se višjim sodiščem omogoča poseg v dejansko stanje, ugotovljeno v pravnomočni sodbi, torej v področje dejstev, v katerem so najmanj gotovi, in to mimo zakonskih pogojev za ponavljanje postopka. To je v nasprotju s samim namenom tega izrednega pravnega sredstva.

O tem Grubiša, *op. cit.*, str. 275.

478 Sicer ni mogoče zahteve za izredno omilitev kazni vložiti zoper odločbe vrhovnega vojaškega sodišča ali zveznega sodišča, razen v primerih odločitev iz drugega odstavka 426. člena ZKP, med katerimi je tudi odločitev vrhovnega vojaškega sodišča, s katero je obdolženec obsojen za kaznivo dejanje, določeno z zveznim zakonom na kazen zapora najmanj enega leta ali hušo kazen.



kazenskega zakona v obsojenčevo škodo, zaradi nekaterih absolutno bistvenih kršitev določb kazenskega postopka in zaradi kršitev pravic obrambe na glavni obravnavi ali zaradi kršitev določb kazenskega postopka v pritožbenem postopku, če je ta kršitev vplivala, da ni bila izdana pravilna sodba.<sup>479</sup>

479 427. člen ZKP.

## 8.1. Analiza 224. člena Kazenskega zakona SFRJ

David Tasić, Franci Zavri in Ivan Janča so bili obsojeni za kaznivo dejanje izdaje vojaške tajnosti iz prvega odstavka 224. člena KZ SFRJ, Ivan Borštnar pa iz drugega odstavka po drugem odstavku, ki predstavlja izobčitev iz oblasti tega kaznivega dejanja.

### 8.1.1. Podrobneje o prvem odstavku

Prvi odstavek 224. člena KZ SFRJ je sestavljen iz opisov treh dejanskih stanov. Prvi del pravi: "... ko kdo drugemu neupravičeno sporoči ali izroči podatke, ki so vojaška tajnost..." in pomeni temeljno obliko izvršitve tega kaznivega dejanja. Drugi del je izražen kot alternativa dejanja iz prvega dela zakonske opredelitve. Pravi pa tako: "... ali mu kako drugače omogoči, da pride do njih..." Tretji del zakonskega opisa se glasi: "... kot tudi, kadar dajo take podatke z namenom, da jih izroči nepooblaščen osebi..."

Z zakonom določen dejanski stan kaznivega dejanja izdaje vojaške tajnosti predstavljaajo tako tri alternativno določene dispozicije. Kaznivo dejanje je izvršeno že, če storilec izvrši





# 8. Materialnopravna vprašanja

## 8.1. Analiza 224. člena Kazenskega zakona SFRJ

David Tasić, Franci Zavrl in Ivan Janša so bili obsojeni za kaznivo dejanje izdaje vojaške tajnosti iz prvega odstavka 224. člena KZ SFRJ. Ivan Borštner pa je bil obsojen po drugem odstavku, ki predstavlja kvalificirano obliko tega kaznivega dejanja.

### 8.1.1. Podrobneje o prvem odstavku

Prvi odstavek 224. člena KZ SFRJ je sestavljen iz opisov treh dejanskih stanov. Prvi del pravi: "Kdor komu drugemu neupravičeno sporoči ali izroči podatke, ki so vojaška tajnost,..." in pomeni temeljno obliko izvršitve tega kaznivega dejanja. Drugi del je širša oblika opisa dejanja iz prvega dela zakonske opredelitve. Pravi pa tako: "... ali mu kako drugače omogoči, da pride do njih,..." . Tretji del zakonskega opisa se glasi: "... kot tudi, kdor zbira take podatke z namenom, da jih izroči nepoklicani osebi..."

Z zakonom določen dejanski stan kaznivega dejanja izdaje vojaške tajnosti predstavljajo tako tri alternativno določene dispozicije. Kaznivo dejanje je izvršeno že, če storilec izvrši

samo eno od določenih dispozicij.

Prva dispozicija je temeljni način izvršitve tega kaznivega dejanja, druga pa je širša, splošnejša možnost izvršitve prvega dela kaznivega dejanja iz prvega odstavka tega člena. Namen takšnega urejanja je inkriminacija drugih podobnih storitev na spektru možnosti od izročitve tajnih podatkov, prek sporočitve, do omogočenja nekemu, da pride do podatkov, ki so vojaška tajnost. To je t. i. analogija *inter legem*. Uporablja se takrat, kadar obstaja preveč različnih možnih načinov za storitev istega kaznivega dejanja. Da v zakonski opredelitvi ne bi naštevali vseh možnosti, kar bi bilo zaradi mnogih različnih življenjskih situacij tudi nemogoče, se uporabi širša oblika opisa zakonskih znakov kaznivega dejanja.<sup>480</sup>

Tretja dispozicija prvega odstavka 224. člena KZ SFRJ je opredeljena tako, da inkriminira pripravljalno fazo izdaje vojaške tajnosti, saj je kaznivo dejanje zaradi teže tega dejanja storjeno že, če nekdo samo zbira podatke z namenom, da bi jih izročil nepoklicani osebi.

V našem primeru naj bi se dogodki vrstili tako, da je Borštner fotokopiral del povelja komandanta ljubljanskega armadnega območja št. 5044-3 oznake vojaška tajnost - strogo zaupno, z dne 8. januarja 1988 in fotokopijo izročil Tasiću. Tako je izvršil, kot lahko sklepamo iz izreka sodbe, prvi del opisa kaznivega dejanja iz prvega odstavka člena 224. KZ SFRJ, namreč: "Kdor komu drugemu neupravičeno sporoči ali izroči podatke, ki so vojaška tajnost...". Ker pa je šlo v tem primeru za podatke, ki predstavljajo posebno zaupne podatke, je bilo Borštnerjevo dejanje opredeljeno kot težja, kvalificirana oblika izdaje vojaške skrivnosti, ki je opisana v drugem odstavku 224. člena KZ SFRJ.

Tasić je sprejel tajne podatke od Borštnerja, jih imel nekaj časa nezavarovane na svoji pisalni mizi in jih potem neupravičeno izročil Zavrlu, ta pa jih je, prav tako kot Tasić, imel nekaj časa nezavarovane v prostorih uredništva Mladine in jih potem izročil Janši. Tako naj bi oba izvršila prvi del kaznivega dejanja iz prvega odstavka 224. člena KZ SFRJ, ker sta drugemu neupravičeno izročila podatke, ki so vojaška skrivnost. Hkrati pa sta uresničila še drugi del zakonske opredelitve tega kaznivega dejanja, ker sta drugim osebam, ko sta imela fotokopije nezavarovane na svojih mizah, omogočila da pridejo do tajnih podatkov.

480 Bavcon-Šelih, KAZENSKO PRAVO, Ljubljana, 1978, str. 99: "Tretja vrsta analogije, imenovana tudi analogija *inter legem*, pomeni, da je zakonodajalec v opisu kaznivega dejanja naštel izrecno nekaj okoliščin, ne pa vseh, ki bi se lahko v resničnosti pojavile. V takšnih primerih zakon uporabi besedilo... in v drugih primerih... ali pa poveže besedilo po smislu s prejšnjim."



Janši v izreku sodbe očitajo, da je imel tajne podatke nezavarovane v nezaklenjenem predalu svoje mize in je s tem "omogočil drugim osebam dostop" do njih, hkrati pa naj bi imel namen te podatke uporabiti v enem izmed naslednjih člankov. Iz sodbe ni vidno, ali naj bi to v smislu zakonske diktacije že pomenilo, da je zbiral podatke z namenom, da jih izroči nepoklicani osebi.

V izreku sodbe ni nikjer jasno opredeljeno, katere izmed treh dispozicij so storilci izvršili, temveč se da na to samo sklepati.<sup>481</sup> To predstavlja kršitev 351. člena ZKP, 1. odstavka, 1. točka in 357. člena, 4. odstavek, ki pravi, da mora sodišče v izreku sodbe, s katero obtožena spozna za krivega, navesti dejstva in okoliščine, ki so znaki kaznivega dejanja.<sup>482</sup> V obrazložitvi sodbe sodišče sicer natančneje določa, katere izmed zakonskih znakov treh alternativno postavljenih dispozicij kaznivega dejanja so obtoženci izvršili s svojim ravnanjem, vendar navaja druga dejstva, kot v izreku. Tako Borštnerju, kot tudi Tasiću, Zavrlu in Janši očitajo, da so izvršili poleg drugega tudi tretji del zakonskega opisa kaznivega dejanja iz prvega odstavka 224. člena KZ SFRJ. Tako obrazložitev sodbe razširja vsebino izreka še na dejanja zbiranja podatkov, ki so storjena z namenom izročitve nepoklicani osebi. S tem je podana absolutno bistvena kršitev določb kazenskega postopka iz 364. člena ZKP 1. odstavka, 11. točka,<sup>483</sup> ker izrek sodbe nasprotuje razlogom sodbe, saj izrek sodbe nikjer ne govori o namenu storilcev, da bi podatke izročili nepoklicani osebi, razen morda v primeru Janše, pa tudi tam to ni natančno opredeljeno.

Tretji del zakonskega opisa iz prvega odstavka je predhodna faza v prvem delu prvega odstavka določene dispozicije. Če

481 Načelno mnenje, PRAKTIKUM ZA KAZENSKO PROCESNO PRAVO, interna izdaja, Pravna fakulteta, Ljubljana, 1986, str. 77.

"Opis kaznivega dejanja v izreku obsodbe prvostopenjskega sodišča mora vsebovati vselej, tudi v skrajšanem postopku, bistvene zakonske znake kaznivega dejanja." (problem je sprožilo Višje sodišče v Mariboru)

482 Zakon o kazenskem postopku, 351. člen, 1. odstavek, 1. točka:

"V sodbi, s katero spozna obtožena za krivega, izreče sodišče: 1) katerega dejanja ga spozna za krivega. Pri tem *navede dejstva in okoliščine, ki so znaki kaznivega dejanja*, in tiste, od katerih je odvisna uporaba posamezne določbe kazenskega zakona." (poudarek dodan)

357. člen, 4. odstavek:

"Če je obtoženec spoznan za krivega, mora izrek sodbe obsehati vse potrebne podatke, ki so navedeni v 351. členu tega zakona."

483 Zakon o kazenskem postopku, 364. člen, 1. odstavek, 11. točka:

"Bistvena kršitev določb kazenskega postopka je podana: če je izrek sodbe nerazumljiv, če nasprotuje sam sebi ali razlogom sodbe; ali če sodba sploh nima razlogov ali če v njej niso navedeni razlogi o odločilnih dejstvih ali so ti razlogi popolnoma nejasni ali v precejšnji meri s seboj v nasprotju; ali če je o odločilnih dejstvih precejšnje nasprotje med tem, kar se navaja v razlogih sodbe o vsebini listin ali zapisnikov o izpovedbah v postopku, in med samimi temi listinami oziroma zapisniki."

je nekdo izvršil kaznivo dejanje iz prvega dela prvega odstavka, mu ne moremo očitati še tretje različice istega kaznivega dejanja, saj je povsem jasno, da je že v izročitvi dokumentov, ki so vojaška tajnost, konsumirano tudi dejanje zbiranja z namenom izdaje.<sup>484</sup> Namen inkrimi nacije zbiranja podatkov je, da se za izdajo šteje že tako zgodnja faza, kot je zbiranje z namenom izdaje, če pa se to zbiranje razvije v dejansko izdajo, tj. izročitev ali sporočitev podatkov, potem je faza zbiranja že zajeta v dejanju izročitve oz. sporočitve. Nesmiselno je torej utemeljevanje v obrazložitvi sodbe, kjer vsem štirim obtoženim očitajo zbiranje podatkov z namenom izdaje.

### 8.1.2. Problem različnega tolmačenja

Pri razumevanju in opredeljevanju posameznih elementov 224. člena KZ SFRJ izdaje vojaške tajnosti se pojavljajo različne teorije in zelo nasprotujoča si mnenja. Prvo vprašanje, ki se postavlja v zvezi s konkretnim primerom, je vprašanje, kaj pomenijo besede "komu drugemu". Ali je to neka *abstraktna* oseba ali pa mora biti ta "nekdo drug" *konkretna* oseba. To vprašanje je neločljivo povezano s pomenom besed "sporočiti", "izročiti" in "omogočiti", kajti šele pomeni teh besed opredeljujejo tudi pomen besede "komu drugemu".

Temeljno vprašanje pri opredeljevanju pomena besed "izročiti", "sporočiti" in "omogočiti" v povezavi s pomenom besed "komu drugemu" je, ali je za storitev tega kaznivega dejanja potrebno, da pride do tajnih podatkov neka *konkretna* oseba ali pa je dovolj nekakšna *abstraktna verjetnost*, da pride do podatkov neka nedoločena oseba. Smisel analogije *inter legem* je ravno v tem, da v splošnejši določbi poskuša zajeti vse možnosti storitve nekega kaznivega dejanja, pri tem pa mora splošna določba ohraniti vsebinsko enak značaj, kot pred njo navedeni specifičnejši primeri. Ker pa vse določbe orisujejo isto kaznivo dejanje, je jasno, da je potrebno besedo "omogočiti" razlagati enako kot besedi "izroči ali sporoči". Zato je nujna restriktivna razlaga splošnejše določbe v smislu prejšnjih, konkretnejših določb.<sup>485</sup> Vse tri besede moramo torej razlagati enako.

Ali formulacija "kdor komu drugemu sporoči ali izroči ali kako drugače omogoči" pomeni, da mora ta "drugi" podatke tudi sprejeti oz. sprejeti poročilo oz. priti do njih?<sup>486</sup> Ali pa s

484 Bavcon-Šelih, *op. cit.*, str. 162.

485 Bavcon-Šelih, *op. cit.*, str. 99, pravi, da je za praktično uporabo določbe, ki predstavlja analogijo *inter legem*, v skladu z načelom zakonitosti pomembno, da jo razlagamo restriktivno, se pravi tako, da zajamemo samo tiste primere, ki so po vsebini, smislu, intenzivnosti in družbenem pomenu primerljivi s tistimi, ki so v zakonu izrecno naštet.

486 Čejović, KRIVIČNO PRAVO – POSEBNI DIO, Beograd 1980, str. 52, pravi, da je posledica tega kaznivega dejanja v izdaji zaupnih podatkov. Kaznivo dejanje je



storilčeve strani že zadostuje samo dejanje izročitve oz. sporočitve? Recimo, da nekdo nekomu pove (sporoči) podatek, ki je vojaška skrivnost, pa je ta, kateremu ga storilec sporoči, gluhonem. S strani storilca je dejanje popolnoma dovršeno, saj je podatke neupravičeno sporočil nekemu drugemu. Ali je to že kaznivo dejanje po 224. členu KZ SFRJ? Ali pa primer, da nekdo nekomu izroči tajne podatke, pa jih drugi vzame v roke, potem pa si premisli in jih vrne. Ali je potrebno kakšno dejanje na strani "tistega drugega"? Ali je npr. za "izročitev" dovolj, da storilec misli, da je nekaj izročil, ali mora druga oseba podatke prevzeti ali jih mora celo prebrati? Še večje težave nastopijo pri analizi besedice "omogočiti", ker "omogočenje" nekega dejanja pomeni še širšo možnost ravnanja kot recimo "izročitev" oz. "sporočitev". Hkrati pa je za to dejanje potrebna manjša aktivnost storilca. Spet se postavljajo povsem praktična vprašanja. Npr.: ali je storjeno kaznivo dejanje, če storilec pusti list s skrivnostnimi podatki ležati na mizi? Ali je to dejanje že kaznivo, saj obstaja abstraktna verjetnost, da nekdo pride do njih, ali pa mora nekdo, neka konkretna oseba, v resnici priti do njih?

Semantično je povsem jasno, da so vse tri ključne besede dovršni glagoli in jih je razumeti tako, da je dejanje, ki ga označujejo, končano, ko nekdo drug pride do podatkov. Če bi hoteli inkriminirati že samo možnost npr. "omogočanja, da nekdo pride do podatkov", bi morali kaznivo dejanje opredeliti drugače, recimo "ali kako drugače ustvari možnost, da bi lahko prišel do njih".

Kazensko pravo je sistem norm, ki lahko najbolj posežejo v človekovo integriteto, saj mu grozi celo usmrnitev, če se jih ne drži. Zato je jasno, da morajo biti vsa pravila tega prava opredeljena natančno in vnaprej, kaznivo mora biti precizno razmejeno od nekaznivega tako, da se lahko vsak človek s pravili seznanja in jih razume. S stališča povprečnega, prava neukega človeka se zdi, da je namen zakonske opredelitve tak, da je dejanje dokončano, ko so podatki v resnici prišli v roke konkretni osebi, ki z njimi ne bi smela biti seznanjena.

Tudi iz naslova kaznivega dejanja, izdaja vojaške tajnosti, se da sklepati, da je dejanje *dokončano*, ko je zavarovana dobrina, namreč vojaška tajnost, *izdana*. Izdana pa je, ko je nekdo zvedel za njo. Neka konkretna oseba je, kot pravi zakon, prišla do nje.

Poglejmo še, kakšen je bil namen inkriminacije. Če vza memo v poštev še tretji del opredelitve tega kaznivega dejanja,

končano, ko so ti podatki sporočeni, oziroma, kadar so se neupravičeno z njimi seznanili drugi subjekti.

vidimo, da je inkriminirana že zelo zgodnja faza pripravljalnega dejanja za izdajo vojaške tajnosti. Kaznivo je že samo zbiranje tajnih podatkov z namenom, da se jih kako izroči nepoklicani osebi. Ne da bi storilec karkoli izdal, še preden bi komurkoli samo namignil, da ima tajne podatke, je to dejanje kaznivo, če je zbiranje storjeno z namenom, da se ti podatki uporabijo. Namen je jasen. Če je inkriminirana tako zgodnja, pripravljalna faza kaznivega dejanja, je zelo verjetno, da je bila mišljena inkriminacija vseh dejanj, ki so hujša od tega; do zadnje stopnje – izročitve dokumentov. Res pa je, da iz opisa dejanja, kakršno je v zakonu, to še zdaleč ni razvidno.

Omenimo v prid tej teoriji<sup>487</sup> še dejstvo, da se morajo kazenskoppravne določbe čimbolj restriktivno razlagati, saj ni dopustno širjenje kriminalne cone nekega dejanja. Če našo določbo razlagamo restriktivno, jo moramo razumeti tako, da je dejanje izvršeno takrat, ko neka konkretna oseba sprejme oz. izve za tajne podatke.

Slika je taka. V prvi fazi imamo inkriminacijo pripravljalnega dejanja – zbiranje podatkov z namenom izročiti jih nepoklicani osebi. To je najzgodnejša mogoča inkriminacija nekega dejanja, saj je kazniv že sam namen, zaradi katerega se ti podatki zbirajo, ne da bi se storilčev naklep manifestiral še kako drugače. Nanesimo vsa v zakonu opisana in druga mogoča dejanja, s katerimi se lahko izvrši kaznivo dejanje izdaje vojaške skrivnosti, na premico, ki prikazuje težo oz. manifestnost storilčevih dejanj. Če se vzpenjamo po tej premici, bi morali za pripravljalnim dejanjem zbiranja z namenom izročitve naleteti na inkriminacijo nedokončanega dejanja izročitve oz. sporočitve tajnih podatkov. Sem bi sodili prej omenjeni primeri, npr. nekdo komu izroči podatke, ki jih ta noče sprejeti. Ker pa iz formulacije 224. člena KZ SFRJ to ni razvidno, ta del sploh ni inkriminiran, oz. je kazniv kot poskus kaznivega dejanja izdaje vojaške tajnosti. Naslednji del predstavlja sporočitev tajnih podatkov. Najvišji in najtežji del pa izročitev podatkov, ki so vojaška tajnost. Čez oba zadnja opisa, izročitev in sporočitev namreč in še malo nižje po premici navzdol, pa sega generalna določba – omogočanje dostopa do tajnih podatkov. Malo nižje pravimo zato, ker formulacija "omogočiti" zajema več ravnanj kot sama izročitev in sporočitev.

487 Nasprotno mnenje zavzema sodba Vrhovnega vojaškega sodišča K št. 44/62 z dne 22. 1962, ki pravi:

"Za obstoj kaznivega dejanja ni bistveno, ali je kakšna nepoklicana oseba tudi dejansko vzela in pregledala zaupne vojaške podatke, ampak zadostuje, da je storilec dejanja te podatke napravil dostopne nepoklicanim osebam, t.j., da je ustvaril možnost, da zaupni podatki pridejo v roke tem osebam."



omogočanje

\_\_\_\_\_/

zbiranje z namenom/poskus/ sporočitev/ izročitev /

\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/

Ker je v našem primeru zagrožena kazen od treh mesecev do petih let, poskus pa je kazniv, če je zagrožena kazen pet let ali več<sup>488</sup> je inkriminiran tudi del premice, kjer so nedokončana dejanja sporočanja in izročanja tajnih dokumentov. Vendar pa mora biti poskušano dejanje storjeno naklepno. Vprašanje je, ali zadostuje eventualni naklep,<sup>489</sup> ali pa je lahko poskus storjen samo z direktnim naklepom.

*Dolus eventualis* praviloma ne zadošča za storitev poskusa, razen kadar gre za kazniva dejanja, pri katerih je posledica inkriminirana kot specialni element dejanskega stanu kaznivega dejanja.<sup>490</sup> Razlog za tako zakonodajno rešitev je v dejstvu, da je pri posledičnih kaznivih dejanjih bolj očitno, da je storilec s samim sprijaznjenjem s posledico dojel in hotel svoje dejanje, zaradi česar mu to dejanje tudi lažje pripisujemo. V tistih primerih, kjer je kaznivost dejanja sestavljena samo iz ravnanja, posledica pa ni posebej omenjena kot element, je težko govoriti o sprijaznjenju kot ravni storilčeve intencionalnosti, ki je povsem pasivna, saj ravnanje samo po sebi ostaja brez izraznega znaka (posledice) v zunanem svetu.

V primeru Janše, kot zadnjega v verigi storilcev, sta dve možnosti, ki sta odvisni od razlage 224. člena. Dikcijo iz prvega odstavka 224. člena KZ SFRJ lahko razumemo kot golo *ravnanje*. V tem primeru ne gre za posledično kaznivo dejanje, zaradi česar poskus ne more biti kazniv. Po drugi strani pa to pomeni, da je Janša s svojim pasivnim izpostavljanjem dokumenta že zadostil pogojem dikcije iz 224. člena. V obratnem primeru, če gledamo na to dikcijo kakor da bi vsebovala že tudi pojem izročitve podatkov -- se pravi *implicitno* posledico -- gre za posledično kaznivo

488 Kazenski zakon SFRJ, 19. člen:

"Kdor je izvršitev naklepnega kaznivega dejanja začel, pa ga ni dokončal, se kaznuje za poskus, če gre za kaznivo dejanje, za katero se sme po zakonu izreči pet let zapora ali hujša kazen; za poskus drugih kaznivih dejanj pa samo tedaj, če zakon izrecno predpisuje, da je kazniv tudi poskus."

489 Kazenski zakon SFRJ 13. člen:

"Kaznivo dejanje je storjeno z naklepom, če se je storilec zavedal svojega dejanja in ga hotel storiti; ali če se je zavedal, da lahko zaradi njegove storitve ali opustitve nastane prepovedana posledica, pa je privolil, da posledica nastane". Prvi del zakonske definicije opisuje direktni naklep, drugi del pa eventualni naklep. Pri eventualnem naklepu morata biti voljni in zavestni sestavni del na nižji stopnji kot pri direktnem naklepu.

490 Glej komentar MODEL PENAL CODE, American Law Institute 1985, Philadelphia, Pen., 2. knjiga, str. 295-315.

dejanje, pri čemer bi bilo Janševo ravnanje mogoče označiti kot poskus, za katerega zadošča eventualni naklep. Pravno gledano imamo opraviti z dilemo v pravem pomenu besede.

## 8.2. Vprašanje udeležbe

V primeru Janša se pojavlja tudi vprašanje udeležbe,<sup>491</sup> saj je očitno, da so posamezni storilci, od začetnika Borštnerja pa vse do Janše, ki je na koncu prejel dokument, v določeni vzročni zvezi. Že na najbolj površni ravni je mogoče reči, da je delovanje Borštnerja potrební pogoj (*sine qua non*) delovanja Tasića in obratno, da je Tasićevo delovanje v določenem smislu nujno za Borštnerjevo uspešno dokončanje kaznivega dejanja.<sup>492</sup> Isto je mogoče trditi za zvezo med Tasićem in Zavrlom ter, *mutatis mutandis*, prav tako za zvezo med Zavrlom in Janšo. Še več, mogoče je trditi, s stališča Janše, da je delovanje vseh treh, Borštnerja, Tasića in Zavrla, potrební pogoj njegovega ravnanja, obenem pa je z Borštnerjevega stališča navsezadnje tudi jasno, da je dokument moral priti v roke nekoga, ki naj bi ga tako ali drugače pripravil v javnost, zaradi česar so tudi z njegovega stališča ravnanja Tasića, Zavrla in Janše potreben pogoj v njegovi mentalni konstrukciji situacije.

### 8.2.1. *Dolus eventualis*

V teoriji je ključno vprašanje dvojno. Prvič se postavlja vprašanje, ali *dolus eventualis*, se pravi golo sprijaznjenje z zelo verjetno posledico, zadošča za katero od oblik udeležbe.<sup>493</sup> Drugo vprašanje pa je, ali je tisto sostorilstvo, napeljevanje in pomoč, ki je tako rekoč nujno za posamezne

491 Pri analizi smo v tem primeru izhajali iz hipoteze, kakor da bi sodba prvostopenjskega sodišča opisovala dejansko stanje, kakor se je v resnici zgodilo. To nikakor ne prejudicira zadeve, ker smo se na to stališče postavili samo zaradi diskusije vprašanja nujnega sostorilstva.

492 Pri tem predpostavljamo, zaradi samega argumenta, da je sprejem izročениh podatkov potrební pogoj izdaje vojaške skrivnosti v eni od naznačenih treh različic.

493 22. člen kazenskega zakona SFRJ, marginalna rubrika "sostorilstvo":

"Če več oseb z udeležbo pri izvršitvi ali kako drugače skupno stori kaznivo dejanje, se vsaka izmed njih kaznuje s kaznijo, predpisano za to dejanje."

23. člen KZ SFRJ: "napeljevanje":

"Kdor drugega naklepoma napelje, da stori kaznivo dejanje, se kaznuje, kakor da bi ga bil sam storil."

Kdor drugega naklepoma napeljuje k storitvi kaznivega dejanja, za katero se sme po zakonu izreči pet let zapor ali hujša kazen, se kaznuje kakor za poskus kaznivega dejanja, tudi če dejanje sploh ni bilo poskušano."

24. člen: "pomoč":

"Kdor komu naklepoma pomaga pri izvršitvi kaznivega dejanja, se kaznuje, kakor da bi ga bil sam storil, sme pa se kaznovati tudi mileje."

"Kot pomoč pri izvršitvi kaznivega dejanja se šteje zlasti: če da kdo storilcu nasvet ali navodila, kako naj stori kaznivo dejanje, če mu da na razpolago sredstva ali odstrani ovire za izvršitev kaznivega dejanja, kakor tudi če naprej obljubi, da bo prikril kaznivo dejanje, storilca, sredstva, s katerimi bo kaznivo dejanje storjeno, sledove kaznivega dejanja ali predmete, pridobljene s kaznivim dejanjem."



oblike kaznivega dejanja, tudi kaznivo, čeprav zakon izrecno ne izključuje takega sotorilstva, napeljevanja in pomoči, kot dodatnih oblik storitve kaznivega dejanja.<sup>494</sup>

Vprašanje, ali golo sprijaznjenje z veliko verjetnostjo, da bo sotorilec sam nadaljeval serijo kaznivih dejanj, zadošča za kazensko odgovornost, se v konkretnem primeru postavlja takole. Vprašanje bi bilo, ali je Borštner s tem, ko je vedel, da bo Tasić dokument zelo verjetno oddal Zavrlu in da ga bo Zavrl najverjetneje predal Janši, sotorilec pri kaznivih dejanjih Tasića, Zavrla in Janše. V konkretnem primeru je seveda jasno, da je Borštner moral imeti direkten naklep vsaj kar zadeva ravnanje Janše, saj je bil Borštnerjev namen, da bi dokument prodril v javnost, to pa je lahko storil samo Janša. Ravnanje Tasića kot kurirja in Zavrla kot odgovorne osebe pri Mladini je v taki situaciji za Borštnerja predstavljalo v najslabšem primeru nujno posredovanje, s katerim se je moral vsaj sprijazniti na ravni *doli eventualis*, če je hotel, da dokument na koncu pride v Janševe roke.

Ali je Borštner potemtakem odgovoren za *dolus eventualis* pri pomoči in sotorilstvu, da o napeljevanju Tasića sploh ne govorimo, je potemtakem lahko odvisno od tega, ali *dolus eventualis* zadošča za udeležbo.<sup>495</sup> Teorija večinoma zavzema stališče, da je *dolus eventualis*, kot krivdna oblika dovolj za napeljevanje in pomoč v tistih primerih, ko gre za t. i. *mala in se*, kajti v takih primerih teža kaznivega dejanja v zavesti storilca spreminja sicer golo sprijaznjenje s posledico v očitania vredno pasivno obliko naklepa.

V konkretnem primeru bi šli težko mimo dejstva, da so se posamezni udeleženci v četverokotniku sprijaznili z delovanjem drugih udeležencev, ki je bilo nujno za storitev kaznivega dejanja.

<sup>494</sup> Primerjalnopravno je vprašanje urejeno tako, da pri treh kategorijah kaznivih dejanj sotorilstvo ne more biti kaznivo dodatno k temeljni storitvi kaznivega dejanja. Najprej niso kazniva tista nujna sotorilstva, kjer je zakonodajalec namenoma opustil inkriminacijo nujno-sotorilčevega ravnanja. Tak je primer pri inkriminaciji ravnanja prostitutke, če zakonodajalec ne inkriminira ravnanja njenega odjemalca. Podobna je situacija kadar zakonodajalec izrecno predvideva kaznovanje prodajalca mamil, ne inkriminira pa nakupa, čeprav je jasno, da o prodaji ne more biti govor, če ni govor tudi o nakupu. Drug primer najdemo v situacijah, kjer zakonodajalec izrecno, kot objekt varstva, predvideva nasledno nujno ravnanje neke varstva posebej potrebne osebe. To velja npr. za spolno občevanje z mladoletno osebo, kadar ne gre za posilstvo, marveč za tako ravnanje, pri katerem je ta mladoletna oseba glavnega storilca morda celo napeljevala, mu pri njegovem ravnanju še celo pomagala itd. Tretji je tisti primer, ko zakonodajalec izrecno predvideva, da sotorilca, ki *nujno* sodeluje pri izvršitvi kaznivega dejanja, ne kaznuje.

<sup>495</sup> 22. člen KZ SFRJ takole opredeljuje sotorilstvo:

"Če več oseb z udeležbo pri izvršitvi ali kako drugače skupno stori kaznivo dejanje, se vsaka izmed njih kaznuje s kaznijo predpisano za to dejanje."

Iz tega teksta logično sledi, da za sotorilstvo zadošča taka oblika krivde, ki zadošča za samo kaznivo dejanje, kar pa ne velja za napeljevanje po 1. odstavku 23. člena, kakor tudi ne za pomoč po 1. odstavku 24. člena. V obeh primerih zakon predvideva samo naklepno obliko krivde. Tak naklep pa seveda lahko obstaja kot direkten ali kot eventualni naklep.

### 8.2.2. Nujno sotorilstvo

Kot drugo se pojavlja vprašanje t. i. nujnega sotorilstva, ki pa je navadno urejeno v posebni določbi zakona.<sup>496</sup> Ker naš kazenski zakon takšne določbe očitno nima, bi iz tega lahko sklepali, da je sotorilec za svoje ravnanje odgovoren tudi v tistih primerih, ko to ravnanje že po naravi stvari, se pravi "nujno" predstavlja del inkriminiranega ravnanja prvega sotorilca.

Konkretno to pomeni, da so Tasić kot Borštnerjev nujni sotorilec, Zavrl kot nujni sotorilec Tasića in Janša kot nujni sotorilec Zavrla – odgovorni ne le za svoje ravnanje, toliko pač, kolikor so sami naprej "sporočali, izročali ali omogočali", marveč tudi za tisti del *prejemanja* dokumenta, ki ni nič drugega, kot zgolj zrcalna slika "sporočanja, izročanja in omogočanja" drugih treh storilcev. V skladu s to teorijo bi potemtakem vsakemu od storilcev lahko naprtili, v kombinaciji z drugimi tremi, še neposredno ali posredno storilstvo pri izvršitvi dejanskega stanu 224. člena 1. odstavka KZ SFRJ.

Opisana pa tu še ni situacija napeljevanja in pomoči, kar ne spada pod vprašanje *nujnega* sotorilstva, zaradi česar kazenska odgovornost za to obliko udeležbe obstaja posebej, toliko pač, kolikor ni konsumirana že s samo storitvijo kaznivega dejanja.

Nedvomno je, da so Borštner, Tasić in Zavrl izvršili znake prve dispozicije kaznivega dejanja izdaje vojaške tajnosti, ko so drugemu izročili podatke s skrivno vsebino. Seveda je situacija drugačna, če se niso zavedali, da so podatki tajni, vendar o tem kasneje. Vprašljivo pa je, ali je kaznivo dejanje tudi tisti del njihovega ravnanja, ki je opisan v drugem delu zakonske opredelitve, namreč, da so omogočili drugim (nepoklicanim) osebam dostop do podatkov, ki so vojaška tajnost tako, da so fotokopirali dokumenta pustili ležati na svojih pisalnih mizah oz. v nezaklenjenem predalu svoje pisalne mize. Ker do podatkov ni prišla nobena konkretna oseba, niso nikomur omogočili, da je prišel do njih, abstraktna verjetnost pa ne zadošča, njihovo dejanje ni kaznivo dejanje.

496 MODEL PENAL CODE v svojem členu 2.06 (6) (a) (b) (c) predvideva takole:

"...a person is not an accomplice in an offense committed by another person if (a) he is a victim of that offense (b) the offense is so defined that his conduct is inevitably incident to its commission or (c) he terminates his complicity prior to the commission of the offense."

(Prevod: "b) Oseba ni sotorilec pri kakem kaznivem dejanju, ki ga stori storilec kaznivega dejanja, če je to dejanje tako opredeljeno, da je ravnanje prve osebe nujno sestavni del storilčevega ravnanja." Naš kazenski zakon pa take določbe nima.



### 8.3. Težave s tolmačenjem besede "zbirati" v dispoziciji 224/1 člena KZ SFRJ

Naslednje težave nastopijo pri razlagi besede "zbira" v sklopu zadnje dispozicije iz prvega odstavka 224. člena KZ SFRJ. Če nekdo zbira podatke, ki so vojaška tajnost, ali za izvršitev tega zakonskega opisa zadostuje, da nekdo sprejme podatke od nekoga drugega ali celo samo to, da jih ima pri sebi? Ker zakon razlikuje pojma "posedovati"<sup>497</sup> in "zbirati" bi lahko sklepali, da je za "zbiranje" podatkov potrebna določena aktivnost in da ne zadostuje golo posedovanje. Ker gre pri tem opisu za inkriminacijo pripravljalnega dejanja, mora biti zakon še posebej natančen pri opisu dejanja, saj se pri tako zgodnji fazi še ne morejo pokazati posebno očitni znaki, ki bi kazali na to, da bo izvršeno kaznivo dejanje. Zato je toliko bolj pomembno tudi ugotavljanje "namen" zbiranja. Saj predvsem namen zbiranja tajnih podatkov samo dejanje zbiranja šele dokončno opredeli kot kaznivo dejanje. Namen je pokazovalec, da gre za posebno obliko direktnega naklepa – *dolus coloratus*.<sup>498</sup> *Dolus coloratus* se uporablja pri inkriminaciji pripravljalnih dejanj, ker je samo namen storiti nekaj, tisto, kar kaže na kaznivo dejanje.<sup>499</sup> Tako je pri ugotavljanju *doli coloratus* potrebno dokazati vse sestavine naklepa in še namen storitve kaznivega dejanja.

Janši so očitali, da je zbiral tajne podatke z namenom objaviti jih – in s tem izročiti jih nepoklicani osebi – ne da bi njegov namen utemeljili z zadovoljujočimi dokazi. Če nekdo prebere fotokopijo nekega dokumenta, vsebino podčrta, pa ga potem spravi za tri mesece v predal svoje mize, misleč, da je dokument "potegavščina", to še nikakor ne pomeni, da ima namen ta dokument objaviti.

### 8.4. Še o besedi "neupravičeno" v dispoziciji istega člena

Pomudimo se se ob besedici "neupravičeno", ki odpira celo vrsto zanimivih vprašanj.

497 Glej Kazenski zakon SFRJ, 133. člen, 4. odstavek: "Kdor izdeluje ali razmnožuje sovražni propagandni material z namenom, da bi ga razširjal, ali kdor ima pri sebi ta material, čeprav ve, da je namenjen za razširjanje se kaznuje z zaporem od šestih mesecev do petih let."

V tem kaznivem dejanju je posebej inkriminirano posedovanje.

498 Bavcon-Šelih, *op. cit.*, str. 192, pravi, da je za dejanja, pri katerih je namen zakonski znak kaznivega dejanja, potrebno ugotoviti in dokazati ne samo storilčev naklep, marveč tudi njegov namen, to pa pomeni, da eventualni naklep sploh ne zadošča, saj mora biti direktni naklep obarvan z namenom (*dolus coloratus*). Za kaznivost takega dejanja pa ni potrebno, da bi bil uresničen storilčev namen, temveč zadošča, da je storil dejanje, ki meri na to, da bi se njegov namen uresničil. (pripravljalna dejanja)

499 Pri nekaterih izrazih v opredelitvah kaznivih dejanj pa je namen vključen že v sam pomen besede. Npr. pri izročitvi podatkov, ki so vojaška tajnost, ja namen izdaje samoumeven in je vključen v pomen besede "izročiti".

Borštner je dokument, ki je vojaška tajnost, razumel kot nevaran za slovenski narod in za nekatere posameznike. Zato se je odločil, da mora z vsebino tega dokumenta seznaniti najprej uredništvo Mladine in prek njega še najvišje predstavnike Slovenije. Ko je to storil, je izvršil kaznivo dejanje izdaje vojaške tajnosti, ker je tajni dokument *neupravičeno* sporočil *neupravičeni* osebi. Ker je Borštner vedel, da je dokument, ki ga je izročil Tasiću, vojaška tajnost, pa ga je kljub temu izročil drugim, ker je menil, da je povelje nevarno za Slovenijo, se lahko vprašamo, kakšna je bila vsebina tega dokumenta.

Kaj, če je bila vsebina v resnici nevarna, morda nezakonita? Ali je bilo Borštnerjevo dejanje potem v resnici neupravičeno? Trčili smo ob pravno vprašanje skrajne sile, ki ga je sodišče očitno prezrlo, kljub temu, da je v sodbi omenjen Borštnerjev zagovor, ki nakazuje to vprašanje. Če je Borštnerjevo dejanje storjeno v skrajni sili, potem to ni kaznivo dejanje.

### 8.5. Skrajna sila

Skrajna sila je v kazenskem pravu eden izmed razlogov za izključitev protipravnosti.<sup>500</sup> Njena glavna sestavna elementa sta grozeča nevarnost in odvrtačanje nevarnosti. Nevarnost, ki grozi, mora biti *stvarna* oz. resnična, *nezakrivljena* in *istočasna*. V našem primeru predstavlja nevarnost vsebina dokumenta, ki ga je Borštner izročil Tasiću. Gotovo je, da je nevarnost nezakrivljena z Borštnerjeve strani in istočasna z odvrtačanjem nevarnosti. Edino česar ne vemo, je to, ali je stvarna. Borštner je presodil, da je realna, vsaj *mislil* je torej, da je realna. Pri drugi sestavini skrajne sile morata biti podana dva pogoja, "*neizogibnost*" in "*prevrednotenje*". "*Neizogibnost*" pomeni, da nevarnosti ni bilo mogoče drugače odvrniti, česar v našem primeru ne moremo presoditi. Verjetno pa je, da je ni bilo mogoče odvrniti, ne da bi bila vojaška tajnost izdana. Najbolj ključen pogoj je zadnji. Zlo, ki je bilo prizadejano zaradi odvrtačanja nevarnosti, mora biti manjše (ali vsaj enako) zlu, ki je sicer grozilo.

V našem primeru je torej najpomembnejše vprašanje, ali je bilo zlo, ki je grozilo, večje zlo, kot dejanje, s katerim je Borštner to nevarnost skušal odvrniti. Povzročeno zlo mora

500 Kazenski zakon SFRJ 10. člen 1., 2. in 3. odstavek: "Ni kaznivo tisto dejanje, ki je storjeno v skrajni sili.

Skrajna sila je podana takrat, kadar stori storilec dejanje zato, da bi od sebe ali koga drugega odvrnil istočasno nezakrivljeno nevarnost, ki je ni bilo mogoče odvrniti drugače, pri tem pa prizadejanje zlo ni bilo večje od zla, ki je grozilo.

Storilec, ki je sam povzročil nevarnost, toda iz malomarnosti, ali je prekoračil meje skrajne sile, se sme mileje kaznovati, če pa je prekoračil meje skrajne sile v posebno olajševalnih okoliščinah, se mu sme kazneni tudi odpustiti."



biti namreč manjše ali vsaj enako tistemu, ki je grozilo, sicer lahko pride do prekoračitve skrajne sile ali pa do tega, da je dejanje, s katerim se je zlo skušalo odvrniti, kaznivo dejanje.

### 8.5.1. Vprašanje vrednotenja, katero zlo je večje

Pri vprašanju vrednotenja zel pa trčimo ob nekatera temeljna vprašanja prava. Težko je presoditi, katero zlo je manjše in katero večje, kajti objektivni pravni kriteriji za vrednotenje dobrin pogosto ne obstajajo, razen npr. takrat, kadar se da škoda denarno določiti. Tako se pojmovanja o tem, kaj je bolj in kaj manj pomembno spreminjajo s časom in od posameznika do posameznika.

Naloga prava je, da vrednote, ki so subjektivne, strne v pravni sistem in jih s tem objektivizira ter utrdi. Na ta način je sploh mogoče kakršnokoli komuniciranje med samimi posamezniki ter posamezniki in državo. Pravo torej vzpostavlja sistem logičnega prisiljevanja, ker komunikacija poteka po nekih vnaprej znanih merilih logičnih mišljenja. V kazenskem pravu je ena izmed strank država in prav ta sistem logičnega prisiljevanja omogoča vsaj navidezno enakost strank.<sup>501</sup> Ker skuša pravni sistem poleg dejstev fiksirati tudi vrednote in si vsak pravni sistem, za katerim stoji država, lasti tudi pravico nad postavljanjem vrednostnega sistema, pa prihaja do problema, o katerem govorimo. Posameznik si namreč lahko vzame pravico prevrednotiti sistem postavljenih norm in lahko reče, da je zanj pač manjše zlo to, da je nekaj ukradel ali nekoga ubil. Tega si seveda noben pravni sistem ne more dovoliti in si zato država pridrži pravico odrediti vrednostni sistem, po katerem se morajo posamezniki ravnati.

Kako je torej potrebno presoditi Borštnerjevo ravnanje? Če je bilo pomembnejše to, da je izdal vojaško skrivnost, ki je pomenila nevarnost za Slovenijo, pa čeprav je s tem kršil predpise o čuvanju vojaške tajnosti, potem njegovo delovanje gotovo ni kaznivo dejanje, ker so podani vsi razlogi za

501 Zupančič, B.M., *Pravo in samopomoč (pravna norma kot alternativa uporabi sile)*, Pravnik, Ljubljana 1986, št. 8-10, str. 354 in 355 pravi: "...legitimnost prava je utemeljena na predpostavki, da pravna pravila s svojo objektivnostjo (v smislu načela zakonitosti) nadomeščajo kriterij osebne prevlade. Ker je slednja utemeljena v osebnih interesih in idiosinkratičnih vrednotah posameznika ali skupine, je nujno arbitrarna in zato brez objektivne legitimnosti. Notranja protislovnost te jukstapozicije med objektivnimi pravnimi pravili na eni in osebno prevlado na drugi strani pa sledi iz dejstva, da je tudi sama 'objektivnost' pravnih pravil kaj nezanesljiva.

Ta 'objektivnost', na katero se zanašajo tako pogodbene stranke in ustavnopravni teoretiki, kakor tudi kazensko materialno pravo s svojim načelom nulla crimen sine lege praevia itd., naj bi sledila iz možnosti *logičnega prisiljevanja*, in sicer natančno toliko, kolikor je formalno logični silogizem neodvisen od konkretnih interesov strank. ... Unger pa pravilno poudarja, da je podobno logično prisiljevanje – v kontrastu s konfliktom osebnih interesov nasprotujočih si strank – možno samo toliko, kolikor sta ti nasprotujoči si stranki enako prepričani o semantičnem pomenu in vrednotah, ki predstavljajo sestavne dele same pravne norme."

to, da je ravnal v skrajni sili, ki izključuje protipravnost. Tega, kaj je v dokumentu pisalo, morda ne bomo izvedeli. Vojaško sodišče se v razpravljanje o tem sploh ni spustilo.

Če pa vojaški dokument ni predstavljal nevarnosti za slovenski narod, pa je Borštner zmotno mislil, da je dokument nevaren, kar pa v resnici ni bil in je z izdajo vojaške tajnosti povzročil večje zlo, kot ga je predstavljala vsebina dokumenta, potem vprašanje skrajne sile preide v pravno vprašanje zmote.

## 8.6. Zmota v KZ SFRJ

V KZ SFRJ sta omenjeni dve vrsti zmote,<sup>502</sup> dejanska in pravna.<sup>503</sup> Dejanska zmota je zmota o zakonskem znaku kaznivega dejanja, pravna zmota pa je zmota o prepovedanosti dejanja.<sup>504</sup> Kaj to pomeni? Če se storilec ob storitvi kaznivega dejanja ne zaveda vseh elementov v zakonu določene opredelitve kaznivega dejanja, potem za tako dejanje ni kazensko odgovoren. Nekdo npr. vzame tuj klobuk, misleč, da je njegov. Ker v zakonski opredelitvi kaznivega dejanja tatvine v členu 165 KZ SRS piše: "Kdor vzame komu tujo premično stvar z namenom, da si jo protipravno prilasti..." in je za izvršitev tega kaznivega dejanja potrebno vzeti stvar, ki ni last tistega, ki jo vzame, ker je torej dejstvo, da stvar ni v lasti storilca, nujen znak kaznivega dejanja, je bil naš storilec v zmoti o tem elementu kaznivega dejanja. Ker je mislil, da je klobuk njegov, se ni zavedal vseh v zakonu določenih znakov in ni kazensko odgovoren za to, kar je storil. Če pa bi naš storilec vedel, da je vzel tuj klobuk, pa bi se branil, rekoč: "Mislil sem, da mi je dovoljeno vzeti ta klobuk", ali "Nisem vedel, da je to prepovedano", bi bil ravnal v pravni zmoti, ki pa ne ekskulpira. Stvar pa ni vedno tako preprosta.

Če Borštner pravi: "Mislil sem, da imam pravico izdati dokument, ki predstavlja nevarnost za moj narod", se pri tem lahko zmoti pri presoji teže nevarnosti, ki je grozila.

502 Kazenski zakon SFRJ, 16. člen, 1. odstavek:

"Ni kazensko odgovoren storilec, ki se ob storitvi kaznivega dejanja ni zavedal kakšnega njegovega z zakonom določenega znaka; ali je zmotno mislil, da so podane okoliščine, v katerih bi bilo to dejanje dopustno, če bi bile zares podane."

17. člen KZ SFRJ:

"Sodišče sme storilca kaznivega dejanja, ki iz opravičenih razlogov ni vedel, da je takšno dejanje prepovedano, kaznovati mileje, sme pa mu kazen tudi odpustiti."

503 Brahy, *De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal*, Revue de droit pénal et criminologie, 5/1977, str. 339: "On voit par ces premières que l'ignorance et l'erreur peuvent porter sur le droit ou sur le fait. L'erreur sur la connaissance de la loi, sur sa portée ou ses conditions d'application est une erreur de droit, tandis que l'erreur sur la matérialité de l'acte, sur les circonstances de fait qui l'entourent est une erreur de fait."

504 Podrobneje glej Damaška, *Problem razgraničavanja stvarne i pravne zablude*, Naša zakonitost, 1-6/1965, strani 10-14 in 18-22.



Borštner torej misli, da je nevarnost, ki grozi, večja od pomembnosti varovanja vojaške skrivnosti. V tem primeru bi šlo za vprašanje prekoračitve skrajne sile. Ker pa je bil Borštner v zmoti, ko je presojal težo nevarnosti in je zmotno mislil, da je ta večja, kot je bila v resnici, postane vprašanje prekoračitve skrajne sile vprašanje putativne (namišljene) skrajne sile. Do putativne skrajne sile pride namreč takrat, kadar storilec *zmotno* presodi nevarnost in ravna, misleč, da obstaja grozeča nevarnost.<sup>505</sup>

### 8.6.1. Dejanska ali pravna zмота

Ali je Borštnerjeva zmotа pravna ali dejanska?<sup>506</sup>

Na prvi pogled se zdi, da je Borštnerjeva zmotа zmotа o prepovedanosti dejanja, pravna zmotа torej. Mislil je, da je njegovo dejanje dovoljeno. Če pogledamo še enkrat opredelitev kaznivega dejanja izdaje vojaške tajnosti, vidimo, da je Borštner izvršil prvo z zakonom postavljeno dispozicijo. "Kdor komu drugemu *neupravičeno* sporoči ali izroči podatke, ki so vojaška tajnost." Borštner je očitno mislil, da podatkov ne izroča neupravičeno, temveč da je njegovo ravnanje povsem upravičeno. Bil je v zmoti o *upravičenosti* svojega ravnanja. Ker pa je v našem primeru upravičenost (oz. neupravičenost) zakonski znak kaznivega dejanja, postane pravna zmotа, zmotа o zakonskem znaku kaznivega dejanja, torej dejanska zmotа.<sup>507</sup> *Njegova zmotа o nedovoljenosti dejanja v celoti se skrči na zmotу v enem samem elementu tega dejanja.* Tako je Borštnerjevo dejanje storjeno v dejanski zmoti, ki ekskulpira. Borštner ni kazensko odgovoren in ni kriv.

Kakšna je razlika med pravno in dejansko zmotу? Zavest storilca mora ob storitvi kaznivega dejanja zajemati vse njegove z zakonom določene znake,<sup>508</sup> kar pomeni, da se mora

505 Tomanovič, *Sporna pitanja nužne i putativne nužne odbrane*, Pravni život, 5/1984, str. 597.

506 Bavcon-Šelih, *op. cit.*, str. 207, pravi, da je putativna skrajna sila eden od primerov dejanske zmotе v širšem smislu. To je namreč zmotа, ki je opisana v drugem delu zakonske definicije dejanske zmotе. Gre za okoliščine, ki niso znaki kaznivega dejanja, so pa takšne narave, da bi bilo dejanje dopustno ali vsaj ne bi bilo prepovedano, če bi zares obstajale.

507 Damaška, *op. cit.*, str. 22-24, razlikuje tri načine in razloge omenjanja pojma "protipravnost" v zakonski opredelitvi kaznivega dejanja. Prvi način je tisti, v katerem je beseda "protipravnost" pleonazem, samo nekakšno opozorilo sodniku, da pazljivo preuči primer. To je seveda v nasprotju z zahtevo po jasnosti in natančnosti kazenskih določb.

508 Bavcon-Šelih, *KAZENSKO PRAVO*, Ljubljana, 1987, str. 202: "Med znaki kaznivega dejanja se včasih pojavijo tudi izrazi, kot npr. protipravno, neupravičeno, nezakonito, v nasprotju z zakonom. V teh primerih je postala protipravnost zakonski znak kaznivega dejanja in to pomeni, da se mora storilec zavedati tudi formalne protipravnosti, neupravičenosti ali nezakonitosti svojega dejanja."

Srzentić-Stajić, *KRIVIČNO PRAVO*, Sarajevo 1966, str. 71. pravi: "Tako je protipravnost element krivičnog dela, ona se po pravilu ne unosi u zakonski opis dela. ... Medutim, kod nekih krivičnih dela ipak se protipravnost unosi u opis dela. U

storilec, ko izvršuje dejanje, zavedati vseh njegovih elementov, hkrati pa jih mora hoteti.<sup>509</sup> Tako je osnovna zahteva kazenske odgovornosti pogoj, da je storilčevo ravnanje pristen izraz njegove biti, njegovega zavedanja in hotenja.<sup>510</sup> Če to povezavo pretrga kakšna okoliščina, potem storilčevo ravnanje ni njegovo hoteno ravnanje, ni izraz njegove biti. Npr. duševno bolni storilec subjektivno ni kriv svojega dejanja, saj ga ni hotel storiti. Duševna bolezen namreč preseka enačaj med njegovo voljo in njegovim ravnanjem.<sup>511</sup>

Zmota ustvarja situacijo, ko storilčevo ravnanje sicer je njegovo voljno in zavestno ravnanje v trenutku storitve, vendar storilec dejanja ne bi bil storil, če ne bi bil v zmoti.<sup>512</sup> Njegova miselna slika realnosti namreč ne ustreza dejanskim okoliščinam. Ali pa se ne zaveda, da dela kaj napačnega. Tako zmota seka enačaj med tem, kar bi človek hotel, in tem, kaj dejansko naredi.<sup>513</sup>

Vendar pa pravni red dejansko zmoto dovoljuje, pravne pa ne, čeprav je subjektivno gledano storilec, ki se ne zaveda kakšnega elementa opredelitve kaznivega dejanja, ravno tako nedolžen, kot storilec, ki se ni zavedal, da je v celoti dejanje kaznivo. Razlika je le v tem, da se prvi ni zavedal ene okoliščine, enega dejstva, določenega v zakonu, medtem ko se drugi ni zavedal obstoja celotne norme. Zakaj potem pravna zmota ni razlog za ekskulpacijo?

Pravni red si ne more dovoliti, da si posameznik privzame

---

tom slučaju ona se označava rečima, "protivpravno", "neovlašćeno" ili "protivzakonito."

(Prevod: "Čeprav je protipravnost element nekaterih kaznivega dejanja, se praviloma ne omenja v zakonskem opisu dejanja.... Pri nekateri kaznivih dejanjih pa se protipravnost vseeno vnese v opis dela. V tem primeru se izraža z besedami, "protipravno", "nepooblašćeno" ali "protizakonito.")

509 Vprašanje ni povsem določeno rešeno. V nekaterih pravnih redih je na primer nejasno, ali mora biti določena lastnost žrtve, na primer lastnost policajca, s strani storilca, izrečno hotena. Podobno velja pri občevanju z mladoletno osebo, kjer nikakor ni jasno, da bi storilec moral izrečno hoteti mladoletnost žrtve.

510 B.M. Zupančič, *Deontologija pravne zmote – meje subjektivizacije kazenskega prava*, Pravnik, Ljubljana 5-7/1987, str. 309: "Vprašanje nedolžnosti in krivde je vprašanje vzročne zveze med storilčevo bitjo kot vzrokom ter njegovim dejanjem kot posledico. Kolikor dejanje ni prista posledica storilčeve biti, marveč izhaja iz drugih zunanjih (ekstrinzičnih) vzrokov (duševna bolezen, naključje pri dejanski zmoti, protipraven napad pri silobranu itd.), velja, da dejanja ni mogoče pripisati storilcu, ki zato velja za nedolžnega."

511 Shakespeare, *Hamlet*, peto dejanje, drugi prizor, vr. 228-240: "Kdo žali Laerta? Hamlet? Ne: če Hamlet je od sebe oddvojen in ni on sam ta, ki Laerta žali, ne žali Hamlet, Hamlet to zanika. Kdo torej žali? Blaznost: potemtakem je Hamlet sam na strani žaljenec; saj blaznost je sovražnica njegova."

512 Brahy, *op. cit.*, str. 339: "L'ignorance, c'est l'absence de toute notion, l'erreur est une notion fausse sur une question donnée. La différence est plus quantitative que qualitative."

513 Tomanović, *op. cit.*, str. 597: "Bilo, da se radi o jednoj ili drugoj zabludi (stvarni zmoti v ožjem ali v širšem smislu, op. pis.), u pitanju je prisustvo okolnosti, koje isključuju umišljaj. Stoga, kako se pravilno uzima, da je stvarna zabluda negacija umišljaja, takav učinilac ne može biti umišljajni izvršilac krivičnog dela."



pravico prevrednotenja sistema norm. Če bi se zgodilo, da bi bil nekdo oproščen, ker ne bi vedel, da je neko dejanje določeno v kazenskem zakonu kot kaznivo, bi prevladala njegova subjektivna koncepcija nad objektivnostjo norme.<sup>514</sup> Sistem splošnih in objektivnih norm bi se tako sesul zaradi prevlade subjektivne razlage. Norma sama pa bi bila s tem izničena.

### 8.7. Posebej o pojmu protipravnosti

Pomudimo se še malo ob samem pojmu protipravnosti in vprašanju, kako preide pravna zmeta v dejansko.

Pojma protipravnosti kot takega ni, saj je sama vsebina te besede šele rezultat skupka vseh norm, ki ustvarjajo pravni sistem. Pojem protipravnosti se torej pojavi šele tedaj, ko imamo sistem norm, katerih *končni rezultat* je nekakšna "protipravnost", kot se pač pojmuje v tistem pravnem redu. Je torej zgolj ime za nekaj, kar je ustvarjeno s sistemom norm.<sup>515</sup> Če protipravnost (ali, kar je temu vsebinsko podobnih izrazov) damo še v opredelitev nekega kaznivega dejanja, dobimo podobno sliko, kot če bi nasproti ogledalu postavili še eno ogledalo. Večen, ponavljajoč se krog. V pojem kaznivega dejanja, ki namreč sam po sebi ustvarja pojem "protipravnosti", vključimo isto protipravnost. Tako dobimo nekakšno sliko protipravnosti v protipravnosti.

V našem primeru je posledica ta, da *pravna zmeta*, zaradi v zakonski opredelitvi omenjene besedice "neupravičeno" (kar je samo ena od oblik protipravnosti), preide v *dejansko zmeta*.<sup>516</sup> Ravno zaradi te besedice je namreč sploh mogoče razpravljanje o zmeti in vprašanju Borštnerjeve ekskulpacije. Če bi namreč v zakonu pisalo samo "Kdor komu sporoči ali izroči podatke, ki so vojaška tajnost ...", bi bila Borštnerjeva zmeta o tem, ali je njegovo dejanje upravičeno, pravna zmeta, ki ga *ne* bi opravičevala. Ravno to, da je protipravnost v obstoječi opredelitvi poudarjena, omogoča večjo možnost zmete,<sup>517</sup> hkrati pa omogoča, da pravna zmeta

514 Hall, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW, Bobbs-Merrill Company, 1960 str. 382 in 383, pravi, da bi pripoznanje pravne zmete storilca kot razloga za izključitev odgovornosti pravzaprav pomenilo, da storilca v resnici obravnavamo, kakor da bi pravo bilo tako, kakršno si on sam – seveda zmetno – predstavlja.

515 Ker ni nikakršnih inteligibilnih esenc, vnaprej danih, večnih in obče obstoječih pojmov, ni nekakšne splošne protipravnosti, kot predpostavke ali elementa vseh kaznivih dejanj. Pojem protipravnosti je "rezultat" nekega procesa ustvarjanja norm in velja samo v določenem sistemu in v določenem času. Zato sam pojem ne pomeni nič drugega, kot to, da norme, ki sestavljajo nek pravni sistem ustvarjajo mejo med tem, kaj je kaznivo in kaj ne. In kar ni dovoljeno je protipravno.

516 Mihajlovski, O protipravnosti krivičnog dela, JRKK, 2/1973, str. 244, pravi, da je "protipravnost" v zakonski opredelitvi kaznivega dejanja nekaj povsem drugega, kot splošen pojem "protipravnosti". "Time se samo želi da se u pojem određeno krivičnog dela unese više jasnoće onda kada je nekim propisom dozvoljeno ono što je normama krivičnog prava zabranjeno." Podobno, Srzentić-Štajić, op. cit., str. 72.

517 Fletcher, RETHINKING CRIMINAL LAW, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1987, str. 695, pravi: "The definition, in turn, is determined by finding the

preide v dejansko. Storilčev naklep mora namreč zajemati zavedanje o protipravnosti protipravnosti.<sup>518</sup> Ker je bil Borštner v našem primeru v zmoti o obstoju neupravičenosti, ki je v tem primeru dejanska zmota, bi moral biti oproščen.

Veliko bolj enostaven je primer drugih treh obsojenih. Trdijo namreč, da niso vedeli, da je dokument, ki so si ga predajali, vojaška tajnost. V tem primeru bi bila to zmota o naravi dokumenta, ki je zmota o elementu kaznivega dejanja, torej dejanska zmota, ki ekskulpira. Tu pa se vprašanje zmote navezuje na vprašanje vojaške tajnosti. Očitek, ki je bil naperjen proti njim, je namreč bil, da bi se bili morali zavedati, da je to tajen dokument, češ da je *očitno*, da gre za podatke, ki so vojaška tajnost.<sup>519</sup>

V četrtem odstavku 224. člena je opredeljena vojaška tajnost.<sup>520</sup> V našem primeru gre za dokument, ki je v originalu sicer bil označen kot vojaška tajnost. Ker pa je Borštner pri fotokopiranju te oznake prekril, fotokopija dokumenta ni imela nikakršnih oznak. Morda si lahko pri presoji tega, kako "očitno" in komu mora biti "očitno", da so neki dokumenti vojaška tajnost, pomagamo z drugim delom opredeljitve vojaške tajnosti, ki govori o tem, kakšni so kriteriji za prepoznavanje drugih dokumentov, ki *niso* označeni kot vojaška tajnost, za vojaško tajnost.

Najbolj zanimiva je beseda "očitno", ki pa ne pove, komu mora biti očitno, da bi neki podatki lahko predstavljali vojaško tajnost. Sklepamo lahko, da mora biti to očitno storilcu kaznivega dejanja, ki te vojaške podatke izdaja. Tu pa sta dve možnosti. Prva je ta, da vzamemo za kriterij nekakšnega abstraktnega, povprečnega posameznika; in

*minimal set of criteria that, in the given society, conveys a morally significant prohibition. The assumption is that a persons should be subject to criminal liability (for intentional crimes) only if they intentionally violate a morally coherent and significant prohibitory norm.*" (Prevod: "Opredelitev pa je tista, ki je določena z minimalnim nizom kriterijev, ki, v dani družbi, sporočajo moralno pomembno prepoved. Izhajamo namreč iz predpostavke, naj bo oseba kazensko odgovorna (za naklepna kazniva dejanja) samo, če namenoma krši moralno skladno in pomembno prepovedano normo.")

Omenjanje protipravnosti v definiciji kaznivega dejanja pogosto gotovo ni v skladu z zahtevo po minimalnosti opredeljitve, saj med drugim tudi poveča možnost zmot.

518 Storilčev naklep mora tudi v primeru, ko protipravnost ni element kaznivega dejanja, zajemati zavedanje o moralni in pravni zavržnosti njegovega dejanja. (Glej: Bavcon-Šelih *op. cit.*, str. 188), torej o tem, da dela nekaj protipravnega. Če pa je protipravnost še element kaznivega dejanja, se mora zavedati še te protipravnosti oz. neupravičenosti. Zavedati se mora torej protipravnosti v protipravnosti.

519 Glej del o zakonitosti iz uvoda.

520 Kazenski zakon 224. člen:

"Za vojaško tajnost se štejejo podatki, ki so z zakonom, drugim predpisom, splošnim aktom ali sklepom pristojnega organa razglašeni za vojaško tajnost, kot tudi podatki, ki niso razglašeni za vojaško tajnost, ki pa bi zaradi njihove pomembnosti očitno lahko nastale hujše škodljive posledice za oborožene sile in njihovo pripravo za obrambo države, če bi bili izdani."



druga, da je bilo konkretnemu storilcu očitno, da so podatki tajne narave. V našem primeru je očitno, da se podatki, ki so jim bile odrezane vse oznake vojne tajnosti, storilcem niso zdeli tajni. Zdi se, da se ne bi mogli zdeti tajni niti povprečnemu razsodnemu sleherniku, niti našim konkretnim osebam, kajti strokovnjak za vojaško tajnost je za to, da je odkril, ali so fotokopije brez oznak vojaška tajnost ali ne, potreboval štirideset ur.

Možnost, da se nekateri podatki šele naknadno, ko pride do njihove izdaje, obravnavajo enako, kot da bi bili že prej določeni za vojaško tajnost, je v nasprotju z načelom zakonitosti. Če gre za podatke, ki so tako pomembni, bi bilo nujno, da bi bili opredeljeni kot tajnost še preden bi jih kdo utegnil izdati. Hkrati pa se s takim naknadnim načinom določanja tajnosti zamegljuje tudi pojem "očitnosti". V našem primeru bi moralo biti obsojenim očitno, da so bili dokumenti, na katerih je bila oznaka vojaške tajnosti izbrisana, v resnici vojaška tajnost. Ker se je izkazalo, da to ni tako lahko ugotoviti, je pri tistih dokumentih, ki sploh niso bili označeni kot vojaška tajnost, verjetno to se težje odkriti. Tako bi bilo nujno, zaradi načela zakonitosti in zaradi boljšega varovanja vojaške tajnosti, da bi bili vsi dokumenti, ki predstavljajo vojaško tajnost, označeni vnaprej.<sup>521</sup>

Problematičen je tudi drugi del opredelitve, ki opisuje kakšne posledice bi lahko nastale zaradi izdaje vojaške tajnosti. Takšne opredelitve so preveč ohlapne in samo od volje tistega, ki jih razlaga, je odvisno, kakšno vsebino jim bo pripisal.

Problem, ki ga puščamo za konec, je tako rekoč predhodno in ključno in hkrati zaključno vprašanje celotnega sojenja Borštnerju, Tasiću, Zavrlu in Janši. Kako se lahko pred nekim sodiščem, ki naj bi imelo civiliziran pravni postopek, razpravlja o stvari, o kateri se sploh ne sme razpravljati. Primer Borštner pripelje namreč do absurdnih razsežnosti, saj je verjetno, da je njegovo dejanje bilo upravičeno, pa tega ne bomo nikdar izvedeli.

Kaj, če je dokument, ki ga je Borštner izdal, res bil predstavljal nevarnost za slovenski narod? In kaj, če se Borštner ne brani brez razloga, da je presodil dokument za tako nevaren,

521 376 Pravilnik o ravnanju z gradivi zaupne narave, Ur.l. SRS 6/1983, 9. člen, 1. odstavek:

"Vrsta tajnosti in stopnja zaupnosti se določi, ko se začne s pripravo gradiv."

Uredba o merilih, po katerih se določajo za ljudsko obrambo pomembni podatki, in o ukrepih za njihovo zavarovanje, Ur.l. SRS 6/1975, 4. člen, 1. odstavek: "Tajnost podatkov ljudske obrambe se določi v trenutku nastanka podatkov."

Noben od pravilnikov ne omenja možnosti naknadne označitve vojaške tajnosti.

da bi ga morali videti najvišji predstavniki Slovenije? Kaj storiti, če sodišče zaradi tajnosti ne razpravlja o tem vprašanju niti z besedo? Skrajne sile sploh ne omenja in ne dopušča možnosti razpravljanja o tem, ker oznaka vojaška tajnost zapira usta vsem, ki bi o tem lahko govorili. Ali lahko v neki civilizirani državi organizacija, ki je ustanovljena zato, da brani ljudstvo in obstoječi red, v imenu tega reda, označi neki dokument, ki morda ruši isti red in predstavlja nevarnost za del ljudstva, ki ga mora braniti, za vojaško tajnost in tako zapre vsakršno pot do vsebine dokumenta? In kako lahko, na koncu, ista organizacija, pred svojim sodiščem, razsoja o kršitvah tajnosti tega dokumenta?

Stanje je podobno rekle – kadija tuži, kadija sudi. Takšna situacija ni združljiva z načelom neodvisnosti sodišč.<sup>522</sup> Če tožilce in sodnike postavlja in odstavlja<sup>523</sup> ista organizacija, tako da sodišče ne more razsojati neodvisno od organizacije, ki jih je imenovala, ne moremo govoriti o neodvisnosti. Se posebej to velja prav v primeru vojaške tajnosti, kjer ne samo da organizacija sama določa, kaj je vojaška tajnost, ter o tem sodi, temveč lahko pri obravnavanju tajnosti izključi javnost in tako onemogoči družbeno kontrolo nad dogajanjem. Stvar je tako rekoč razsojena že, ko dobi zadevo v roke tožilec. Razumljivo, da se kakršnakoli možnost razprave o tem, ali je dokument res nevaren oz. zakonit, sploh ne more

522 Ustava SFRJ, 219. člen:

"Sodišča so pri izvrševanju sodne funkcije neodvisna in sodijo po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih."

523 Zakon o vojaških sodiščih, Ur.l. 4/77, 30. člen in Zakon o vojaškem tožilstvu, Uradni list SFRJ 4/77 22. člen, 1. odstavek.



# 9. Vojaškopravna vprašanja

## 9.1. Uvod

Zgodovinska vloga sodišč kaže na njihov temeljni namen, ki je v zaščiti posameznika pred arbitrarno prevlado države.<sup>524</sup> Vnaprej določena pravila za razreševanje sporov pa so nujni osnovni pogoj za uresničevanje tega namena; država se z njimi zavezuje, da bo svojo premoč uporabila le pod pogoji, ki jih ta pravila določajo. S tem se v imenu varstva posameznikovih pravic in svoboščin odreka svoji sicer očitni premoči in kot zagotovilo tega varstva postavi pravni red, to je, sistem pravil, temelječih na ustavi, kot hierarhično najvišjemu pravnemu aktu.

Sledeč temu pojmovanju so se v pravu razvila načela zakonitosti, ustavnosti in neodvisnosti sodišč, ki niso nič drugega kot pravni izraz omenjene temeljne vloge sodišč in prava sploh. Ustava pa je tisti temeljni katalog pravic in svoboščin, katerega neupoštevanje pomeni osnovno kršitev pravne varnosti in s tem omejevanje posameznikovih pravic in svobode.

524 B.M. Zupančič, *Pravo in samopomoč* (pravna norma kot alternativa uporabi sile), *Pravnik* št. 8-10, 1981 Ljubljana, str. 353-366; Strobl-Kristan-Ribičič, *USTAVNO PRAVO, SFRJ*, III. izdaja, Ljubljana 1981, str. 312, kjer avtorji med splošnimi funkcijami sodišč navajajo varstvo svoboščin in pravic občanov.

Ob povedanem se zastavlja vprašanje narave in pomena 2. odstavka 221. člena Ustave SFRJ.<sup>525</sup>

Temeljna razvojna nit prava se odslikava v širjenju pravic in svoboščin posameznika ter v njihovi pravni fiksaciji.<sup>526</sup> Naj kot eno temeljnih pravic navedem pravico do enakega varstva pravic občanov, ki jo Ustava tako označuje: "Vsakdo ima *pravico do enakega varstva svojih pravic* v postopku pred sodiščem ter državnimi in drugimi organi in organizacijami, ki odločajo o njegovih pravicah, obveznostih in interesih".<sup>527</sup> Da pa do uresničevanja pravice sploh lahko pride, mora sodno jurisdikcijo opravljati neodvisno in samostojno sodišče: "Sodišča so pri izvrševanju sodne funkcije *neodvisna* in sodijo po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih."<sup>528</sup> Zaradi nakazane perspektive predstavlja 221. člen, 2. odstavek Ustave SFRJ sporen moment v razvoju širjenja pravic in svoboščin posameznika.

Spornost se ne nanaša toliko na obstoj vojaških sodišč sploh in na njihove pristojnosti za sojenje vojaškim osebam. Izrazito sporna pa je pristojnost, ki zajema sojenje civilnim osebam.<sup>529</sup> 2. odstavek 221. člena Ustave namreč določa, da vojaška sodišča sodijo vojaškim osebam za storjena kazniva dejanja in "o določenih kaznivih dejanjih *drugih oseb*, ki se nanašajo na ljudsko obrambo in varnost države...",<sup>530</sup> kar predstavlja neposredno ustavno pooblastilo za sojenje civilnim osebam.

Členi 13, 14, 15 in 16 Zakona o vojaških sodiščih<sup>531</sup> pa po-

525 Ustava SFRJ Ur.l. SFRJ, 9/1974, popravki 11/1974, člen 221, drugi odstavek: "O kaznivih dejanjih vojaških oseb in o določenih kaznivih dejanjih drugih oseb, ki se nanašajo na ljudsko obrambo in varnost države, ter o drugih pravnih zadevah, ki se nanašajo na spore v zvezi s službo v Jugoslovanski ljudski armadi, sodijo vojaška sodišča." (Podčrtani del teksta je problematičen s stališča naše analize.)

526 Strobi-Kristan-Ribičič, *USTAVNO PRAVO SFRJ*, III. izdaja 1981, str. 110-120.

527 Ustava SFRJ, 180. člen, 1 odstavek.

528 Ustava SFRJ, 219. člen

529 Razmejitev in opredelitev vojaške nasproti civilni osebi določa 9. člen Zakona o vojaških sodiščih, Ur.l. SFRJ 4/1977, 13/1982:

"Za vojaško osebo je po tem zakonu mišljen:

1. vojak, ki služi vojaški rok;
2. gojenec vojaških šol;
3. aktivni nižji oficir, oficir ali vojaški uslužbenec;
4. oseba iz rezervnega sestava, dokler je kot vojaški obveznik na vojaški dolžnosti;
5. civilna oseba, ki opravlja določeno vojaško dolžnost.

Za civilno osebo po tem zakonu se šteje oseba, ki ni vojaška oseba po prvem odstavku tega člena in ki ni vojni ujetnik."

530 Ustava SFRJ, Ur.l. SFRJ 9/1974, 11/1974.

531 Zakon o vojaških sodiščih, 13. člen:

"Vojaška sodišča sodijo civilne osebe za naslednja kazniva dejanja, ki jih določa kazenski zakon SFRJ:



menijo konkretizaciju omenjene ustavne določbe in podrobneje določajo, kdaj so vojaška sodišča pristojna za sojenje civilnim osebami.

## 9.2. Primerjalnopravni pregled

### 9.2.1. Vprašanje pristojnosti vojaških sodišč nad civilnimi osebami

Pregled tujih pravnih ureditev nam kaže splošno značilnost, da vojaška sodišča nimajo pristojnosti nad civilnimi osebami.

Tako so v Franciji sploh ukinili vojaška sodišča,<sup>532</sup> Zvezna republika Nemčija, Avstrija, Švedska, Norveška, Danska, Japonska pa v mirnem času ne poznajo vojaških sodišč, kajti njihovo vlogo opravljajo redna sodišča.<sup>533</sup> Na Norveškem

1. za dejanje iz 114. člena, če meri na izpodkopavanje vojaške in obrambne moči države;

2. za dejanja iz 118., 119., in 121. člena;

3. za dejanje iz 122. člena, če je uperjeno proti vojaški osebi;

4. za dejanje iz 123. člena, če je uperjeno proti vojaški osebi ali meri na uničenje premoženja večje vrednosti, ki tvori sredstva oboroženih sil SFRJ (v nadaljnjem besedilu: oborožene sile);

5. za dejanje iz 124. člena;

6. za dejanje iz 125. člena, če je uperjeno proti vojaškemu objektu ali proti vojaškim osebami;

7. za dejanja iz 126. in 127. člena, če gre za vojaške objekte;

8. za dejanja iz 128. in 129. člena, če se podatki nanašajo na ljudsko obrambo;

9. za dejanje iz 135. člena;

10. za dejanje iz 136. člena, če gre za kazniva dejanja iz 1. do 4. ter 6. in 7. točke tega odstavka;

11. za dejanja iz členov 201 do 239 (kazniva dejanja zoper oborožene sile);

Vojaška sodišča sodijo civilne osebe tudi za kazniva dejanja zoper premoženje in kazniva dejanja zoper uradno dolžnost, ki so določena v kazenskih zakonih, če gre pri dejanju za del bojnega sredstva ali orožje ali strelivo ali razstrelivo, ki so namenjeni za ljudsko obrambo.

Civilne osebe, ki imajo lastnost civilne osebe v službi v oboroženih silah (v nadaljnjem besedilu: civilne osebe v službi v oboroženih silah), sodijo vojaška sodišča tudi za kazniva dejanja, ki jih storijo pri opravljanju službe ali v zvezi s službo, kakor tudi vsa druga kazniva dejanja, ki jih storijo kot sotorilci ali kot drugi udeleženci skupaj z vojaškimi osebami.

Vojne ujetnike sodijo vojaška sodišča za vsa kazniva dejanja, ki jih storijo kot vojni ujetniki, kot tudi za kazniva dejanja zoper človečnost in mednarodno pravo (členi 141 do 156 kazenskega zakona SFRJ.)

V členih 14, 15, in 16 pa zakon določa pristojnost v primerih sotorilstva, drugih oblik udeležbe (napeljevanja, pomoči), in še nekaterih drugih primerih. O sami problematiki čl. 13 in več o členih 14, 15, 16 pa v nadaljevanju teksta.

532 Buturović-Pavlica, *KRIVIČNI POSTUPAK PRED VOJNIM SUDOVIMA*, Beograd 1986, str. 69.

533 Buturović-Pavlica, *op. cit.*, str. 69.

Gozze-Gučetić, *SAVREMENI VOJNO PRAVOSUDNI, VOJNO KRIVIČNI I VOJNO DISCIPLINSKI SISTEMI*, Beograd 1964, str. 27, opisuje ureditev v ZRN: "Član 96a Ustave (Krivični sudovi oružanih snaga) glasi:

1. Savezna republika može uvoditi krivične sudove oružanih snaga za oružane snage kao savezne sudove. Oni mogu vršiti krivično sudovanje samo u slučaju napada kao i u slučaju kad se pripadnici oružanih snaga šalju u inostranstvo ili kad su ukrncani na

velja taka ureditev že od leta 1955.<sup>534</sup>

Italijanska ustava iz leta 1948 določa v svojem 103. členu: "V času vojne je pristojnost vojaških sodišč določena z zakonom. V miru pa so pristojna za sojenje vojaških kaznivih dejanj, storjenih s strani pripadnikov oboroženih sil."<sup>535</sup>

ZDA prav tako ne poznajo pristojnosti vojaških sodišč nad civilnimi osebami.<sup>536</sup> Podobno ureditev kot ZDA v svojem *Uniform Code of Military Justice* iz maja leta 1950 so sprejele druge države anglosaškega prava: Velika Britanija, Kanada...<sup>537</sup>

Ena redkih izjem je Švica, kjer vojaško-kazenski zakonik iz leta 1927, dopolnjen v letu 1974, dovoljuje pristojnost vojaških sodišč nad civilnimi osebami.<sup>538</sup>

Sovjetska zveza prav tako dopušča pristojnost vojaških

---

brodove. Savezni zakon doneče druge odredbe."

(Prevod: "Člen 96a Ustave (kazenska sodišča oboroženih sil) določa:

1. Zvezna republika lahko organizira kazenska sodišča oboroženih sil za oborožene sile kot zvezna sodišča. Ta lahko opravljajo kazensko sojenje samo v primeru napada, kot tudi v primeru, ko se pripadniki oboroženih sil pošljejo v tujino ali ko so vkrcani na ladje. Zvezni zakon bo prinesel druge določbe." (poudarek dodan))

- 534 Gozde-Gučetić, SAVREMENI VOJNO PRAVOSUDNI, VOJNO KRIVIČNI I VOJNO DISCIPLINSKI SISTEMI, Beograd 1964, str. 24: "U vreme mira (od 1955 godine) vojnim licima sude civilni krivični sudovi kako za krivična dela predvidena opštim krivičnim zakonom tako i za krivična dela predvidena vojnim krivičnim zakonom."

(Prevod: "V mirnem času (od 1955. leta) sodijo vojaškim osebami civilna kazenska sodišča, tako za kazniva dejanja, določena v splošnem kazenskem zakonu, kot tudi za kazniva dejanja, določena v vojaškem kazenskem zakonu.")

- 535 Gozde-Gučetić, *op. cit.*, str. 18: "U vreme rata nadležnost vojnih sudova određena je zakonom. U vreme mira oni su nadležni za suđenje vojno krivičnih dela izvršenih od pripadnika oružanih snaga."
- 536 Gozde-Gučetić, *op. cit.*, str. 33;

David A. Schluetter, *Court-Martial Jurisdiction: Expansion of The Least Possible Power-The Journal of Criminal Law and Criminology* 1982, str. 75: "Congress, in the Uniform Code of Military Justice, has provided for jurisdiction over service academy students, reservists, retirees, and persons accompanying the armed forces... the courts generally have limited court-martial jurisdiction to those individuals who actually possess some form of military status... there is no power to try civilians in peacetime." (Poudarek dodan.) (Prevod: "Kongres je v Uniform Code of Military Justice predvidel pristojnost /vojaških sodišč/ nad študenti vojnih akademij, rezervisti, /vojaškimi/ upokojenci, in osebami, ki spremljajo oborožene sile... Vojaška sodišča imajo na sploh omejeno pristojnost, in sicer na tiste osebe, ki so v posesti takega vojaškega statusa, v mirnem času pa ni nikakršne pristojnosti nad civilnimi osebami.")

- 537 Buturović-Pavlica, *op. cit.*, str. 69

- 538 Buturović-Pavlica, *op. cit.*, str. 76: "Zakonik se, pak, primenjuje na ...

- građanska lica koja zapošljavaju vojne jedinice redovno ili za naročite potrebe;

- građanska lica koja učine krivična dela protiv važnih tajni nacionalne odbrane, zatim i ona koja čine sabotaže, nanose štetu odbrani zemlje ili povrede propise i izdata naređenja koja se odnose na pripremanje ili izvršenje mobilizacije". (Poudarek dodan.)

(Prevod: "Zakon se torej uporablja za: ...

- civilne osebe, ki jih zaposljujejo vojaške enote, bodisi redno, bodisi za posebne potrebe;

- civilne osebe, ki storijo kazniva dejanja proti pomembnim tajnam državne obrambe, potem tista, ki izvršujejo sabotaže, povzročajo škodo obrambi države ali kršijo predpise in izdana povelja, ki se nanašajo na pripravljanje ali izvršitev mobilizacije." (Poudarek dodan.)



sodišč nad civilnimi osebami. Člen 9 Zakona o vojaških sodiščih določa stvarno pristojnost vojaških sodišč tudi v primeru kaznivih dejanj *vohunstva*, ne glede na to, kdo je storilec, kar pomeni, da na ta način omogoča sojenje civilnim osebam s strani vojaških sodišč.<sup>539</sup> Člena 10 in 12 istega zakona prav tako omogočata sojenje civilnim osebam.<sup>540</sup>

## 9.2.2. Vprašanje neodvisnosti vojaških sodišč

Vsa ta problematika se neposredno povezuje s širšim vprašanjem neodvisnosti sodišč. Zato je sklicevanje na primerjalno literaturo tu zasnova za analizo člena 221, drugi odstavek, Ustave SFRJ in z njim povezane problematike neodvisnosti sodišč.

Nujen osnovni pogoj za neodvisno delovanje sodišč je njihova relativna samostojnost nasproti zakonodajni in izvršilni veji oblasti. Relativna, ne pa popolna samostojnost - obstaja predvsem zaradi določenih nujnih medsebojnih vplivov, ki se med drugim kažejo v načelu volilnosti sodnikov s strani zakonodajnega organa (parlamenta,

539 Gozde-Gučetić, *op. cit.*, str. 30: Prema zakonu o vojnim sudovima iz 1958 (član 9) vojni sudovi su nadležni da sude:

- krivična dela koja izvrše vojna lica kao i vojni obaveznici za vreme dok se nalaze na vojnoj vežbi;

- krivična dela koja izvrše oficiri, podoficiri i ročni sastav organa državne bezbednosti;

- krivična dela izvršena od strane starešinskog sastava popravno-radnih ustanova za izvršenje kazni, kao i krivična dela izvršena od strane podoficira i ročnog sastava oružanog obezbeđenja ministarstva unutrašnjih poslova koji se popunjavaju po pozivu;

- krivična dela špijunaže."

(Prevod: "Po zakonu o vojaških sodiščih iz 1958. leta /člen 9/, so vojaška sodišča pristojna za sojenje:

- kaznivih dejanj, ki jih storijo vojaške osebe in vojaški obvezniki v času, ko so na vojaških vajah;

- kaznivih dejanj, ki jih izvršijo oficirji, podoficirji in nestalna sestava organov državne varnosti;

- kaznivih dejanj, storjenih s strani starešinskega sestava popravno-delovnih ustanov za izvrševanje kazni, kot tudi za kazniva dejanja, storjena s strani podoficirjev in nestalne sestave oboroženega zavarovanja ministristva za notranje zadeve, ki se pokličejo po pozivu;

- kazniva dejanja vohunstva").

Buturović-Pavlica, *op. cit.*, str. 79.

540 Gozde-Gučetić, *op. cit.*, str. 30, 31: "Ako usled izuzetnih okolnosti koje vladaju na određenoj teritoriji ne mogu funkcionisati redovni sudovi, vojni sudovi preuzimaju svu njihovu krivičnu i građansku nadležnost (član 10)."

(Prevod: "Če zaradi izrednih okoliščin, ki vladajo na določenem področju, redna sodišča ne morejo delati, prevzamejo vso njihovo kazensko in civilno pristojnost vojaška sodišča.")

To je sporna določba, ki pomeni tako rekoč suspenz civilnega sodstva s strani vojaških sodišč ob nejasno opredeljenih izrednih (izjemnih) okoliščinah, ki niti niso določene kot vojno stanje (kajti v tem primeru bi bil suspenz še nekako opravičljiv). V 12. členu je urejeno vprašanje koneksitete (zveznosti), ki določa pristojnost vojaškega sodišča; če je ena ali več oseb obtoženih za več kaznivih dejanj, je vojaško sodišče pristojno, če ima pristojnost vsaj za eno od oseb ali eno kaznivo dejanje.

skupščine). Vendar vsi ti vplivi, kolikor so nujni, v bistvu ne načenjajo same samostojnosti sodišč, ampak predstavljajo pravni in politični mehanizem za usklajeno in koordinirano delovanje vseh treh vej (funkcij) oblasti.<sup>541</sup>

Čeprav sta teorija delitve oblasti oziroma funkcij in njeno udejanjanje v praksi doživela in doživljata različne kritike,<sup>542</sup> pa nedvomno pomenita uveljavitev nekaterih temeljnih splošnih pravnih in političnih načel, uporabljivih v različnih družbenih ureditvah. To se lepo kaže tudi v našem skupščinskem sistemu, ki naj bi pomenil korak naprej od klasične delitve oblasti, kljub temu pa se ni mogel izogniti vprašanju neodvisnosti sodišč in vprašanju njihove praktične realizacije.<sup>543</sup> Horizontalna integracija v smislu načela enotnosti oblasti oziroma skupščinske vladavine je lahko bolj ali manj popolna le glede izvršilnih organov, medtem ko bi popolna integracija sodišč v sistem enotne oblasti hkrati pomenila odvzem njihove relativne samostojnosti in s tem porušila osnovno predpostavko za njihovo neodvisno in samostojno delovanje. Zato eden od avtorjev govori, da so "v določeni meri tudi sodišča"<sup>544</sup> integrirana v enotno oblast, izvršni svet in upravni organi pa ne samo v določeni meri, ampak bolj ali manj popolno.

Drugače povedano, ne glede na obliko politične organizacije družbe (parlamentarni, skupščinski, predsedniški sistem), sodišča ohranjajo svojo neodvisnost tako nasproti izvršilni, kakor tudi nasproti zakonodajni veji oblasti.

Kaj bi pravzaprav pomenilo negiranje njihove samostojnosti? Sodišča bi se enostavno spremenila v administrativne urade, ki bi na vsakokratnem namig zakonodajne ali izvršilne oblasti izvrševala njihova povelja in bila tako odvisna od vsakokratne razporeditve moči v političnem vodstvu države. Ljudstvo, v imenu katerega bi sodila, ne bi bil nihče drug kot prevladujoča stranka na oblasti oziroma njeni voditelji, v brezstrankarskih sistemih pa najmočnejše frakcije v okviru monolitnih partij, strank in zvez. Ali drugače povedano, postala bi urad za zaščito interesov političnega vrha. Odpadla bi njihova temeljna epistemološka podstat; nepristranost in ambivalentnost.<sup>545</sup>

Čeprav je tako imenovana liberalna politična doktrina že

541 V anglosaški ustavnopravni teoriji: *checks and balances between the branches of government*.

542 Dordević, *USTAVNO PRAVO*, Beograd, 1975, str. 297-299.

543 Strobl-Kristan-Ribičič, *op. cit.*, str. 201.

"Vsi drugi organi družbenopolitične skupnosti (izvršni svet, upravni organi in v določeni meri tudi sodišča) so od skupščine postavljeni in skupščini odgovorni."

544 Strobl-Kristan-Ribičič, *ibidem*, str. 201.

545 B.M. Zupančič, *Nekatera vprašanja porote v kazenskem postopku ZDA*, *Pravnik*, 8-10/1984, str. 350-354.



zelo zgodaj podala temeljne nastavke za teorijo deljene oblasti (npr. Locke) in imajo ti še dandanes svojo teoretično in praktično vrednost, pa vprašanje delitve oblasti samo še naprej ostaja predmet številnih sporov in nesoglasij.

Montesquieu in francosko razsvetljenstvo sta še posebej pomembna pri oblikovanju teorije delitve oblasti. Tako je Montesquieu že 1748. leta v svojem delu "L'esprit des lois" poudarjal, da je vsaka združitev oblasti v enem organu tiranija in zato svoboda zahteva delitev treh temeljnih vej oblasti: zakonodajne, sodne in izvršilne. Kar pa nas še posebej zanima je dejstvo, da se je Montesquieu hkrati zavzemal za tak položaj sodstva, v katerem so sodniki le "usta skozi katera govori zakon".

Tako kot so zahteve po delitvi oblasti bile upravičene in spoznavno utemeljene, pa je bila zahteva po takšnem sodniku, ki bo zgolj transmisija med zakonodajalcem in "zakonodajalcem" (tistim, ki je v določenem pravnem razmerju, katerega razrešitev zahteva uporabo splošne pravne norme) zelo problematična in v mnogočem odločujoča za nadaljnji razvoj evropsko-kontinentalnega prava (ne smemo pozabiti, da je bil Montesquieu predsednik Vrhovnega sodišča v državi, ki je bila v marsičem vzor za druge evropske države).

Problem je namreč v tem, da omenjeno gledanje postavlja sodišče v položaj uporabnika prava, ne priznava pa mu funkcije ustvarjanja prava. Njegovo delo je zreducirano na tako imenovano subsumpcijo dejstev pod vnaprej dano pravno normo (zgornjo premiso).

Dokaj jasno je, da je takšno gledanje takrat imelo podlago v zmagovitem pohodu razsvetljskega racionalizma, ki je v prvi plan postavil univerzalne, razumske kategorije. Ena od teh je bila prav gotovo koncepcija popolnosti, danosti abstraktne pravne norme, ki naj bi jo sodnik v vsakem konkretnem primeru uporabil tako, kot je (dano, nespremenjeno).

Ker pa nas obravnavana tematika zanima v kontekstu problematike delitve oblasti, velja opozoriti, da tudi ideja o enotni oblasti črpa svoje postavke iz zgoraj omenjene ideje oz. njenih teoretičnih in praktičnih konsekvenc. Kajti integracija vseh vej oblasti v enoten ljudski (skupščinski) organ zavedno ali nezavedno izhaja iz predpostavke nekreativnosti sodišč (v zgoraj nakazanem smislu).

Kajti le ob taki podlagi je mogoče zahtevati, če ne popolno, pa vsaj delno integracijo sodišč z drugimi vejami oblasti.<sup>546</sup>

546 Ude: CIVILNI PRAVDNI POSTOPEK IN SAMOUPRAVNI SODNI POSTOPEK, DDU Univerzum-Ljubljana, 1980, str. 25-27: "Te temeljne ustavne določbe torej

Nasprotno pa nas sama epistemološka podstat delovanja sodišč (njeno vedenje oz. zavedanje) sama po sebi sili k ravno nasprotnemu sklepu. Le povsem samostojna sodišča lahko delujejo *neodvisno* in *kreativno* hkrati. Brž ko vključimo ustvarjalni moment v delo sodišč, se nam še tako dobro zgrajena konstrukcija o enotni oblasti podre. *Sodišče ne more kreirati prava, če v tem delu ni samostojno, celo več, da lahko to počne, mora samo imeti določen vpliv in kontrolo nad drugima vejama oblasti (checks and balances).*

Izhajajoč iz povedanega velja poudariti, da o integraciji lahko govorimo kvečjemu v razmerju zakonodajna – izvršilna oblast (kar predstavlja poseben problem, ki ga tu ne bomo obravnavali), na relaciji sodna – drugi dve veji pa takšna ideja vzdrži le kot politična floskula, ki na samo meritorno odločanje sodišč nima nobenega vpliva. Še enkrat ponavljam: *le povsem samostojno sodišče ima lahko politično in strokovno hrabrost, da kreira pravo* (poustvarja zgornje premise v vsakem konkretnem primeru), kakršnekoli omejitve pa mu jemljejo kreativno funkcijo na račun golega avtomatskega subsumiranja. O *hrabrosti* govorim zato, ker ima neodvisnost sodišč poleg *epistemološke vrednosti hkrati politično*, ki neposredno iz prve izhaja in jo dopolnjuje.<sup>547</sup>

Tako lahko tudi razlagamo 230. člen Ustave SFRJ: "Sodnike in občane, ki sodelujejo pri sojenju v rednem sodišču, voli in razrešuje skupščina ustrezne družbenopolitične skupnosti"; in z njim v zvezi 222. člen Ustave SFRJ, ki govori o predlogih sodišč za preprečevanje družbi nevarnih dejanj ipd. ter o pravici in dolžnosti obveščanja skupščine o uporabi zakona in o svojem delu (sodišč namreč). Tu gre za dva aspekta: *na eni strani* je vzpostavljena povezava med skupščino in sodiščem, ki se kaže v načelu volilnosti so-

poudarjajo, da je *sodna funkcija le del enotne oblasti* delavskega razreda in da torej naš sistem ne pozna klasične delitve oblasti ... V našem sistemu pa tudi *ni sprejeta koncepcija o nesamostojni sodni funkciji*, ki naj bi bila samo ena izmed oblik izvršilne funkcije". Sodišča so torej "nekje vmes"; niso niti povsem neodvisna niti odvisna. Menimo, da teorija ne daje dovolj prepričljive argumentacije o "specifičnem" položaju sodišč v naši državi.

547 Von Savigny je dejal precej stvari o kodifikaciji prava, ki jih zgodovina potrjuje. Glej njegov VOM BERUF UNSERER ZEIT FÜR GESETZGEBUNG UND RECHT-WISSENSCHAFT, prevod iz nemščine Abraham Hayward pod naslovom OF THE VOCATION OF OUR AGE FOR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE, Arno Press, New York, 1975, str. 38, 39: "The code, then, as it is intended to be the *only law-authority*, is actually to contain, by anticipation, a decision for every case that may arise... But whoever has considered law-cases attentively, will see at a glance that this undertaking *must fail*, because there are positively *no limits to the varieties of actual combinations of circumstances*... The administration of justice is ostensibly regulated by the code, but really by *something else, external to the code*, acting as the true dominant authority." (Prevod: "Zakonik, katerega namen je, da bi bil edini pravni vir, da bi vseboval rešitev za vsak primer, ki bi se pojavil... Kdorkoli pa je pozorno preučeval pravne primere, bo kmalu opazil, da zakonik pri reševanju vseh bodočih primerov ne more uspeti, ker v resnici vseh možnih kombinacij različnih okoliščin ni mogoče zajeti vnaprej... Sojenje je sicer navidezno vnaprej urejeno z zakonikom, v resnici pa z nečim drugim, kar je zunaj zakonika in kar je v resnici glavni pravni vir.")



dnikov s strani skupščine. Vendar ta povezava *ne pomeni posega v samo samostojnost sodišč*. Gre za bolj posreden vpliv, ki pa z aktom izvolitve preneha (znova se vzpostavi le ob razrešitvi). Kadrovska izbira nedvomno vpliva na delo sodišč in le tu lahko iščemo "delno integracijo" sodišč v skupščinskem sistemu. Kot vidimo tu ne gre za direkten poseg v samo delo sodišč. Ne smemo pozabiti, da ima isto dejanje (izvolitev sodnika) še drug pomen. Zato *po drugi strani pomeni osemletni mandat in zaupanje skupščine, ki ga uživa sodnik z izvolitvijo, pomemben porok za neodvisno delovanje sodišč*.<sup>548</sup>

Temu pa lahko dodamo še *tretjo značilnost*: s samim aktom izvolitve torej preneha (posreden) vpliv skupščine na sestavo, ostane pa le neke vrste politično-kriminološko sodelovanje, kot ga določa prvi odstavek 222. člena Ustave SFRJ: "Redna sodišča spremljajo in preučujejo družbene odnose in pojave, ki so pomembni za uresničevanje njihovih funkcij, in dajejo skupščinam ustreznih družbenopolitičnih skupnosti....predloge za preprečevanje nevarnih in škodljivih pojavov in za utrjevanje zakonitosti, družbene odgovornosti in socialistične morale."

Vse povedano potrjuje večkrat omenjeno trditev, da tudi v skupščinskem sistemu lahko delujejo kot sodišča v pravem pomenu besede, le *neodvisna sodišča*, takšno ali drugačno integracijo pa lahko razumemo le v politično-kriminološkem smislu (222. člen Ustave SFRJ) in pa v smislu načela volilnosti, ki pa, kot smo ugotovili, ne pomeni kmitve neodvisnosti, ampak ravno nasprotno, njeno utrditev (v smislu zgornjih razpravljanj).

Vrnimo se na začetno problematiko (drugi odstavek 221. člena Ustave SFRJ), zaradi katere smo sploh razpravljali o teoriji delitve oblasti, o neodvisnosti sodišč, o volilnosti sodnikov. Najprej moramo poudariti, da Ustava neposredno določa: "Sodišča so pri izvrševanju sodne funkcije *neodvisna* in sodijo po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih."<sup>549</sup>

Problem vidimo v sledečem: ker so sodišča po Ustavi neodvisna in ker *menimo, da je institut volilnosti eden od najpomembnejših garantov za neodvisno delovanje sodišč*

548 Strobl-Kristan-Ribičič, *op. cit.*, str. 315-316:

"V zvezi z imenovanjem in razreševanjem sodnikov rednih sodišč določa Ustava, da se sodniki rednih sodišč volijo in razrešujejo na način, pod pogoji in po postopku, ki zagotavljajo:

- strokovno sposobnost;
- moralno-politično primernost za opravljanje sodniške funkcije;
- neodvisnost sodnikov pri sojenju."

549 Ustava SFRJ, 219. člen.

(nasprotno od instituta postavitve, še posebej, če pri slednjem zasledimo močne prerogative izvršilne oblasti), potem postane sporen sam 221. člen, drugi odstavek, Ustave SFRJ, v zvezi s šesto točko 315. člena Ustave SFRJ. Slednji pravi: "Predsedstvo SFRJ v mejah svojih pravic in dolžnosti... (6) postavlja, povišuje in razrešuje generale in admirale ter druge vojaške starešine, ki jih določi zvezni zakon; postavlja in razrešuje predsednike, sodnike in sodnike porotnike vojaških sodišč in vojaške tožilce".

Zato se pojavi vprašanje, ali lahko 6. točka 315. člena Ustave SFRJ predstavlja *lex specialis* nasproti členu 230 Ustave oziroma ali lahko derogira tako pomembno določbo, kot je vsebovana v členu 230.

Ker člen 217 Ustave pravi, da opravljajo sodno funkcijo redna in samoupravna sodišča, mora veljati, da vojaška sodišča spadajo med redna sodišča (med samoupravna zagotovo ne).<sup>550</sup> Člen 230 pravi, da skupščina voli in razrešuje sodnike in občane, ki sodelujejo pri sojenju pri rednem sodišču.<sup>551</sup> Isti člen tudi ne predvideva nobene izjeme od tega pravila. Ali je potem upravičeno, da vojaška sodišča kot redna sodišča (sicer specializirana, a še vedno redna) odstopajo od enega temeljnih načel in pravil neodvisnosti sodstva? Ali lahko 6. točka 315. člena Ustave SFRJ predstavlja izjemo od 230. člena Ustave, ko pa je ravno glede vojaških sodišč ves čas (vsaj deklarativno) prisotna težnja po vključitvi teh v enoten pravosodni sistem, za katerega veljajo bolj ali manj enaka pravila?<sup>552</sup>

Zelo nedosledno in neprepričljivo je argumentiranje, ki opravičuje ta odstopanja: "Razlogi za to so razumljivi in opravičljivi, izhajajo pa iz ustanovitve, razvoja in organizacijske ureditve vojaških sodišč... Organizacijsko so vojaška sodišča vedno bila vključena v oborožene sile, in so z njimi neločljivo povezana."<sup>553</sup> Res je, da so zgodovinsko vezana na

550 Ustava SFRJ, 217. člen.

551 Ustava SFRJ, 230. člen, 1. odstavek.

552 Buturović-Pavlica, *op. cit.*, str. 16: "Vojni sodovi u socialističkim zemljama, iako imaju posebnu organizaciju, funkcionišu kao sastavni dio pravosudnog sistema dotične zemlje i primenjuju opšte propise materialnog i procesnog krivičnog prava."

(Prevod: "Vojaška sodišča v socialističnih državah, kljub posebni organizaciji, funkcionirajo kot sestavni del pravosodnega sistema določene države in uporabljajo splošna pravila materialnega in procesnega prava.")

Buturović-Pavlica, *ibidem*, str. 16: "U našoj zemlji vojni sudovi su redovni sudovi ali specijalizovani za odlučivanje u određenim stvarima."

(Prevod: "V naši državi so vojaška sodišča redna sodišča, ki pa so specializirana za odločanje v določenih stvareh.")

553 "Razlozi za te su razumljivi i opravdani, a proizlaze iz nastanka, razvoja i organizacijskog uređenja vojnih sudova... Organizacijski su vojni sudovi uvek bili inkorporisani u oružane snage, te su za njih nerazdvojeno vezani." Ferlinc, *ULOGA KRIVIČNO-PROCESNIH SUBJEKATA I NJIHOVE SPECIFIČNOSTI U POSTUPKU PRED VOJNIM SUDOVIMA*, magistrski rad, Ljubljana, 1988.



oborožene sile, kar pa ne sme biti razlog proti vključitvi v enoten pravosodni sistem, ampak ravno obratno: dodatna spodbuda za to, da se vključijo v enoten pravosodni sistem in izenačijo z drugimi sodišči tudi glede volilnosti sodnikov.<sup>554</sup> S tem ne trdimo, da vojaška sodišča sploh niso vključena v enoten sistem (tu je bilo že marsikaj storjeno: uporaba Zakona o kazenskem postopku, Kazenskega zakona pri vojaških sodiščih...), pač pa se sprašujemo, ali ni tudi 230. člen Ustave in z njim zagotovljeno načelo volilnosti in neodvisnosti sodstva tako pomemben, da bi tudi tu moralo priti do enotne ureditve za vsa redna (torej tudi vojaška) sodišča.

Teorija se sprašuje o tem problemu: "Smiselne so pripombe, da bi se tudi sodnike vojaških sodišč moralo voliti... Če imamo to pred očmi, potem ni razloga, zakaj ne bi storili tudi tega nadaljnjega koraka, s katerim bi se še bolj izrazila neodvisnost in samostojnost vojaških sodišč."<sup>555</sup> Prav tako ne smemo pozabiti, da je že 1945. leta Narodna skupščina FLRJ volila predsednika, namestnika predsednika in sodnike Vrhovnega sodišča JA.<sup>556</sup> Današnji člen 30 Zakona o

554 O zgodovinskem razvoju vojaških sodišč: Gozze-Gučetić, *op. cit.*, str. 3-10. Avtor prikazuje razvoj teh sodišč, ki so bila v začetku statusno opredeljena (zaradi specifičnega statusa vojaških oseb) in so tako predstavljala določeno vrsto *stanovskih sodišč*. Kasneje, in v novejšem času vse izraziteje, pa je značilna deliktna opredeljenost (po vrsti kaznivga dejanja). Tako avtor: "Ipak osnovni razlog za postojanje vojnih sudova danas, shvaćenih kao specializiranih sudova, je karakter i vrsta krivičnih dela koja vojni sudovi po pravilu sude." (Prevod: "Pa vendar je danes osnovni razlog za obstoj vojaških sodišč, kot specializiranih sodišč, značilnost in vrsta kaznivih dejanj, o katerih sodijo.")

Tu se z avtorjem ne strinjamo, kajti isti problem se pojavlja pri pristojnosti in tu še dandanes ni jasno ali je bolj utemeljena "legitimatío ad rem" ali "ad personam". Tudi večina teoretičnih razlag, ki se zavzemajo za prvo ali drugo varianto, ne daje ustreznih odgovorov.

Mislimo, da se oba elementa prepletata in kot celota kažeta na temeljno značilnost vojske in vojaških sodišč.

*Military Justice, Parker v. Levy* 417.U.S. 733 (1974), The Journal of Criminal Law and Criminology 1975, str. 506: "The majority found that the Supreme Court had historically recognized that the military is, by necessity, a specialized society, separate from its civilian counterpart, whose primary business is to fight, or be ready to fight, wars." (Prevod: "Večinsko mnenje sodišča je bilo tudi v zgodovini, da je armada posebna združba, ločena od svojega civilnega dela, in da je njena glavna naloga bojevati se v vojnah.") (Poudarek dodan.)

555 "Umesne su primedbe, da bi i sudije vojnih sudova trebalo birati...Imajući to u vidu ne postoji razlog zašto se ne bi učinio i taj daljnji korak čime bi nezavisnost i samostalnost vojnih sudova još više došla do izražaja." Ferlinc, *op. cit.*, str. 41.

A. Romac, *Vojno sudstvo i reforma našeg pravosudnog sistema*, Naša zakonitost, št. 3/1970, str. 178: "To tim više, što imenovanja i postavljenja postaju kod nas i inače su više izuzetak, pa bi bilo teško shvatiti da taj izuzetak ostane i u sudstvu. Prema tome, i suče vojnih sudova trebalo bi birati."

(Prevod: "To tem bolj, ker imenovanje in postavitve postajajo pri nas in nasploh vse bolj izjema, in bi bilo težko razumeti, da ta izjema ostane tudi v sodstvu. Zato bi tudi sodniki vojaških sodišč morali biti voljeni.")

Podobno tudi v Malobabić-Lukić, *Reforma pravosuda i zakon o vojnim sudovima*, JKK, št. 4, 1970, str. 623-630.

556 Ferlinc, *op. cit.*, str. 24.

Tako je 26. člen Zakona o potrditvi, spremembah in dopolnitvah Zakona o ureditvi in

vojaških sodiščih<sup>557</sup> pa odstopa od volilnosti sodnikov, tako da vse sodnike (tudi Vrhovnega sodišča) postavlja in razrešuje predsedstvo SFRJ (oziroma vrhovni komandant oboroženih sil).

Načeta problematika se neposredno navezuje na vprašanje delitve oblasti oziroma samostojnosti sodišč, kajti 6. točka 315. člena Ustave SFRJ predstavlja posebno vrsto mešanja izvršilne oblasti s sodno, kar slednji jemlje njeno neodvisnost in samostojnost. Čeprav predsedstvo *de iure* ni izvršilni organ, pa ima številne pristojnosti glede izvršilne oblasti.<sup>558</sup> Vse to pa pomeni, da mora biti ločeno od same sodne veje oblasti, kajti le tako lahko slednja neodvisno postopa in deluje.

Še bolj neposredna povezava z izvršilnimi organi pa je prisotna v členu 43, 2. odstavek, Zakona o vojaških sodiščih, ki pravi: "Razrešitev sodnikov in sodnikov porotnikov vojaških sodišč predlaga zvezni sekretar za narodno obrambo."<sup>559</sup>

Tu pa pride do neposrednih pooblastil izvršne oblasti (sekretarja za narodno obrambo) nad sodno oblastjo. Če primerjamo 39. člen Zakona o vojaških sodiščih s členom 75 Zakona o rednih sodiščih, vidimo, da se sami razlogi za razrešitev v bistvu ne razlikujejo.<sup>560</sup> Tudi primerjava člena 34, drugi odstavek, ZVS s členom 77, četrti odstavek, ZRS pokaže, da v obeh primerih lahko dajejo predloge za razrešitev tudi izvršilni organi; v zadnjem primeru je to Republiški sekretariat za pravosodje. Pač pa je tu širši krog oseb, ki lahko predlagajo razrešitev.<sup>561</sup>

---

*pristojnosti vojaških sodišč* (Ur.l. FLRJ 58/46) določal:

"Predsednika, njegovega namestnika in sodnike Vrhovnega sodišča Jugoslovanske armade voli in razrešuje Ljudska skupščina FLRJ na skupni seji obeh zbornic. Predsednike, njihove namestnike in sodnike ostalih vojaških sodišč imenuje in razrešuje vrhovni poveljnik jugoslovanske armade."

557 Zakon o vojaških sodiščih, 30. člen, prvi odstavek: "Sodnike in sodnike porotnike vojaških sodišč postavlja vrhovni poveljnik oboroženih sil."

558 Več o tem glej Strobl-Kristan-Ribičič, *op. cit.*, str. 382-383: "V odnosih do zveznega izvršnega sveta ima predsedstvo SFRJ pravico zavzemati stališča do izvajanja politike in do izvrševanja zakonov ter drugih aktov skupščine SFRJ. Poleg tega lahko predsedstvo zahteva od zveznega izvršnega sveta, da ukrepa glede teh vprašanj. (320. člen) ... Predsedstvo ima pravico zadržati izvršitev predpisov zveznega izvršnega sveta, ki so splošnega političnega pomena, preden so objavljeni. Predsedstvo SFRJ lahko v skupščini postavi vprašanje zaupnice ZIS-u."

559 Zakon o vojaških sodiščih, Uradni list SFRJ 4/1977.

560 Zakon o rednih sodiščih, Ur. l. SRS, 10/1977, čl. 75; Zakon o vojaških sodiščih, čl. 39.

Oba zakona določata naslednje razloge: imenovanje na drugo dolžnost, nepogojna obsodba na kazen zapora nad 6 mesecev, hujša kršitev sodniške dolžnosti, nesposobnost za opravljanje službe (glede na rezultate dela), neobstoj pogojev za izvolitev, zdravstvena nesposobnost za delo, moralno-politična neprimernost in razlog, da sodnik sam zahteva razrešitev; Zakon o vojaških sodiščih vsebuje razlog prenehanja aktivne vojaške službe, ki pri rednih sodiščih seveda ne pride v poštev. Tudi 40. člen ZVS in 76. člen Zakona o rednih sodiščih (ZRS) se bistveno ne razlikujeta: v obeh primerih gre za razrešitev zaradi zmanjšanja števila delavcev pri sodišču.

561 Zakon o rednih sodiščih, 77. člen. Predlagatelji so lahko še predsednik sodišča, predsednik višjega sodišča, SZDL.



Bistvena razlika je v tem, da sodnika *rednega sodišča razreši skupščina družbenopolitične skupnosti, ki ga je izvolila* (Zakon o rednih sodiščih čl. 74, 1. odstavek), sodnika vojaškega sodišča pa vrhovni poveljnik oboroženih sil oz. predsedstvo SFRJ (Zakon o vojaških sodiščih, 43. člen, 1. odstavek). In zato moramo čl. 43, 2. odstavek, ZVS razlagati v povezavi s 1. odstavkom istega člena.

Torej tudi pri rednih sodiščih lahko izvršilni organ predlaga razrešitev, bistvena razlika pa je, *komu predlaga razrešitev.*

Zaradi posebnega položaja, ki ga ima predsedstvo SFRJ (ni niti pravi izvršilni organ, niti zakonodajni organ) in načina volitev tega organa (posredne), je skupščina mnogo bolj demokratičen organ v prvotnem smislu te besede. Tudi sam postopek delovanja obeh organov se razlikuje, pri čemer ima skupščina veliko več dolžnosti in omejitev (materialnih in proceduralnih), ki služijo utrditvi demokratičnega odločanja in vodenja. Predsedstvo pa vsega tega (oz. vsaj v takem drugem obsegu) nima.

*Zato ne more biti vseeno, komu je predložen predlog za razrešitev.*

Vse povedano pomeni, da lahko prek predlogov zveznega sekretarja za narodno obrambo preidejo odnosi subordinacije, ki veljajo v vojaški službi sploh, tudi na področje vojaških sodišč.

To pa je v nasprotju z 219. členom Ustave SFRJ: "Sodišča so pri izvrševanju sodne oblasti neodvisna; sodijo po ustavi, zakonu in samoupravnih splošnih aktih."

Če ni zagotovljena neodvisnost sodišč, je taka določba (ZVS 43. člen, 2. odstavek) lahko sredstvo za zlorabo odnosov podrejenosti v vojaški organizaciji in omogoča odstranitev sodnika iz *političnih, ne pa pravnih razlogov.*

*Če povzamemo in povežemo vprašanje 230. člena in 6. točka 315. člena Ustave SFRJ z 2. odstavkom 221. člena Ustave SFRJ, pridemo do sklepa, da zaradi neskladnosti Ustave, ki jo povzroča neuskkljenost 230. člena (volilnost sodnikov) in 6. odstavka 315. člena Ustave SFRJ (nastavitev sodnikov) postane vprašljiva tudi sama ustavnost oziroma neustavnost 2. odstavka 221. člena Ustave SFRJ.*

Naj to razložimo: kršitev načela volilnosti, in s tem po našem mnenju tudi neodvisnosti sodstva (6. točka 315. člena) in določba drugega odstavka 221. člena, ki omogoča pristojnost vojaških sodišč nad civilnimi osebami, *pripeljeta do kršitve ene temeljnih pravic občanov, to je, pravice do*

enakopravnosti oziroma enakosti, zajete v 2. odstavku 154. člena Ustave in 1. odstavku 180. člena Ustave SFRJ. Člen 154 pravi: "Vsi so pred zakonom enaki"<sup>562</sup>, 1. odstavek 180. člena pa: "Vsakdo ima pravico do *enakega varstva* svojih pravic v postopku pred sodiščem ter državnimi in drugimi organi in organizacijami, ki odločajo o njegovih pravicah, obveznostih in interesih."<sup>563</sup>

Obravnavanje pred sodišči, za katera ni zagotovljena njihova neodvisnost, pa dejansko pomeni, da so občani neenaki pred zakonom, saj v enem primeru odloča neodvisno sodišče, v drugem pa ne.<sup>564</sup> Neodvisnost sodišč splošne pristojnosti utemeljuje institut volilnosti kot nasprotje instituta postavitve iz že navedenih razlogov. To potemtakem pomeni, da je 2. odstavek 221. člena Ustave SFRJ v nasprotju s 1. odstavkom 180. člena ustave, ki zagotavlja enakost pred zakonom. Ker obe določbi ne moreta biti v isti ustavi, to lahko samo pomeni, da ena od njiju, to je tista, ki je nižja po rangu, ne sodi v ustavo. Ker je jasno, da je enakost pred zakonom temeljna postavka vsake moderne ustave, je po našem mnenju določba o pristojnosti vojaških sodišč neustavna oziroma tista, ki se mora spremeniti ali izločiti iz ustave.

Pravni in zgodovinski pomen načela enakosti pred zakonom oz. enakega varstva pravic ni povsem jasno opredeljen v ustavnopravni teoriji.<sup>565</sup> Tako razmišljanje je izraz pravnega

562 Ustava SFRJ, čl. 154, 2. odstavek, čl. 180, 1. odstavek.

David A. Schluetter *op. cit.*, str. 74, 75.

"On the one hand the proponents of restriction argue that unchecked expansion of court-martial jurisdiction potentially robs service members of constitutional protections such as indictment by grand jury and trial by jury. The question remains whether further exceptions to traditional vagueness and overbreadth standards can be carved out because of the existence of a special situation." *Parker v. Levy*, str. 513 (Prevod: "Tisti, ki zagovarjajo ožene pristojnosti vojaških sodišč, po eni strani poudarjajo, da širjenje te pristojnosti pomeni, da celo aktivne vojaške osebe ostajajo brez določenih ustavnopravnih garancij, kakor npr. obtožba po veliki poroti in porotno sojenje. Toda vprašanje ostaja, ali je mogoče najti še druge izjeme od tradicionalnih standardov tega, kaj je nedoločno in preširoko opredeljeno zaradi obstoja neke specifične situacije." (Tu avtor misli na specifičen položaj obsojenca pred vojaškim sodiščem.) (Poudarek dodan.)

563 Ustava SFRJ, 180. člen, 1. odstavek. O povezavi teh dveh določb glej Strobl-Kristan-Ribičič, *op. cit.*, str. 139.

564 Schluetter, *op. cit.*, str. 75: "Related issue here is the concern that too narrow court martial jurisdiction will create jurisdictional gaps." (Prevod: "S tem je povezan tudi problem, da bi preozko opredeljevanje pristojnosti vojaških sodišč povzročalo lacunae v pristojnosti.") Str. 95, op. 127: "However in dissent, Justice Brennan noted that it is virtually hornbook law that courts martial as an institution are singularly inept in dealing with the nice subtleties of constitutional law". (Prevod: "V svojem ločenem mnenju je sodnik vrhovnega sodišča ZDA Brennan poudaril, da so vojaška sodišča notorno nesposobna paziti na nianse ustavnega prava.") Pri tem velja poudariti, da je Brennan eden najboljši spoštovanih sodnikov Vrhovnega sodišča ZDA v novejši zgodovini.

565 Dordević, *op. cit.*, str. 376-378: "Taj princip ima više značenja. Najpre predstavlja osnovnu postavku pravne jednakosti odnosno pravne emancipacije društva. To je klasično načelo o jednakoj zaštiti zakona. Taj princip sadrže skoro svi ustavi, bez obzira kakvo značenje mu daju i kako se ta jednakost pred zakonom dešifruje u stvarnim



sistema, ki se na vse mogoče načine otepa priznanja, da sodišča ustvarjajo oz. poustvarjajo pravo in zato niso zgolj "potrošnik večnih in za vse večne čase nespremenjenih zakonov". Dokler se tu stvari ne razčistijo, do takrat tudi načelo enakega varstva pravic ne bo imelo takega mesta v ustavi, kot si ga zasluži. To mesto pa je v samem vrhu ustavnih načel. Đorđević se recimo zaveda, da gre za temeljno postavko, da je to načelo izraženo v večini ustav, povezuje ga s svobodo človeka, vendar ne opredeli bistvene značilnosti tega načela.<sup>566</sup>

Ta pa leži v samem bistvu prava in sojenja, ki je v preprečevanju uporabe fizične sile in arbitrarne samovolje nad ljudmi s strani države (sodišč). Neenako varstvo pravic namreč sploh ne potrebuje tretjega razsodnika, ampak to lahko posamezniki uresničijo sami med seboj ustrezno njihovi moči oz. nemoči (fizični, ekonomski, psihološki...) Tu je funkcija stopnje varovanosti pravic premosorazmerna z močjo, ki jo posameznik poseduje.

Da pa do tega ne pride (splošnega fizičnega in drugačnega obračunavanja med posamezniki), se pojavi tretja stranka (sodišče). Vse to pa je potrebno zaradi organiziranosti in nujnih vnaprejšnjih pravil igre, brez katerih si sploh ne moremo zamisliti sodobne organizirane družbe.

Sodišče (pravo) se torej pojavi kot tisti dejavnik, ki skrbi za

---

društveno ekonomskim in pravnim odnosima... Jednakost ljudi pred zakonom je potvrda načela o svobodi človeka od svake diskriminacije."

(Prevod: "Ta princip ima več pomenov. Naprej predstavlja osnovni temelj pravne enakosti oz. pravne emancipacije družbe. To je klasično načelo o enaki zaščiti zakona. Ta princip (načelo) vsebujejo skoraj vse ustave, ne glede na to, kakšen pomen mu dajejo in kako se ta enakost pred zakonom odraža v realnih družbenoekonomskih in pravnih odnosih... Enakost ljudi pred zakonom je potrditev načela o svobodi človeka pred vsako diskriminacijo.")

566 Đorđević, *op. cit.*, str. 377: "To načelo posebno vezuje zakonodavca.... Prema Ustavu jednaka zaštita zakona traži zaštitu jednakih zakona".

(Prevod: "To načelo posebej veže zakonodajalca... Po Ustavi enaka zaščita zakona zahteva zaščito enakih zakonov.")

Đorđević torej vidi enakost varstva pred zakonom (pravice) predvsem v enakih zakonih (pravilih), kar je po našem mnenju le deloma točno. Ne smemo pozabiti na že enkrat navedeno Savignyjevo ugotovitev o nepopolnosti kodeksa, ki skuša biti popoln.

Zakonodajalec ne more in nikoli ne bo zajel vseh življenjskih primerov v vseh kombinacijah, zato so njegove težnje po supremaciji zakona nad prakso čista utopija. Če pa damo prostor kreativni funkciji sodišč, potem ta lahko povezujejo abstraktna pravila z življenjem, jih dopolnjujejo, spreminjajo in povezujejo. S tem zagotavljajo organsko povezanost prava z življenjem, kar mu navsezadnje tudi daje njegovo moč (moč logične kompulzije) in podaljšuje njegovo življenjsko dobo. Norme, ki so popolnoma nasprotno življenju (zaradi nepovezanosti s slednjim), občuti adresat kot nasilne, nepravne, kar vse pelje v normativno dezintegracijo in pravno anomijo. (Glej R.M. Unger, KNOWLEDGE AND POLITICS, The Free Press, N.Y., 1975, str. 63-104, zlasti 72ff.) Če se vrnemo k Đorđeviću, lahko ugotovimo, da spregleda vlogo sodišč pri zagotovitvi načela enakosti pred zakonom (oziroma tega ne nakaže dovolj jasno). *Zakon sam po sebi ne more zagotoviti pravne enakosti, to lahko storijo šele sodišča.* Zato je nesmiselno razmišljati o enakih zakonih, ne da bi pri tem omenili tistega, kar tem zakonom sploh daje smisel, oziroma *dejansko zagotavlja enako varstvo pravic*, namreč enake aplikacije zakonskih določb.

enako varstvo pravic in ravno v tem je njegova temeljna značilnost. Šele zahteva po enakem varstvu pravic terja obstoj sodišč in prava v družbi.

Sedaj pa moramo narediti odločilen premik od razmišljanja v našem in sploh evropskem pravnem prostoru, ki misli, da že perfekten, popoln zakon sam zagotavlja zahtevano enakost. Ne da bi se spuščali v gnoseološko podlago takega razmišljanja, lahko takoj povemo, da je nepopolno in le deloma resnično (o naravi in pomenu takega mišljenja smo opozorili v razpravljanjih o teoriji delitve oblasti).

Nasprotje takemu "porazsvetljenškemu" racionalizmu je gledanje na sodišča, ki v teh ne vidi le "sodbodajalca", ampak predvsem "zakonodajalca" v vsakem posameznem primeru, (kar seveda ne pomeni negacije zakonodajne funkcije parlamenta, ampak le njegovo dopolnitev in izpopolnitev s strani sodišča. Potrebnost tega pa izhaja prav iz narave abstraktne pravne norme, ki še v tako popolni obliki ne more zajeti vseh življenjskih raznoterosti). Abstraktna pravna pravila so dana natančno toliko, kolikor je vnaprej predvidljivo tuzemsko dogajanje.

*Potemtakem je sodišče (njegovo kreativno delo) tisto, ki zagotavlja enakost pred zakonom, nikakor pa ni to dosegljivo s še tako popolnimi pravnimi pravili.*

Iz vsega povedanega izhajajo naslednje konsekvence:

1. temeljna vloga prava je zagotoviti enako varstvo pravic;
2. enako varstvo pravic lahko zagotavljajo sodišča, nikakor pa ne že zakonodajalec s samo postavitvijo pravne norme (v bistvu se zakonodajalec in sodnik dopolnjujeta);
3. sklep: *ustavna norma, ki govori o enakem varstvu pravic, ne samo da je ena temeljnih norm, ampak implicitno izhaja iz samega bistva prava.* In vse druge norme morajo biti usklajene s to normo, oziroma ji ne smejo nasprotovati. Zaradi temeljne vloge, ki jo imajo sodišča pri zagotovitvi pravne enakosti (enakost pred zakonom), morajo biti vsa materialna in postopkovna pravila postavljena tako, da omogočajo uresničevanje njihove vloge (sodišč).

V razvitem pravnem redu, ki bi dojel takšno vlogo in pomen prava, posebna norma o enakosti pred zakonom tako rekoč ne bi bila potrebna, ker bi prežemala vse druge norme; te bi torej implicitno (brez izrecnih poudarkov) nosile "duh" enakosti pred zakonom.

Mislimo, da sedaj ni več dvomov o tem, katera izmed norm (ali čl. 180, prvi odstavek, ali čl. 221, drugi odstavek) je hierarhično višja in katera se mora spremeniti ali izločiti iz ustave.



Ker tudi vojaškim osebam ni zagotovljena pravica do enakega varstva njihovih pravic, se postavlja vsaj še dodatno vprašanje o zožitvi pristojnosti vojaških sodišč nad vojaškimi osebami le na tista kazniva dejanja, ki so v neposredni zvezi z opravljanjem vojaške službe.<sup>567</sup>

Tu še posebej pride do izraza zgoraj opisani pomen sodniškega dela pri načelu enakosti pred zakonom. De iure vojaška sodišča res sodijo po istih (podobnih)<sup>568</sup> predpisih, kot civilna, dejanska uporaba teh predpisov in s tem uresničitev pravic, obveznosti, zahtev, ki jih predpisi vsebujejo, pa je lahko zelo različna. Vse to nam kaže na nujnost zagotoviti procesnemu pravu enakopraven status z materialnim pravom, ne pa ancilarnega položaja.<sup>569</sup> Spet poudarjamo, da sodišča in ne samo zakon lahko zagotovijo pravno enakost. Ali niso vojaške osebe prikrajšane glede enakosti, če jim za kazniva dejanja, ki nimajo zveze z opravljanjem vojaške službe, sodijo vojaška sodišča, katerih neodvisnost je vprašljiva. Ali jim ne bi sojenje pred rednimi sodišči (za kazniva dejanja izven vojaške službe) zagotavljalo enakost s civilnimi osebami.

Iz povedanih razlogov menimo, da je *de lege ferenda* potrebno vojaškim sodiščem odvzeti pristojnost nad civilnimi osebami. Razlog, zaradi katerega ta sodišča sploh obstajajo in tako sodijo tudi civilnim osebam, je: "Pa vendar je osnovni razlog za obstoj vojaških sodišč, razumljenih kot specializiranih sodišč, danes vrsta in značilnost kaznivih dejanj, ki jih po pravilu obravnavajo vojaška sodišča."<sup>570</sup> Če njihov obstoj utemeljujejo s specializacijo na določenem področju družbenega (vojaškega) življenja, ki naj bi omogočala najboljše znanje o deliktih s tega področja, pa to nikakor ne sme pomeniti, da bi omenjena specializiranost kot argument lahko prevladala načelo *enakosti pred zakonom*, oziroma, da bi bila ena temeljnih ustavnih pravic in svoboščin žrtvo vana zgolj zaradi boljšega poznavanja vojaških zadev s strani vojaških sodišč.<sup>571</sup>

567 Več o tem glej Gozze-Gučetić, *Nadležnost vojnih sudova u krivičnim stvarima*, JRKK 3/1969, str. 370-382: "Ona (vojna lica) treba da odgovaraju za krivična dela koja nemaju veze sa vojnom službom, pod istim uslovima i pred istim pravosudnim organima kao i svi ostali građani."

(Prevod: "Tiste (vojaške osebe) bi morale odgovarjati za kazniva dejanja, ki niso v zvezi z vojaško službo, pod istimi pogoji in pred istimi pravosudnimi organi, kot vsi drugi državljanji.")

568 Člen 61, 1. odstavek ZVS: "V kazenskem postopku pred vojaškimi sodišči se uporabljajo določbe zakona o kazenskem postopku, če ni v tem zakonu drugače določeno."

569 B.M. Zupančič, *Nekatera vprašanja porote v kazenskem postopku ZDA*, Pravnik, št. 8-10/1984, str. 343-354.

570 "Ipak, osnovni razlog za postojanje vojnih sudova danas, shvaćenih kao specijalizovanih sudova je karakter i vrsta krivičnih dela koja vojni sudovi po pravilu sude." Gozze-Gučetić, *p. cit.*, str. 8.

571 Poseben problem predstavlja 46. člen ZVS: "Določbe zakona o službi v oboroženih

Ne navsezadnje, ali ne sodijo sodišča splošne pristojnosti tudi v sporih glede patentnih, avtorskih pravic, s področja računalništva in sodobne ekonomike, kjer je potrebno vrhunsko znanje o vseh omenjenih zadevah. Zato pa obstaja institut izvedenca, ki dopolnjuje znanje sodišč o teh zadevah. Mislimo, da v isti smeri lahko razmišljamo tudi o vojaških strokovnjakih, izvedencih na področju vojaškega pomena in vojaške tehnike, ki bi lahko povsem kompetentno dopolnjevali delo splošnih sodišč in pri tem ne bi bilo potrebno nikakršno specializirano sodišče za razsojanje v omenjenih zadevah.<sup>572</sup>

Tako bi bila zagotovljena pravica do enakosti pred zakonom (oziroma sojenje pred neodvisnim sodiščem), pri tem pa sojenje civilnih sodišč ob strokovni usposobljenosti s pomočjo vojaških izvedencev ne bi krnilo pravilnega obravnavanja vojaških zadev, ampak bi celo razbremenjevalo delo vojaških sodišč, ki bi poslej sodila le vojaškim osebam.

Tudi primerjalni pregled nam pokaže nekatere pomembne

silah, s katerimi se urejajo razmerja v službi, pravice, dolžnosti in odgovornosti vojaških oseb, veljajo tudi za predsednike in sodnike vojaških sodišč, če ni v tem zakonu drugače določeno."

Malobabić zelo kritizira to določbo (glej Malobabić: *Prehodna pitanja revizije ZVS*, Pravni život, 6-7/1972, str. 57: "Isto tako i odredba čl. 43 ZVS propisuje, da odredba Zakona o JNA o odnosima u službi, o pravima, o dužnostima i odgovornosti vojnih lica važe i za sudije vojnih sudova. Kako su ovo odnosi koji su od vitalnog značaja za status sudija vojnog suda, to je sa njima dovedena pod upitnik garancija stalnosti sudijskog poziva vojnih sudova i njihove samostalnosti, te je potrebno na ova pitanja skrenuti pažnju, analizirati ih i statusni položaj sudija vojnog suda regulisati prvenstveno u okviru funkcije koju vrši kao sudija, gde je irelevantno što je on istovremeno i vojno lice." (Prevod: "Prav tako tudi določba 43. člena ZVS pravi, da določba Zakona o JLA o odnosih v službi, o pravicah, o dolžnostih in odgovornosti vojaških oseb velja tudi za sodnike vojaških sodišč. Ker so ti odnosi življenjskega pomena za status sodnikov vojaških sodišč, je z njimi privedeno pod vprašaj jamstvo stalnosti sodniškega poklica in njihove samostojnosti, zato je potrebno opozoriti na ta vprašanja, jih analizirati in urediti statusni položaj sodnikov vojaških sodišč predvsem v okviru funkcije, ki jih opravljajo kot sodniki, kjer je irelevantno to, da so hkrati vojaške osebe.")

572

V naši pravni ureditvi so med rednimi sodišči specializirana le vojaška sodišča. *Gospodarska sodišča so bila v Sloveniji ukinjena 1979*. Glej Strobl-Kristan-Ribičič, *op. cit.*, str. 313.) Njihovo delo opravljajo sedaj sodišča splošne pristojnosti. Velja poudariti, da ni bil edini razlog za obstoj gospodarskih sodišč večja strokovna usposobljenost sodnikov teh sodišč, ampak predvsem narava obravnavanih zadev: "Pravno varstvo zaleže le, če je hitro. Zato je hitrost postopka pred gospodarskimi sodišči posebej poudarjena. Roki so zato skrajšani." (Juhart-Ude-Wedam-Lukič, PRAVDNI POSTOPEK, Ljubljana, 1974.) Avtorji omenjajo še načelo dvoinstančnosti in pismenosti, ki sta bolj poudarjeni v tem postopku.

Za nas je pomembno, da ni le strokovna usposobljenost sodnikov bila odločujoč faktor za obstoj gospodarskih sodišč, temveč narava blagovno prometnih in drugih gospodarskih odnosov, ki ne prenesejo počasnega pravnega urejanja. Slednje bi namreč šlo na račun ekonomske učinkovitosti in hitre prilagodljivosti, sprememb in sploh dinamičnega poslovanja podjetij. Temu so bili prilagojeni roki pred temi sodišči, pismenost postopka in dvoinstančnost, kar vse vodi k hitrejšemu reševanju problemov. Vse to pa zmanjšuje veljavo argumentom, ki zagovarjajo specializiranost vojaških sodišč v imenu boljšega in popolnejšega znanja sodnikov o vojaških zadevah. Menimo, da so pravila obnašanja v gospodarstvu prav tako zapletena kot v vojski (npr. menično, čekovno poslovanje, akreditivi itd.), zato ukinitev gospodarskih sodišč v Sloveniji postavlja pod vprašaj potrebo po specializiranih vojaških sodiščih.



značilnosti organizacije vojaških sodišč v zahodnoevropskih državah. Tako so v Franciji, kjer so sicer vojaška sodišča ukinjena, po prej veljavni ureditvi v vojaških sodiščih prve stopnje predvidevali civilne sodnike, v višja sodišča pa so se vključevali po trije civilni sodniki.<sup>573</sup> V Italiji sodeluje v Vrhovnem vojaškem sodišču osem civilnih sodnikov kasacijskega sodišča.<sup>574</sup> Na Norveškem pa celo v času vojne (ker v mirnem času Norveška ne pozna vojaških sodišč) sodelujejo pri sojenju vojaških sodišč civilni sodniki.<sup>575</sup>

Vse to nam pove, da omenjena sodišča, ki sodijo vojaškim osebam v vojaških zadevah, lahko uspešno opravljajo svojo funkcijo tudi ob sodelovanju civilnih sodnikov. Potemtakem ti niso nesposobni za sojenje glede vojaških zadev. Še več, njihovo sodelovanje je garancija za neodvisno delovanje sodišč in enakost vseh državljanov, pa naj bodo vojaške ali civilne osebe, pred zakonom.<sup>576</sup>

Prav zaradi tega ne vidimo tehtnih razlogov proti prej nakazani potrebi po zoženju pristojnosti vojaških sodišč s pomočjo vojaških izvedencev. Tako kot so v zahodnoevropskih državah civilni sodniki, ki sodelujejo v vojaških sodiščih, porok za neodvisnost sodišč, *bi bili vojaški izvedenci (ali tudi sodniki), ki bi sodelovali pri civilnih sodiščih porok za strokovnost njihovega dela.*

### 9.3. Zgodovinski pregled

V času NOB so vojaška sodišča imela zelo široko pristojnost tako za sojenje vojaškim kot tudi civilnim osebam, kar pa je razumljivo glede na čas (vojna), v katerem so delovala.<sup>577</sup>

573 Gozze-Gučetič, *ibidem*, str. 10-16.

574 Gozze-Gučetič, *ibidem*, str. 17-24.

575 Gozze-Gučetič, *ibidem*, str. 24-26.

576 Nadaljnji problem zasledimo v primerjavi 1. odstavka 31. člena ZVS:

"Za sodnika vojaškega sodišča prve stopnje je lahko postavljen oficir pravne službe, ki je diplomirani pravnik in je napravil izpit za majorja pravne službe ali pravosodni izpit."

-- s členom 65, 1. odstavek, ZRS:

"Za sodnika je lahko izvoljen jugoslovanski državljan, ki je diplomirani pravnik in izpolnjuje splošne pogoje za sklenitev delovnega razmerja ter je moralno-politično primeren in izpolnjuje pogoje o strokovni sposobnosti, določene s posebnim zakonom." Ta poseben pogoj pa je opravljen pravosodni izpit. Strobl-Kristan-Ribičič, *op. cit.*, str. 315.

Vojaški sodnik lahko opravlja svojo funkcijo kot major pravne službe (opravi ustrezen izpit), ni pa potrebno, da bi opravil pravosodni izpit. Postavlja se vprašanje o upravičenosti takšne razlike v ureditvi. Prav tako je pomembna razlika v "mandatu" obeh vrst sodnikov: vojaški sodniki se postavijo za dobo štirih let (člen 32, prvi odstavek, ZVS), civilni pa se volijo za dobo osmih let (člen 61, 1. odstavek, ZRS). Tudi krajša mandatna doba lahko pomeni manjše zaupanje, ki ga uživajo vojaški sodniki proti civilnim, predvsem pa, glede na krajšo dobo, večjo prekarnost nastavitve in s tem manjšo neodvisnost vojaških sodnikov.

577 Gozze-Gučetič, *Pravosude u toku narodno-oslobodilačkog rata*, Pravni život, 5/1981, str. 20: "U tom periodu vojni sudovi su bili pretežno jedini pravosudni organi novonastale vlasti."

Čeprav se kasneje (1942, 1943) pojavijo tudi civilna sodišča, ostane pristojnost vojaških sodišč v bistvenih elementih nespremenjena.<sup>578</sup>

Za organizacijo in pristojnost vojaških sodišč v tem času je bila zelo pomembna Uredba o vojaških sodiščih, izdana 24. maja 1944.<sup>579</sup>

Pristojnost ostaja zelo široka,<sup>580</sup> kajti vojna ni dopuščala preteranih sprememb v smeri oženja pristojnosti. V takem obdobju so predvsem v ospredju vojaško politični interesi, vprašanja samostojnosti in neodvisnosti sodišč pa v drugem planu.

1) Ustava FLRJ (1946) in Zakon o ureditvi in pristojnosti vojaških sodišč (1945).<sup>581</sup>

2. odstavek 115. člena Ustave FLRJ določa:

"Ustroj in pristojnost vojaških sodišč določa zvezni zakon."

Kot vidimo, Ustava direktno ne opredeli pristojnosti vojaških sodišč, ampak prepušča to zveznemu zakonu.

Zakon o ureditvi in pristojnosti vojaških sodišč pa je določal: "Po tem zakonu so vojaška sodišča pristojna samo za kazenske zadeve, s tem, da je ta pristojnost zožena in omejena na sojenje vojaškim osebam in vojaškim ujetnikom,

---

(Prevod: "V tem času so bila vojaška sodišča pretežno edini pravosodni organi novo nastale oblasti.")

- 578 Gozze-Gučetić, *op. cit.*, str. 20-22: "Vojni sodovi so bili nadležni da sude vojnim i civilnim licima za dela: špijunaže, izdaje narodne borbe, dezerterstvo, pljačku, ubistvo, ometanje vojnih jedinica pri vršenju njihovih zadataka."

(Prevod: "Vojaška sodišča so bila pristojna za sojenje vojaškim in civilnim osebam za dejanja: vohunstva, izdaje narodne borbe, dezerterstva, tatvine, umora, oviranja vojaških enot pri opravljanju njihovih nalog.")

- 579 Gozze-Gučetić, *op. cit.*, str. 24: "Uredba o vojnim sudovima od 24. maja 1944 godine označava prelomnu tačku u razvoju pravosuđa za vreme NOB. Ona dovršava i zaokružuje jedinstven sistem organizacije vojnih sudova i sadrži materialno krivične i procesne odredbe koje primenjuju sudovi."

(Prevod: "Uredba o vojaških sodiščih iz 24. maja 1944. leta označuje prelomno točko v razvoju pravosodja v času narodnoosvobodilne borbe. Ona dovrši in zaokroži sistem organizacije vojaških sodišč in vsebuje materialne in procesne kazenske določbe, ki jih uporabljajo sodišča.")

- 580 Gozze-Gučetić, *op. cit.*, str. 25: "U odnosu na civilna lica vojni sudovi su nadležni da sude za sva krivična dela koja počine ratni zločinci i narodni neprijatelj, to je za sva krivična dela koja su uperena protiv osvobodilačke borbe naroda Jugoslavije..."

(Prevod: "Glede na civilne osebe so vojaška sodišča pristojna za sojenje vseh kaznivih dejanj, ki jih izvršijo vojni zločinci in ljudski sovražniki, to je, za vsa kazniva dejanja, ki so naperjena proti osvobodilni vojni narodov Jugoslavije...")

Četić, *Razvoj vojnog krivičnog prava u NOB*, JRKK 1/1974, str. 13: "To je bio period kada je bilo nezakonito sve što je protivno interesima narodne revolucije (iz govora druga Moša Pijade)."

(Prevod: "To je bilo obdobje, ko je bilo nezakonito vse, kar je nasprotno interesom ljudske revolucije (iz govora M. Pijade)."

- 581 Ustava FLRJ, Ur.l. FLRJ, 10/1946.

*Zakon o ureditvi in pristojnosti vojaških sodišč*, Ur. l. DFJ 65/1945.



pa civilnim osebam. Vojaško sodišče je pristojno za sojenje civilnim osebam za kazniva dejanja zoper ljudsko obrambo in izdajo vojaške tajne, kot tudi v primeru, ko sta vojaška in nevojaška oseba skupaj izvršili kaznivo dejanje (koneksiteta).<sup>582</sup>

Omenjeni zakon je bil dopolnjen z Zakonom o potrditvi, spremembah in dopolnitvah Zakona o ureditvi in pristojnosti vojaških sodišč,<sup>583</sup> ki v sedmem členu določa:

"Vojaška sodišča sodijo o kaznivih dejanjih vojaških oseb.

Ta sodišča sodijo tudi nevojaškim osebam:

1. za kazniva dejanja slabitve narodne obrambe in za izdajo vojaških tajnosti;
2. za kazniva dejanja, storjena v conah vojnih operacij, ki jih s svojo odredbo označi vrhovni poveljnik jugoslovanske armade.

Zadeve o kaznivih dejanjih, ki jih storijo nevojaške osebe skupno z vojaškimi osebami, izvzemši kazniva dejanja iz prejšnjega odstavka, sme vojaško sodišče samo ali na predlog vojaškega tožilstva odstopiti v sojenje rednemu ljudskemu sodišču."

Kasnejši Zakon o vojaških sodiščih (1947),<sup>584</sup> ne prinaša sprememb v opredelitvi pristojnosti vojaških sodišč. Za to obdobje (1946-1953) lahko ugotovimo, da je pristojnost vojaških sodišč nad civilnimi osebami zelo široka. Obsega kazniva dejanja slabitve narodne obrambe, izdaje vojaške tajnosti, kot tudi primere, ko vojaška in civilna oseba skupaj storita kaznivo dejanje. Zelo očitna je ohlapna, nedoločna opredelitev kaznivih dejanj slabitve narodne obrambe. Pač pa je Zakon o potrditvi, spremembah in dopolnitvah Zakona o ureditvi in pristojnosti vojaških sodišč poznal zelo zanimivo določbo v 7. členu, 3. odstavek (Ur. list FLRJ 58/46), po kateri so lahko vojaška sodišča odstopila rednim sodiščem nekatere primere, ko civilna oseba stori kaznivo dejanja skupaj z vojaško osebo (od tega so bili izvzeti primeri iz 2. odstavka istega člena; to je slabitev narodne obrambe in izdaja vojaške tajnosti).

582 "Po tom zakonu vojni sudovi su nadležni samo u krivičnim stvarima, s tim što je ta nadležnost sužena i ograničena na suđenje vojnih lica i ratnih zarobljenika, a iznimno i nevojnih lica. Vojni sud je nadležan da sudi nevojnim licima za krivična dela slabljenja narodne odbrane i izdavanja vojne tajne, kao i u slučaju kad vojno i nevojno lice izvrše zajedno krivično delo (koneksitet)" Ferline, ULOGA KRIVIČNO-PROCESNIH ŠUBJEKATA I NJIHOVE SPECIFIČNOSTI U POSTUPKU PRED VOJNIM SUDOVI (magistarski rad), Ljubljana, str. 24, 1988.

583 Zakon o potrditvi, spremembah in dopolnitvah Zakona o ureditvi in pristojnosti vojaških sodišč, Ur. l. FLRJ 58/46.

584 Zakon o vojakih sodiščih, Ur. l. FLRJ 105/19 947.

2) Ustavni zakon FLRJ (1953) in Zakon o vojaških sodiščih (1954).<sup>585</sup>

Ustavni zakon FLRJ (1953) ni spreminjal določbe iz 2. odstavka člena 115 prejšnje ustave, tako da je ta nespremenjena glede na ustavo 1946:

"Ustroj in pristojnost vojaških sodišč določa zvezni zakon." Torej nespremenjena določba glede na prejšnjo Ustavo FLRJ (1946).

Zakon o vojaških sodiščih (1954) v členu 4 določa: "Vojaška sodišča sodijo vse nevojaške osebe za naslednja kazniva dejanja, ki jih določa kazenski zakonik:

1. iz člena 100, če je dejanje v zvezi z izpodkopavanjem obrambne moči države;
2. iz člena 102;
3. iz člena 104;
4. iz člena 105, če gre za vojaški podatek ali dokument;
5. iz členov 111 in 113;
6. iz členov 114 in 115, če gre za vojaški objekt;
7. iz člena 117, če gre za kaznivo dejanje iz člena 100, pri katerem gre za izpodkopavanje obrambne moči države, za dejanja iz člena 102 ali za dejanja iz členov 114 in 115, pri katerih gre za vojaške objekte;
8. iz členov 249 do 253, 255 in 256, če gre pri dejanju za orožje, strelivo ali razstrelivo in je bilo dejanje storjeno v vojaški enoti, zavodu ali podjetju ali v ustanovi organa za notranje zadeve;
9. iz členov 300, 338, 339-341, 343, 344, 348."

Za drugo obdobje (1953-1963) je značilna predvsem preciznejša ureditev pristojnosti vojaških sodišč. Prav zaradi nedoločne ureditve v prejšnjem zakonu, kjer je "slabitev narodne obrambe" zajemala številne dejanske stane, bi tu težko ugotovili, ali gre hkrati za širitev pristojnost ali ne.

3) Ustava SFRJ (1963), Ustavni amandmaji (1968/1969) in Zakon o vojaških sodiščih (1965).<sup>586</sup>

5. odstavek 132. člena Ustave SFRJ (1963) pravi:

585 Ustavni zakon FLRJ, Ur.l. FLRJ 3 /1953.

Zakon o vojaških sodiščih, Ur.l. FLRJ 52/1954.

586 Ustava SFRJ, Ur.l. SFRJ 14/1963.

Ustavni amandmaji k zvezni ustavi, Ur.l. SFRJ 55/1968, in Ustavni amandmaji k republiški ustavi, Ur.l. SRS 5/1969.

Zakon o vojaških sodiščih, Ur.l. SFRJ 7/1965.



"Za sojenje vojaških oseb za kazniva dejanja ter *drugih oseb* za določena kazniva dejanja in za odločanje o drugih pravnih stvareh, ki se nanašajo na spore v zvezi s službo v Jugoslovanski ljudski armadi, so vojaška sodišča."

Konkretizacijo ustavne določbe predstavlja člen 1 Zakona o vojaških sodiščih:

"Vojaška sodišča so specializirana sodišča za sojenje kaznivih dejanj vojaških oseb in določenih kaznivih dejanj *drugih oseb*, kot tudi za odločanje v drugih pravnih stvareh, ki se nanašajo na spore v zvezi s službo v Jugoslovanski ljudski armadi."<sup>587</sup>

7. člen, prvi odstavek, istega zakona je skoraj identičen 4. členu prejšnjega ZVS (1954). Dodaja le naslednja kazniva dejanja: člene 150a, 254, 257, 258, 322, 323 in v 9. točki celotno poglavje (členi 327 do 362).

Tu opazimo, da *Ustava prvič daje neposredno pooblastilo sodiščem, da sodijo civilnim osebam*. Čeprav Ustava in Zakon o vojaških sodiščih uporabljata izraz "druge osebe", je tu nedvomno, da so s tem mišljene civilne oz. nevojaške osebe. Prav zato jih Ustava omenja ob vojaških osebah: "... vojaških oseb ... ter drugih oseb ..."<sup>588</sup>

Za to obdobje (do ustavnih amandmajev) je značilno, da z vključitvijo nekaterih novih kaznivih dejanj (kot smo to opisali pri členu 7 ZVS), deloma razširi pristojnosti vojaških sodišč, vendar v manjšem obsegu. Pomembneje je to, da sedaj Ustava sama vsebuje direktno pooblastilo glede pristojnosti vojaških sodišč nad civilisti.

Amandma XVI. (1968)<sup>589</sup> k Ustavi SFRJ določa v peti točki:

"S tem amandmajem so nadomeščene določbe 125. člena ter tretjega, četrtega in *petega* odstavka 132. člena Ustave." Kot vemo je peti odstavek 132. člena opredeljeval pristojnost vojaških sodišč.

Namen teh sprememb je bila reorganizacija sodstva in prenos številnih pristojnosti glede sodstva iz federacije na republiko.<sup>590</sup> Tako je amandma XXIII. k republiški Ustavi

587 Omenjeni zakon je bil dopolnjen z *Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o vojaških sodiščih*, Ur.l. SFRJ 4/1967, ki ne prinaša sprememb v pristojnosti vojaških sodišč.

588 Ustava SFRJ, Ur.l. 14/1963, člen 132, 5. odstavek.

589 Ur.l. SFRJ 55/1968.

590 Malobabić-Lukić, *Reforma pravosuda i Zakon o vojnim sudovima*, JRKK št. 4/1970, str. 624: "Smisao ove zamene jeste u tome, da se organizacija sudstva u odgovarajućem obsegu prenese iz domena isključivih prava i dužnosti Federacije u domen republičkih prava i dužnosti utvrđenih Ustavom i saveznim zakonom."

(Prevod: "Smisel te zamenjave je v tem, da se organizacija sodstva v ustreznem obsegu prenese iz domene izključnih pravic in dolžnosti Federacije v domeno republičkih pravic in dolžnosti temelječih na Ustavi in zveznem zakonu.")

(SRS) določal:

"1) *Vrste sodišč in njihove pristojnosti se določijo z zakonom.*

Sodišča se ustanavljajo z zakonom.

Sodnike in sodnike porotnike voli skupščina ustrezne družbenopolitične skupnosti, ki jo določi zakon."<sup>591</sup>

5. odstavek 132. člena Ustave je bil derogiran s XVI. amandmajem k zvezni ustavi, hkrati pa v VI. poglavju ustave o sodstvu in javnem tožilstvu, kakor tudi v ustreznih amandmajih, ni bilo posebne določbe, ki bi govorila o vojaških sodiščih. XXIII. amandma k republiški ustavi pa je le določal, da *vrste sodišč in njihove pristojnosti določa zakon.*

Tako se je pojavila dilema, ali so vojaška sodišča sploh še ustavna kategorija, ali ne.<sup>592</sup>

Takrat je ostala v veljavi le določba 2. odstavka 132. člena Ustave SFRJ, ki pravi:

"Sodni sistem sestavljajo sodišča splošne pristojnosti in specializirana sodišča, ki se ustanavljajo za odločanje o določenih stvareh iz sodne pristojnosti."<sup>593</sup>

V zvezi s XXIII. amandmajem k republiški Ustavi je to pomenilo, da je zakon sedaj tisti, ki določa *vrste in pristojnosti sodišč.*

Kot smo ugotovili, je Ustava SFRJ (1963) prva, ki vsebuje neposredna pooblastila za pristojnost vojaških sodišč. Vendar omenjeni amandmaji to spremenijo in *obseg pristojnosti vojaških sodišč postane zakonska, in ne več ustavna, kategorija.*<sup>594</sup>

Zmedo glede spornosti vojaških sodišč kot ustavne kategorije je razrešil Amandma XXX. k zvezni Ustavi, ki je med drugim v drugi točki, podtočka 5, določal, da federacija prek

591 Ur.l. SRS 5/1969.

592 Gozze-Gučetić, *Reforma pravosudja i ustavni amandmani*, JKK št. 2/1972, str. 235: "Naime, posle donošenja ustavnog amandmana XVI, kojim su stavljani van snage stavovi 3, 4, i 5 člana 132 ustava, pojavila su se mišljenja, da su vojni sudovi prestali da budu ustavna kategorija jer ih ustav kao specializovane sudove više ne spominje, s tim da ih zakonodavac može osnivati ako smatra da postoji potreba za takvom vrstom specializovanih sudova."

(Prevod: "Torej, po sprejetju Ustavnega amandmaja XVI, s katerim so razveljavljeni 3, 4. in 5. odstavek 132. člena Ustave, so se pojavila mišljenja, da so vojaška sodišča prenehala biti ustavna kategorija, ker jih Ustava kot specializirana sodišča več ne omenja, s tem, da jih zakonodajalec lahko ustanavlja, če smatra, da obstoji potreba po taki vrsti specializiranih sodišč.")

593 Ustava SFRJ (1963), Ur.l. 14/1963.

594 Tako tudi tretji odstavek 132. člena Ustave SFRJ (ki je bil pred amandmaji 6. odstavek istega člena):

"Specializirana sodišča se ustanavljajo z zakonom."



zveznih organov in organizacij urejuje vojaška sodišča in vojaško tožilstvo, kar je pomenilo, da vojaška sodišča ostajajo še naprej ustavna kategorija.

Za celotno tretje obdobje (1963-1974) sta značilni dve stvari:

- najprej se določba o pristojnosti vojaških sodišč nad civilnimi osebami prvič pojavi v ustavi (1963);
- nato se zopet prenese v zakon (z amandmaji 1968/1969).

Zakaj se nam to zdi pomembno? Prvič, tu gre za dva hierarhično različna pravna akta, in drugič, v primeru, če hočemo spreminiti ustavo (oz. posamezen člen), je predpisan predvsem drugačen postopek, kot v primeru spreminjanja zakona. Kdo bo rekel, da so to le formalistični razlogi, kar pa ni res. Bistvena razlika je, ali sporno določbo vsebuje najvišji pravni akt -- ustava ali njemu podrejeni akt -- zakon. Zgoraj smo že nakazali problem, ki nastane pri morebitni spremembi enega ali drugega akta. Drugi problem nastane pri usklajevanju zakona z ustavo: Če je naša določba v zakonu, potem je mnogo lažje doseči njeno uskladitev z ustavo, kot pa če bi bila v ustavi, ker bi v slednjem primeru morali spreminjati samo ustavo. Vemo pa, da je postopek spreminjanja ustave mnogo bolj zapleten in dolgotrajen (glej člene 398-403 ustave SFRJ) od postopka za spremembo zakona (glej člene 298-304 ustave SFRJ).

Potemtakem ni vseeno, kje je sporna določba. Že sama spornost določbe, ki se kaže tudi v tem, da sam ustavodajalec ni točno vedel, kam naj bi jo uvrstil (dolgo let je bila v zveznem zakonu o vojaških sodiščih, 1963 je prvič prišla v ustavo in nato 1968 spet "sestopila" na raven zakona), bi morala narekovati previdnost pri izboru normodajalca, kam jo bo uvrstil. Spornih določb se vendar ne fiksira v ustavo, v najvišji pravni akt, kjer so temeljna načela, pravice in druga pravila o organiziranju družbe. Če so že nujne (vendar hkrati sporne), potem naj bodo vsaj v zakonu, ne pa v ustavi.

#### 4) Ustava SFRJ 1974 in Zakon o vojaških sodiščih (1977).

Ustava SFRJ iz leta 1974 pa se zopet vrača na takšno ureditev, kot je bila v Ustavi iz 1963. leta pred sprejetimi amandmaji. Izvršene so le določene spremembe v formulaciji določbe, ki govori o vojaških sodiščih, ki pa ne pomenijo bistvene, vsebinske razlike glede na prejšnji 5. odstavek 132. člena Ustave (1963): "Za sojenje vojaških oseb za kazniva dejanja ter drugih oseb za določena kazniva dejanja in za odločanje o drugih pravnih stvareh, ki se nanašajo na spore v zvezi s službo v JLA, so vojaška sodišča." Člen 221, drugi odstavek, pa pravi: "O kaznivih dejanjih vojaških oseb in o določenih kaznivih dejanjih drugih oseb, ki se nanašajo na

drugih oseb, ki se nanašajo na ljudsko obrambo in varstvo države, ter o drugih pravnih zadevah, ki se nanašajo na spore v zvezi s službo v JLA, sodijo vojaška sodišča." Le podčrtani tekst pomeni spremembo.

Sedaj je le dodano:

"... in v določenih kaznivih dejanjih drugih oseb, ki se nanašajo na ljudsko obrambo in varnost države."<sup>595</sup>

Člen 1. Zakona o vojaških sodiščih (1977) pa je identičen ustavni določbi. Tudi Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o vojaških sodiščih<sup>596</sup> ne spreminja navedene določbe o pristojnosti vojaških sodišč. Podrobneje pa je urejena pristojnost nad civilnimi osebami v čl. 13 ZVS. V tej določbi zakon našteva dejanske stane iz kazenskega zakona SFRJ, za katerih storitev odgovarja civilna oseba pred vojaškim sodiščem. Gre predvsem za določbe iz 15. poglavja kazenskega zakona: kazniva dejanja zoper temelje socialistične samoupravne družbene ureditve in varnosti SFRJ. Če naštejemo najpomembnejše: kontrarevolucionarno ogrožanje družbene ureditve (114. člen), preprečevanje boja proti sovražniku (118. člen), služba v sovražnikovi vojski (119. člen), umor iz sovražnih nagibov proti SFRJ (122. člen), nasilje iz sovražnih nagibov proti SFRJ (123. člen), oborožen upor (124. člen), terorizem (125. člen; vendar le ob pogoju, da je usmerjen na vojaški objekt ali proti vojaški osebi), sabotaža (127. člen), vohunstvo (128. člen), izdaja državne tajnosti (129. člen); pri obeh zadnjih se morajo podatki nanašati na ljudsko obrambo (tako člen 13. člen ZVS); kršitev teritorialne suverenosti (135. člen), združevanje za sovražno propagando (136. člen) in celotno poglavje Kazniva dejanja zoper oborožene sile (členi 201-239).

Drugi odstavek člena 13 ZVS določa tudi, da so vojaška sodišča pristojna v primerih, ko civilna oseba stori kazniva dejanja zoper premoženje in kazniva dejanja zoper uradno dolžnost, če gre pri dejanju za del bojnega sredstva ali orožje ali razstrelivo, ki so namenjeni za ljudsko obrambo.

595 2. odstavek 221. člena Ustave SFRJ.

Kalodera, *Vojni pravosudni organi*, JRKK št. 1/1977, str. 7: "Za razliko od odredbe člana 132., stav 5 Ustava od 1963.,... citiranom odredbom člana 221., stav 2 novog Ustava ova nadležnost vojnih sudova postavljena je nešto uže...Međutim, kako je u praksi pomenuta odredba ranijeg Ustava bila upravo shvaćena onako kako je to sada izrekom navedeno u novom Ustavu, pa tako i razrađena u postojećem zakonu, to u ovom pogledu u novom ZVS nema suštinskih novina u ovoj nadležnosti vojnih sudova."

(Prevod: "Za razliko od določbe člena 132, 5. odstavek, ustave iz 1963... je s citirano določbo člena 221, 2. odstavek, nove Ustave ta pristojnost vojaških sodišč postavljena nekoliko ozje... Vendar, ker je bila v praksi omenjena določba prejšnje ustave razumljena prav tako, kot je to zdaj izrecno navedeno v novi ustavi, zato v tem pogledu v novem ZVS ni bistvenih novosti v tej pristojnosti vojaških sodišč.")

596 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o vojaških sodiščih, Ur.l. SFRJ 13/1982.



Torej zelo širok katalog možnosti za sojenje civilnim osebam. Če ga primerjamo z zakonom iz 1965. leta, vidimo, da skoraj ni odstopanj.

Ker v tem poglavju zasledujemo predvsem zgodovinski razvoj, bi zaradi tega kot zaključek podali nekatere ugotovitve, ki smo jih zasledili:

1. na ustavnem nivoju je bila pristojnost vojaških sodišč vse do leta 1963 neopredeljena; 1968. leta postane zopet zakonska kategorija. Zadnja Ustava (1974) pa se vrne na ureditev iz 1963. leta.

2. zakoni o vojaških sodiščih se začnejo z ohlapnimi določbami; te vse bolj precizirajo. Vse do ZVS iz 1954. leta pa do danes, se pristojnost bistveno ne razširi. Ureditve se razlikujejo le zaradi opravljenih korektur, ki so jih zahtevale spremembe kazenskih (materialnih) zakonov.

Ker smo večino problemskih sklopov obravnavali v prvem delu (O pristojnosti vojaških sodišč), nam ta del ni služil toliko za odpiranje novih problemov, kolikor za zgolj pozitivnopravni prikaz razvoja ureditve pristojnosti vojaških sodišč (s posebnim poudarkom na položaju civilnih oseb).

Predvsem razpravljanja o ustavnih določbah so nam pokazala, da se tudi tu ne moremo povsem izogniti problemu, ki potrjujejo pravilnost našega prepričanja: *de lege ferenda - odvzem pristojnosti vojaških sodišč nad civilnimi osebami.*

#### 9.4. Pravica do civilnega zagovornika

##### 1) Določbe v zvezni in republiški ustavi.

Pravica do obrambe je ustavnopravno opredeljena v 182. členu Ustave SFRJ:

"Zajamčena je *pravica do obrambe.*

Nihče, kdor je dosegljiv sodišču ali drugemu za postopek pristojnemu organu, ne sme biti kaznovan, če ni bil po zakonu zaslišan ali mu ni bila dana možnost obrambe.

Vsakdo, ki je obdolžen, ima *pravico vzeti si zagovornika*, ki se mu v skladu z zakonom omogočata obramba in varstvo pravic in interesov obdolženega. Zakon določa, v katerih primerih obdolženi mora imeti zagovornika."

Vidimo, da pravica do obrambe vsebuje pravico obdolženca, da se sam brani (osebno) ali pa s pomočjo zagovornika.<sup>597</sup>

597 Dorđević, *USTAVNO PRAVO*, Savremena administracija, Beograd, 1975, str. 389: "Ustav uopšte zajamčuje pravo na odbranu (član 182., stav 1); lične ili preko zastupnika,..."

Drugi odstavek 182. člena Ustave dopušča osebno obrambo, tretji odstavek istega člena pa pravico obrambe prek zagovornika. Ustavnoppravna teorija interpretira tretji odstavek 182. člena Ustave tako, da:

"Ustava zagotavlja obdolžencu pravico do zagovornika v vseh fazah kazenskega postopka (182/3)".<sup>598</sup> Dodaten argument k taki interpretaciji je določilo 147. člena ZKP (avtentična razlaga), ki pravi:

"Obdolženec je tisti, *zoper katerega teče preiskava* ali *zoper katerega* je vložena obtožnica, obtožni predlog ali zasebna tožba."<sup>599</sup>

Ker tretji odstavek 182. člena Ustave SFRJ govori o obdolžencu, ki ima pravico do zagovornika, obdolženec pa je po 147. členu ZKP tudi oseba, *zoper katero teče preiskava*, potem iz tega izhaja, da je pravica do zagovornika ustavno zajamčena vse od preiskave naprej.<sup>600</sup>

Republiška Ustava (SRS) v drugem odstavku, tretjem odstavku in četrtem odstavku 222. člena le ponovi določila zvezne Ustave.

2) Določbe Zakona o vojaških sodiščih (1977, dopolnjen 1982)<sup>601</sup>

Preden začnemo z analizo člena 65 Zakona o vojaških sodiščih, bi opozorili na splošno načelo, zajeto v členu 61, 1. odstavek, ZVS:

"V kazenskem postopku pred vojaškimi sodišči se uporabljajo določbe Zakona o kazenskem postopku, če v tem zakonu ni drugače določeno."

Po našem mnenju je ta določba zelo pomembna, ker kaže na splošno značilnost ZVS, ki je v tem, da se načelno uporabljajo določbe ZKP, v posebej utemeljenih primerih, določenih v ZVS, pa slednji odstopa od prve ureditve.

To posebej poudarjamo zaradi potrebe po čim večji izenačenosti delovanja vojaških sodišč z drugimi rednimi sodišči, kajti le tako lahko vojaška sodišča uresničujejo ustavna načela o pravici do enakega varstva svojih pravic v postopku pred sodiščem (1. odstavek 180. člena Ustave

---

(Prevod: "Ustava nasploh jamči pravico do obrambe (člen 182, 1. odstavek); osebno ali preko zagovornika...")

Strobl-Kristan-Ribičič, *USTAVNO PRAVO SFRJ*, III. izdaja, 1981, str. 139-140.

598 "Ustav obezbeđuje pravo okrivljenom da ima branioca u svim fazama kaznenog postupka" (član 182., stav 3) Đorđević, *p. cit.*, str. 389.

599 Zakon o kazenskom postopku, Ur.l. SFRJ 4/1977, popravki 36/1977, 60/1977.

600 Kot posebno vprašanje se tu pojavlja začetek preiskave. Kdaj se ta začne? Ali po 151. členu ZKP, ali po 157. členu ZKP.

601 Zakon o vojaških sodiščih, Ur. list SFRJ 4/1977.



SFRJ) in s tem povezano načelo o neodvisnosti sodišč (219. člen Ustave SFRJ). Menimo, da *de lege lata* ta "unificiranost" vseh sodišč, splošnih in vojaških, ni dovolj izrazita, zato so tu potrebne določene spremembe, ki bodo izenačevale delo sodišč (splošnih in vojaških), na primer, položaj strank pred sodiščem in druge materialno in procesno pravne vidike organizacije in delovanja sodišč sploh.<sup>602</sup>

Člen 65 ZVS v 1. odstavku pravi:

"V postopku pred vojaškimi sodišči ima obdolženec lahko zagovornika."

Drugi odstavek tega člena pa določa:

"Zagovornik obdolženca je lahko odvetnik, vojaški zagovornik ali kakšna druga vojaška oseba, ki je diplomirani pravnik in zmožna obdolženemu pomagati pri obrambi."

Najpomembnejši je za nas 4. odstavek 65. člena: "Če bi se med postopkom utegnila odkriti vojaška tajnost, kar bi lahko imelo hude posledice za varnost države, si sme obdolženec izbrati zagovornika le izmed vojaških zagovornikov ali drugih vojaških oseb iz drugega odstavka tega člena. O tem odloča v preiskavi preiskovalni sodnik vojaškega sodišča, v pripravi glavne obravnave predsednik senata, na glavni obravnavi pa senat."

V zvezi s tem še člen 66 ZVS, 1. odstavek:

"Vojaški zagovornik brani obdolženca, kadar je po 4. odstavku 65. člena tega zakona izključena obramba po odvetniku, obdolženec pa si ni vzel za zagovornika druge vojaške osebe iz drugega odstavka 65. člena tega zakona."

Tu naletimo na dva sklopa vprašanj:

- 1) problem ohlapne določenosti "vojaške skrivnosti, ki ima lahko hude posledice za varnost države", in
- 2) problem instituta vojaškega zagovornika, ki v primeru četrtega odstavka 65. člena v zvezi s členom 66, 1. odstavek, nadomešča civilnega odvetnika. (Tu se ne bomo posebej

602 Buturović-Pavlica, *KRIVIČNI POSTUPAK PRED VOJNIM SUDOVIMA*, Beograd 1986, str. 16: "Vojni sudovi u socijalističkim zemljama, iako imaju posebnu organizaciju, funkcionišu kao sastavni deo pravosudnog sistema dotične zemlje i primenjuju opšte propise materialnog i procesnog krivičnog prava. U našoj zemlji vojni sudovi su redovni sudovi, ali specijalizovani za odlučivanje u određenim stvarima. Oni čine deo pravosudnog sistema i premenjuju procesne i materijalne propise, a ovi se odnose na stvari iz njihove nadležnosti koje primenjuju i drugi redovni sudovi."

(Prevod: "Vojaška sodišča v socialističnih državah, kljub drugačni organiziranosti, delujejo kot sestavni del pravosodnega sistema te države in uporabljajo splošna pravila materialnega in procesnega kazenskega prava. V naši državi so vojaška sodišča redna sodišča, specializirana za odločanje v določenih stvareh. So del pravosodnega sistema in uporabljajo procesna in materialna pravila, ta pa se nanašajo na zadeve iz njihove pristojnosti, katere uporabljajo tudi druga redna sodišča.")

ukvarjali z drugimi vojaškimi osobami iz drugega odstavka 65. člena ZVS, ki lahko opravljajo funkcijo zagovornika.)

#### 9.4.1. Problem ohlapne določenosti "vojaške skrivnosti"

V zvezi s tem vprašanjem bi poudarili, da je civilni zagovornik lahko izključen le takrat, ko ima lahko vojaška tajna (njeno razkritje) hude posledice za varnost države.<sup>603</sup> Torej ne v vsakem primeru razkritja vojaške tajne.<sup>604</sup> Pomembno je to, da zakonska opredelitev ne daje trdnih zakonskih opredelilnih elementov, ki bi kazali na kriterije, po katerih bi se določale "hude posledice za varnost države".

Čprav pomeni ureditev tega vprašanja v sedanjem ZVS korak naprej od prejšnjih zakonov o vojaških sodiščih,<sup>605</sup> ne gre zanemariti ureditve tega vprašanja med NOB:

"Po uredbi je zagovornik lahko vsakdo, kdor ni izključen po svojih moralnih kvalifikacijah, s tem da vojaške osebe lahko branijo samo vojaške osebe."<sup>606</sup>

Zaradi tega, ker je četrti odstavek 65. člena izjema od pravila, določenega v prvem odstavku tega člena, ki pa je hkrati ena temeljnih svoboščin in pravic posameznika, zagotovljena v 182. členu Ustave SFRJ, mora biti v vsakem primeru ta odstop posebej obrazložen in utemeljen.<sup>607</sup>

603 Dolović, *Specifičnosti odbrane pred vojnim sudom*, Pravni život 11/1957, str. 1180: "Drugi velik zaokret odnosi se na to, da advokati sada mogu učestvovati u postupku pred vojnim sudom kao branioci i u slučajevima kada može doći do otkrivanja vojne tajne, izuzev ako ta vojna tajna, kao što je to već rečeno, može imati teške posledice na bezbednost zemlje."

(Prevod: "Druga velika sprememba se nanaša na to, da odvjetnici lahko sedaj sodelujejo v postopku pred vojaškimi sodišči kot zagovorniki tudi v primerih, ko lahko pride do razkritja vojaške tajne, razen če ta vojaška tajna, kot je to že povedano, lahko ima hude posledice za varnost države.")

604 Buturović, *Odbrana pred vojnim sudom*, Nova zakonitost 10/1973, str. 370-379.

605 Buturović, *op. cit.*, str. 375-376: "Medutim izmenama Zakona o vojnim sudovima, a te izmene su stupile na snagu početkom januara 1968 godine, advokati su bili isključeni iz odbrane pred vojnim sudovima ne samo u navedenim slučajevima već i u svim drugim u kojima je moglo doći do otkrivanja vojne tajne (bez obzira na značaj vojne tajne i njen karakter) kao i kada su u pitanju krivična dela iz glave XXVI (krivična dela protiv oružanih snaga), koja se odnose na povredu unutrašnjeg poretka JNA i dakle kada nije postojala mogućnost otkrivanja vojne tajne (čl. 59 Zakona o vojnim sudovima 1965, Sl. list SFRJ 7/1969, čl. 56. ZVS 1954, Sl. list SFRJ 52/1954), što je u praksi obuhvatalo znatan broj krivičnih dela iz ove glave."

(Prevod: "Ampak pred spremembami ZVS, te spremembe pa so začele veljati v začetku januarja 1968 leta, so bili zagovorniki izključeni iz obrambe pred vojaškimi sodišči ne samo v navedenih primerih, temveč tudi v vseh drugih, v katerih bi lahko prišlo do odkritja vojaške tajnosti (ne glede na pomen vojaške tajnosti in njen karakter), kot tudi ko gre za kazniva dejanja iz XXVI. poglavja (kazniva dejanja proti oboroženim silam), ki se nanašajo na kršitve notranje ureditve JNA, torej tudi ko ni obstajala možnost razkritja vojaške tajnosti (čl. 59 ZVS, 1969, Uradni list SFRJ 7/1965, čl. 56 ZVS, 1954, Uradni list SFRJ 52/1954), kar je v praksi obsegalo številna kazniva dejanja iz tega poglavja.)

606 "Po uredbi, branilac može biti svako ko nije po svojim moralnim kvalifikacijama isključen, s tim da vojna lica mogu braniti samo vojna lica!" Gozze-Gučetić, *Pravosuđe u toku narodnooslobodilačkog rata*, Pravni život 30/1981, št. 5, str. 28.

607 To sicer *de iure* omogoča peti odstavek 65. člena, ki govori o pritožbi zoper sklep iz 4. odstavka istega člena, *de facto* pa so tu možni razni zapletji in zlorabe. V zvezi s tem bi



Da bi lahko bil obrazložen in utemeljen na pravno adekvaten način (kot nasprotje arbitrarnemu odločanju), bi že zakonski opis moral vsebovati temeljne parametre odločanja. Če teh ni, potem je sodnik v bistvu zakonodajalec v tem posameznem primeru, kar predstavlja rušenje -- kolaps pravnega sistema. Zakaj? Če bi vsak sodnik bil zakonodajalec v vsakem posameznem primeru in to brez oprijemljivih, določenih (*lex certa*) parametrov odločanja, potem bi istočasno pravni sistem razpadel na toliko podsistemov, kolikor je sodnikov. Ali potemtakem še lahko govorimo o enakosti pred zakonom (2. odstavek 154. člena Ustave SFRJ), o enakem varstvu pravic pred sodišči (1. odstavek 180. člena Ustave SFRJ), o načelu zakonitosti -- določnosti kaznivega dejanja (*lex certa*) -- 1. odstavek 181. člena Ustave SFRJ?

Mislimo, da ne. Zaradi tega je nujno precizirati določbo 4. odstavka 65. člena in s tem omogočiti zakonito delovanje sodišča. Šele ko bo v smislu načela zakonitosti ta določba preciznejša in jasnejša lahko govorimo o drugih ustavnih načelih (o enakosti pred zakonom, enakega varstva pravic...). Do takrat pa pomeni podlago za arbitrarno odločanje in samovoljo, ki nasprotuje temeljni funkciji prava, ki je prav v preprečevanju samovolje in nezakonitosti.<sup>608</sup>

Pregled Pravidnika o merilih, po katerih se določa, katere za oborožene sile pomembne podatke je treba varovati kot državno ali vojaško tajnost in o načinu njihovega zavarovanja,<sup>609</sup> Pravidnika o ravnanju z gradivi zaupne narave<sup>610</sup> in Uredbe o merilih, po katerih se določajo za ljudsko obrambo pomembni podatki in o ukrepih za njihovo zavarovanje<sup>611</sup> nam pokaže, da je 4. odstavek 65. člena ZVS blanketna določba, kajti omenjeni pravilniki podrobneje urejajo vprašanja državne, vojaške in drugih tajnosti.

Pravno je nesprejemljivo, da je tako pomembna določba (4. odstavek 65. člena) blanketna, kajti s tem bistveno zmanjšuje pravno varnost in nepristransko delovanje sodišč. Ko gre za tako pomembna vprašanja, mora biti že sam zakon dovolj določen, da izpolnjuje minimalne standarde načela zakonitosti.

V konkretnem pravnem sistemu ne bi smeli dovoliti, da pravilnik, hierarhično mnogo nižji akt kot je zakon, dobi tako rekoč zakonsko moč in veljavo zaradi nedoločenosti in ohlapnosti same zakonske določbe.

opozorili na primer Jansa, kjer je prihajalo do kršitev teh določb. (Sklepi niso bili dovolj precizno argumentirani.)

608 Več o tem Zupančič, *Pravo in samopomoč*, Pravniki 8/10 1986.

609 Ur.l. SFRJ 12/1975, dopolnjen 15/1975.

610 *Pravilnik o ravnanju z gradivi zaupne narave*, Ur.l. SRS 6/1983.

611 Ur.l. SFRJ 6/1979.

Navsezadnje je sama hierarhija med pravnimi akti tista garancija, ki onemogoča, da bi prek raznih podzakonskih aktov (pravilnikov) izvršna oblast posegala na področje zakonodajalca in si sama jemala njegove pristojnosti, ki pa ji po Ustavi in zakonih ne pripadajo. Postopek za sprejem zakona ni brez razloga povsem drugačen od postopka za izdajo pravilnika. V njem so vgrajeni temeljni varnostni mehanizmi, ki omogočajo demokratično in pravno usklajeno sprejemanje pravnih aktov (zakonov).

V Pravilniku o merilih, po katerih se določa, katere, za oborožene sile pomembne podatke je treba varovati kot državno ali vojaško tajnost in o načinu njihovega zavarovanja je za nas najbolj važen člen 18: "*Vojaška tajnost* so podatki o oboroženih silah, o načrtih in pripravah oboroženih sil, o sredstvih oborožitve in vojaški opremi, o vojaških objektih in napravah ter vsi drugi podatki, ki se nanašajo na dejavnost oboroženih sil, za katere se oceni, da *bi imeli škodljive posledice* za oborožene sile in njihove priprave za obrambo države, če bi bili odkriti."<sup>612</sup> Zanima nas opredelitev "hudih posledic", ker vemo da 4. odstavek 65. člena zahteva prav takšno stopnjo nevarnosti, da se lahko zaradi tega izključi civilni zagovornik. Člen 18 Pravilnika sicer definira vojaško tajnost, ne določa pa, kaj so to "*hude posledice*", govori le o "*škodljivih posledicah*".

2. odstavek 18. člena Pravilnika nam razloži, da ima vojaška tajnost lahko različne stopnje tajnosti: strogo zaupno, zaupno ali interno. Nato člen 19, 1. odstavek, Pravilnika pravi: "Strogo zaupni so tisti podatki, za katere se oceni, da so posebno pomembni za oborožene sile in *bi imeli hujše škodljive posledice* za oborožene sile in njihove priprave za obrambo države, če bi bili odkriti." V členu 20 se za zaupne podatke zahteva le, "da bi utegnili imeti škodljive posledice". V 21. členu pa za interne podatke pravilnik ne določa, kakšne posledice bi morale nastati zaradi njihovega odkritja. Nas najbolj zanima člen 19 Pravilnika, zato se vprašujemo, ali so "hujše škodljive posledice" to, kar ima "v mislih" člen 65 4. odstavek, ZVS, ko govori o "hudih posledicah za varnost države"?

Zadeva se očitno vse bolj zapleta, kajti blanketna določba nas napoti na podzakonske akte (Pravilnik) zaradi svoje nedoločnosti in ohlapnosti. Ko pregledamo podzakonski akt ugotovimo, da je ta sicer nekoliko bolj natančen, da pa ni povsem natančen glede semantične označbe "hudih posledic".

Vse nejasnosti le podkrepijo naša sumničenja v pravilno



ravnanje zakonodajalca, ko je zelo pomembno normo (člen 65, 4. odstavek, ZVS) ne dovolj natančno opredelil in s tem omogočil zelo arbitrarno odločanje o tem, kaj so hude posledice za varnost države. O kriterijih, po katerih bi pre-jali "stopnjo hudosti posledic", ni ne duha ne sluha v Pravilniku.

Ta sicer v drugem odstavku 19. člena našteje 20 primerov, ko naj bi šlo za strogo zaupne podatke, vendar iz samega Pravilnika ni razvidno, ali ta kodifikacija stroge zaupnosti potrebuje še *dodaten argument "hujših posledic", ki ga je treba posebej ugotovljati* (v formulaciji določbe 19. člena je uporabljen veznik in, kar bi govorilo v prid samostojnosti pogojev), *ali se ta že predpostavlja s tem, da gre za strogo zaupne podatke*. Pravilnik o ravnanju z gradivi zaupne narave (Ur.l. SRS, 6/1983, člen 7) le ponovi definicijo vojaške tajnosti iz člena 18, 1. odstavek, prej omenjenega Pravilnika.

Torej pozitivnopravna ureditev daje idealne možnosti za samovoljno, arbitrarno odločanje o stopnjah nevarnosti posledic in, kar je še pomembnejše, s tem tudi o izključitvi ene temeljnih pravic obdolženca, pravice do izbire zagovornika. Tu gre za *ex post facto določitev* hudih posledic, vemo pa, da pravna varnost zahteva vnaprejšnjo določenost norme. Zato je *nujno določbo citiranega odstavka 65. člena ZVS precizirati ali spremeniti, kajti takšna kot je v sedanji obliki, je v direktni nasprotnosti z ustavnim načelom zakonitosti in določnosti (lex certae)*.

#### 9.4.2. Problematika vojaškega zagovornika<sup>613</sup>

Institut vojaškega zagovornika se pri nas prvič pojavi 1965. leta v takratnem zakonu o vojaških sodiščih. Razlogi za njegovo pravno ureditev so bili predvsem pragmatični:<sup>614</sup>

zaradi nevarnosti razkritja vojaške tajnosti (kot drugi razlog se navaja potreba po razširitvi pravic vojaka do strokovne obrambe).

Lahko rečemo, da je pojav vojaškega zagovornika v najtesnejši zvezi s 4. odstavkom 65. člena ZVS. Zaradi slednjega je bil ustanovljen in v okviru tega člena tudi deluje (ni pa to njegovo izključno delovno področje, kar se kaže iz drugega odstavka čl. 65 ZVS: "Zagovornik obdolženca je lahko odvetnik, vojaški zagovornik, ali kakšna druga vojaška oseba, ki je diplomirani pravnik in zmožna obdolžencu pomagati pri obrambi."

613 Zakon o vojaških sodiščih, čl. 67: "Za vojaškega zagovornika je lahko postavljen oficir pravne službe, ki je diplomirani pravnik in je napravil izpit za majorja pravne službe ali pravosodni izpit. Vojaški zagovorniki se postavljajo in razrešujejo po predpisih o postavljanju aktivnih vojaških oseb."

614 Buturović, *Obramba pred vojnim sudom*, Naša zakonitost, 10/1979, str. 876-877.

Zastavljamo si osrednje vprašanje: ali lahko zagotavlja vojaški zagovornik enako kvalitetno obrambo kot civilni in s tem omogoča obdolžencu, da ta uživa enako varstvo svojih pravic (čl. 180, prvi odstavek Ustave SFRJ). Obramba je le sestavni del postopka pred sodišči, zato povezujemo zgoraj navedeni problem z ustavnim načelom o enakem varstvu pravic, čeprav slednje ne govori posebej o zagovorniku. Ker smo v predhodnih razpravljanih pokazali, da gre za načelo, ki je položeno v samo bistvo prava, se nam zdi razumljivo, da isto načelo velja v polnem obsegu tudi glede zagovornika.

Vojaški zagovornik je državni organ.<sup>615</sup> Vključen je v vojaško hierarhijo, zanj veljajo ista pravila glede postavljanja in razreševanja.<sup>616</sup>

Že zaradi tega je vprašljiva njegova neodvisnost, samostojnost. V bistvu je položaj, do katerega pride z uporabo člena 65, 4. odstavek, dokaj protisloven: recimo, da gre v tem primeru za civilno osebo, ki je obdolžena izdaje vojaške tajnosti; zaradi tega se ji odvzame pravica do civilnega zagovornika; na izbiro ima le vojaške zagovornike in druge vojaške osebe iz 2. odstavka 65. člena ZVS.

Biti zagovarjan s strani osebe (ker pač ni druge možnosti-- čl. 65, 4. odstavek), ki je sestavni del organizacije in hierarhije, katera te hkrati sodi, je več kot očitna kršitev vseh ustavnih pravic do zagovornika, do enakega varstva pravic.

Kaj pomaga, če nas nekdo de iure zagovarja, dejansko pa je onemogočen v tem svojem poslu s samim statusom, ki ga ima v službi.

Menimo, da bi takšen problem povsem ustrezno rešili z za-priseženimi odvetniki (civilnimi), ki bi prisegli, da ne bodo izdali vojaške tajnosti. To bi le okrepilo zaupanje v njihovo delo in kar je najpomembnejše, obdolženemu zagotovilo dejansko varstvo njegovih interesov in pravic pred zakonom.

## 9.5. Povzetek

Na kratko bi strnili in povzeli razmišljanja in ugotovitve, ki smo jih razvijali v pričujočem tekstu.

Ob najboljši volji ne najdemo prepričljivega razloga za pri-

615 Buturović, *op. cit.*, str. 877-878: "Stoga mislim, da nisu opravdana mišljenja da je ta odbrana surogat za odbranu po advokatu i to radi toga što je vojni branilac organ države te da zbog toga optuženi nemaju dovoljno poverenja u vojnog branioca..."

(Prevod: "Zato mislim, da niso upravičena mišljenja, da je ta obramba surogat za obrambo prek odvetnika in to zato, ker je vojaški zagovornik organ države, zaradi česar obdolženci nimajo zaupanja v vojaškega branilca.")

616 67. člen ZVS, Ur.l. SFRJ 4/1977: "Vojaški zagovorniki se postavljajo in razrešujejo po predpisih o postavljanju aktivnih vojaških oseb."



stojnost vojaških sodišč nad civilnimi osebami; zato pa je toliko več razlogov proti omenjeni pristojnosti.

1. *Ni zagotovljena neodvisnost sodišč* (sodniki niso voljeni, zanje veljajo pravila službe v oboroženih silah, zanje veljajo drugačni pogoji postavitve, ker ni nujno, da imajo pravosodni izpit, o njihovi razrešitvi ne odloča skupščina);

2. *Argumenti za njihovo specializiranost so neprepričljivi* (v Sloveniji so bila gospodarska sodišča ukinjena leta 1979, zadeve, ki so jih ta sodišča do ukinitve opravljala, pa so bile vsaj enako, če ne bolj zapletene kakor zadeve pred vojaškimi sodišči; zahteva po specializaciji nas pripelje v absurden položaj, ker bi tudi druga specialna področja znanja, kakor npr. medicina, lahko opravičevala obstoj specializiranih sodišč svoje stroke);

3. *Vojaški zagovorniki ne predstavljajo ustreznega nado mestila za civilne zagovornike*. Zagovor civilne osebe s strani vojaškega zagovornika krni temeljne ustavene pravice:

pravice do zagovornika, (čl. 182 Ustave SFRJ), pravice do enakega varstva pravic (čl. 180 Ustave SFRJ); v povezavi s tem le omenjamo ex post facto določanje vsebine vojaške tajnosti (čl. 65, 4. odstavek ZVS).

Vprašati se je potrebno, ali so vojaška sodišča redna sodišča in s tem del enotnega pravosodnega sistema. *Če so, potem morajo zanje veljati vsa tista temeljna pravila, ki veljajo za redna sodišča.*

## 10.1. Knjige in monografije

Alchiaron-Bulygin, *NORMATIVE SYSTEMS*, Verlag Verlag, Dussel, 1971

Avramov-Krač, *MEDUNARODNO JAVNO PRAVO*, Savremena edicija stracija, Beograd, 1963

Bar, von, *HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL LAW*, Little Brown and Co., Boston, 1916

Bavcon-Šolih, *KAZENSKO PRAVO*, Ljubljana, 1978

Bavcon-Belo-Kobe-Šolih, *KAZENSKI ZAKON 1978 S POJASNILI IN SODNO PRAKSO*, CZ Uradni list SRS, Ljubljana, 1984

Bayer, *JUGOSLAVENSKI KRIVIČNI POSTUPAK I, II*, Prva fakulteta Zagreb, Zagreb, 1982

Beccaria, *ON CRIMES AND PUNISHMENTS*, prev. H. Pashurst, Bobbs-Merrill, New York, 1803 (orig. 1764) *DELLI PENE*, prvi priobčena leta 1764

Buturović-Pavlović, *KRIVIČNI POSTUPAK PRED VOJNIM SUDOVIMA*, Beograd, 1986

Cappelletti-Cohen, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, Bobbs-Merrill, Co., New York, 1979

Cvijović-Popović, *ZAKON O KRIVIČNOM POSTUPKU SA KOMENTAROM, OBJASNJENJIMA I UPUTSTVIMA ZA PRAKTIČNU PRIMENU*, Privredna štampa, Beograd, 1981





# 10. *Seznam literature*

## 10.1. *Knjige in monografije*

- Alchourron-Bulyigin, *NORMATIVE SYSTEMS*, Springer Verlag, Dunaj, 1971
- Avramov-Kreća, *MEDUNARODNO JAVNO PRAVO*, Savremena administracija, Beograd, 1983
- Bar, von, *HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL LAW*, Little Brown and Co., Boston, 1916
- Bavcon-Šelih, *KAZENSKO PRAVO*, Ljubljana, 1978
- Bavcon-Bele-Kobe-Šelih, *KAZENSKI ZAKON SFRJ S POJASNILI IN SODNO PRAKSO*, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana, 1984
- Bayer, *JUGOSLAVENSKI KRIVIČNI POSTUPAK I, II*, Pravna fakulteta Zagreb, Zagreb, 1982
- Beccaria, *ON CRIMES AND PUNISHMENTS*, prev. H. Paolucci, Bobbs-Merrill, New York, 1963 (orig. *DEI DELITTI E DELLE PENE*), prvič priobčena leta 1764
- Buturović-Pavlica, *KRIVIČNI POSTUPAK PRED VOJNIM SUDOVIMA*, Beograd, 1986
- Cappelletti-Cohen, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, Bobbs-Merrill, Co., New York, 1979
- Cvijović-Popović, *ZAKON O KRIVIČNOM POSTUPKU SA KOMENTAROM, OBJAŠNJENJIMA I UPUTSTVIMA ZA PRAKTIČNU PRIMENU*, Privredna štampa, Beograd, 1981

- Čejović, KRIVIČNO PRAVO - POSEBNI DIO, Beograd, 1980
- Deutsch, THE NERVES OF GOVERNMENT, 2nd. Ed., Free Press, New York, 1966
- Dimitrijević, KRIVIČNO PROCESNO PRAVO, 8. izdaja, Savremena administracija, Beograd, 1982
- Dorđević, J., USTAVNO PRAVO, Beograd, 1975
- Ferline, ULOGA KRIVIČNO-PROCESNIH SUBJEKATA I NJIHOVE SPECIFIČNOSTI U POSTUPKU PRED VOJNIM SUDOVI, magistrska naloga, Pravna fakulteta Ljubljana, 1988
- Fletcher, RETHINKING CRIMINAL LAW, Little, Brown and Co. Boston, Toronto, 1978
- Fuller, THE MORALITY OF LAW, Yale University Press, New Haven, 1970
- Gozze-Gučetić, SAVREMENI VOJNO PRAVOSUDNI, VOJNO KRIVIČNI I VOJNO DISCIPLINSKI SISTEMI, Beograd, 1964
- Grubiša, ČINJENIČNO STANJE U KRIVIČNOM POSTUPKU, Informator, Zagreb, 1980
- Gumpowitz, RECHTSTAAT UND SOCIALISMUS, Innsbruck, 1881
- Hall, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW, Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, New York, 1960
- Hegel, LOGIC, Oxford, 1978
- Hegel, PHILOSOPHY OF RIGHT, prev. Knox, Oxford University Press, New York, 1971
- Horkheimer, CRITIQUE OF INSTRUMENTAL REASON, The Seabury Press, New York, 1974
- Horkheimer-Adorno, DIALECTIC OF ENLIGHTENMENT, New York, 1972
- Juhart-Ude-Wedam-Lukić, PRAVDNI POSTOPEK, Ljubljana, 1974
- Kant, CRITIQUE OF PURE REASON, New York, 1966
- Kant, GROUNDWORK FOR THE METAPHYSIC OF MORALS, prev. Paton, Harper and Row, New York, 1964
- Kardelj, SMERI RAZVOJA POLITIČNEGA SISTEMA SOCIALISTIČNEGA SAMOUPRAVLJANJA, ČZP Komunist, Ljubljana, 1977
- Kelsen, PURE THEORY OF LAW, University of California Press, Berkley, 1978
- Kušej-Pavčnik-Perenič, UVOD V PRAVOZNASTVO, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana, 1986
- Langbein, PROSECUTING CRIME IN RENAISSANCE, Harvard, 1974
- Langbein, TORTURE AND THE LAW OF PROOF: EUROPE AND ENGLAND IN THE ANCIEN REGIME, Chicago, 1977
- Maguire-Weinstein-Chadbourn-Mansfield, EVIDENCE: CASES AND MATERIALS, The Foundation Press, Mineola, New York, 1973
- Marx, PREFACE TO THE CRITIQUE OF POLITICAL ECONOMY, v Marx-Engels, SELECTED WORKS, 1969, Vol. 1
- Nietzsche, ON THE GENEALOGY OF MORALS, prev. Kaufmann, Vintage Books, New York, 1967
- Pašukanis, LAW AND MARXISM, General Theory, prev. B. Einhorn, Ink Links, New Jersey, 1979
- Popper, THE LOGIC OF SCIENTIFIC DISCOVERY, Harper, New York, 1977



Savigny, von, OF THE VOCATION OF OUR AGE FOR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE, Arno Press, New York, 1975

Srzentić-Stajić, KRIVIČNO PRAVO, Sarajevo, 1966

Strobl-Kristan-Ribičič, USTAVNO PRAVO SFRJ, 3. izdaja, Ljubljana, 1981

Sučeska, ISTORIJA DRŽAVE I PRAVA NARODA SFRJ, Svjetlost, Sarajevo, 1971

Ude, CIVILNI PRAVDNI POSTOPEK IN SAMOUPRAVNI SODNI POSTOPEK, DDU Univerzum, Ljubljana, 1980

Unger, KNOWLEDGE AND POLITICS, The Free Press, New York, 1975

Vasiljević, SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA SFRJ, 2. izdaja, Beograd, 1971

Vasiljević, SISTEM KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA SFRJ, Naučna knjiga, Beograd, 1964

Vasiljević-Grubač, KOMENTAR ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU, 2. izdaja, Savremena administracija, Beograd, 1982

Vilfan, PRAVNA ZGODOVINA SLOVENCEV, Slovenska matica, Ljubljana, 1961

Vorenberg, CRIMINAL LAW AND PROCEDURE, CASES AND MATERIALS, 2nd Ed., West, St. Paul, 1981

Weber, ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY, Max Rheinstein, 1954

Zečević *et al.*, USTAV SOCIALISTIČKE FEDERATIVNE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE - stručno objašnjenje, Institut za političke studije Fakulteta za političke nauke, Beograd, 1975

Zobec, KOMENTAR ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU S SODNO PRAKSO, II., spremenjena in dopolnjena izdaja, ČGP Delo, TOZD Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1985

Zupančič B. M. *et al.*, PRAKTIKUM KAZENSKO-PROCESNEGA PRAVA, Interna izdaja, Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana, 1987

Zupančič, B. M., CRIMINAL LAW: THE CONFLICT AND RULES, Seton Hall, New York, 1981

Zupančič, B. M., CRIMINAL LAW: TODAY AND NEVER AGAIN, New York Law School, rokopis 1979

Zupančič, B. M., CRIMINAL PROCEDURE TEXTBOOK, Seton Hall, Newark, 1986

## 10.2. Strokovni članki

André-Vincent, *L'abstrait et le concret dans l'interprétation*, Les archives de philosophie de droit, 1972

Arpad-Horvat, *Upotreba jezika i pisama naroda i narodnosti u krivičnom postupku*, JRKK, št. 2/1977

Avšič, *O poveljevalnem jeziku NOB Slovenije*, Nova revija, 50-51/1986

Avšič, *Pravica naroda in enakopravnost*, Sodobnost, 5/1971

Ačmović, *Nezakonito pribavljene informacije i njihovo korištenje u krivičnom postupku*, JRKK, 2-3/1985

Ačmović, *Postizanje istinitosti presuda*, JRMK, 9/1971

Bator-Vorenberg, *Arest, Detention, Interrogation and the Right to Counsel: Basic Problems and Legislative Solutions*

Bramy, *De l'effet justificatif de l'erreur en droit penal*, Revue de droit penal et criminologie, 6/1977

- Bulajić, *Međunarodni ugovori i pravni sistem SFRJ*, JRMP, 1-3/1983
- Buturović, *Nadležnost vojnih sudova u krivičnim stvarima i ustavne promene*, JRKK, 4/2, 1977
- Buturović, *Obrana pred vojnim sudom*, Naša zakonitost, 10/1973
- Chayes, *The Role of the Judge in the Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol. 89, maj 1976
- Cotić, *Razvoj vojnog krivičnog prava u NOB*, JRKK, 1/1974
- Damaška, *Dvije vrste relativno bitnih povreda krivičnog procesnog prava*, Odvjetnik, 11-12/1970
- Damaška, *Obaveštenja građana dana OUP u dokazivanju u krivičnom postupku*, JRKK, 2/1969
- Damaška, *Problem razgraničavanja stvarne i pravne zablude*, Naša zakonitost, št. 1-6/1965
- Damaška, *The Death of Legal Torture*, The Yale Law Journal, Vol. 87, 1978
- Dimitrijević, *Ljudska prava u ujedinjenim nacijama*, Arhiv, 3/1984
- Dolović, *Specifičnost odbrane pred vojnim sudom*, Pravni život, 37/1987/11
- Dorđević S., *Međunarodni ugovori i unutrašnje pravo SFRJ*, JRMK, 3/1987
- Dragosavac, *Aktuelni i internacionalni problemi: uz 40-godišnjicu AVNOJ-a, AVNOJ i savremenost*, NIŠRO, Oslobođenje - OOUR Izdavačka djelatnost, Sarajevo, 1984
- Fira, *Razvoj ustavnog sudstva*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1-2/1986
- Friedl, *Predlogi javnoga tožila v zahtevi za varstvo zakonitosti*, Pravosodni bilten, 3/1982, št. 2, Ljubljana
- Fuller, *Adjudication and the Rule of Law*, PROCEEDINGS OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 54:1, 1960
- Gašić, *Problematika zahtjeva za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude*, Naša zakonitost, 37/1983, 7-10
- Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, The Yale Law Review, Vol. 69, 1960
- Gozze-Gučetić, *Nadležnost vojnih sudova u krivičnim stvarima*, JRKK, 3/1969
- Gozze-Gučetić, *Pravosude u toku narodno-oslobodilačkog rata*, Pravni život, 5/1981
- Gozze-Gučetić, *Vojni sud*, Anali pravnog fakulteta u Beogradu, julij-decembar 1963
- Gozze-Gučetić, *Vojno pravosude i ustavni amandmani*, JRKK, 3/1969
- Gozze-Gučetić, *Vojno pravosude i ustavni amandmani*, JRKK, 2/1972
- Grgić, *Načelo neodvisnosti sudišča in sodnikov pri sojenju in uresničevanju sodne funkcije*, Pravnik, 1-2/1988
- Grubač, *Kultura in kazenski postopek*, Pravnik, 4-6/1975
- Grubač, *Mere procesne prinude u jugoslavenskom krivičnom postupku*, Zbornik radova, Novi Sad, 19/1985, 1-3
- Grubač, *Zakonsko regulisanje i primena vanrednih ublažavanja kazne*, JRMK, 1/1970
- Grubiša, *Napad - koji promašuje, obrana - koja ne uspijeva*, Naša zakonitost, 1/1981
- Grubiša, *Značenje novele ZKP od 1967 i njezine osnovne karakteristike*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 1986



Janša, *Vprašanje slovenskega jezika v JLA*, Problemi, št. 1, XXIV, Ljubljana, 1986

Jeftić, *Jugoslavija i osnovne međunarodne obaveze u pogledu ljudskih prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 3/1979

Jeschek, *Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law*, Virginia Law Review., Vol. 56

Jeschek, *The Discretionary Power of the Prosecuting Attorney in West Germany*, The American Journal of Comparative Law, Vol 18

Josipović, *Službene bilješke OUP-a o obavljenom informativnom razgovoru s osuđenikom i njegova uloga u krivičnom postupku*, Priručnik za stručno obrazovanje OUP-a, 5/1987

Jovičić, *Moć i nemoć ustava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 4/1985

Kalodera, *Vojni pravosudni organi*, JRKK, 1/1977

Kobe, *Aktualna vprašanja varstva človekovih pravic in svoboščin v kazenskem pravu*, v zborniku UVELJAVLJANJE PRAVIC DELAVCEV IN OBČANOV Z VIDIKA PRAVNIH IN Z NJIMI POVEZANIH ZNANOSTI, ČZ Komunist, Ljubljana, 1983

Kobe, *Enakost orožja v kazenskem postopku in jugoslovansko kazensko procesno pravo*, Zbornik znanstvenih razprav pravne fakultete, Ljubljana, XXXIII, 1968

Kobe, *Obaveštenja prikupljena od građana*, JRKK, 2/1979

Kobe, *Uplitanje u toku krivičnog postupka*, Naša zakonitost, 35/1982

Kostić, *Osnovne koncepcije vojnog pravosuda*, Pravni život, 3/1962

Kostić, *Vojno pravosude u NOR-u*, Bilten pravne službe JNA, 2/1974

Krapac, *Zaštita ljudskih prava u krivičnom postupku*, JRKK, 2/1980

Kristan, *Samostojna Slovenija v federativni SFRJ*, Sodobnost, 6-7/1988

Lončarević, *Praktična primjena novih propisa zakona o krivičnom postupku, o žalbenom postupku i odredaba o zahtjevu za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude*, Naša zakonitost, 7-10/1983

Lutovac, *Stalni (formacijski) branilac kod vojnog suda i njegova uloga*, Bilten pravne službe JNA, 4/1969

Lutovac, *Teoretski i zakonodavni problemi vojnog krivičnog dela*, JRKK, 2/1987

Lutovac, *Uloga i zadaci pravosuda u sistemu društvene samozaštite*, JRKK, 3/1979

Magarašević, *Opšte prihvaćene norme međunarodnog prava u pravosuđu ustavnog suda jugoslavije*, JRMP, 1-3/1979

Malobabić, *Prethodna pitanja revizije ZVS*, Pravni život, 6-7/1972

Malobabić, *Reforma pravosuda i zakon o vojnim sudovima*, JRKK, 4/1970

Malobabić-Lukić, *Reforma pravosuda i zakon o vojnim sudovima*, JRKK, 4/1970

Matić, *Kasniji zakon protivan ranijem međunarodnom ugovoru i ustav SFR Jugoslavije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1966

Mihajlovski, *O protipravnosti krivičnog dela*, JRKK, 2/1973

Miladinović, *O ravnopravnosti jezika i pisama u jugoslavenskoj narodnoj armiji*, Borba, Beograd, 29.12. 1969

Milošević, *O ravnopravnosti pisama u JNA*, Časopis za kritiko znanosti, 99/100, 1987

Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der Buergerlichen Gesellschaft*, Zeitschrift fuer Sozialforschung, 1937, 6. del

Nikolić, *Prilog pitanju promene ustava u federalnim državama*, Pravni život, 11, XXXVII, knjiga 368, Beograd, 1987

Note, *Military Justice Parker v. Levy*, 417.U.S. 733(1974), The Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, 65/1974/4

Pajvančić, *O nekim ustavno pravnim i institucionalnim pretpostavkama ostvarivanja ravnopravnosti naroda i narodnosti u SAP Vojvodini, AVNOJ i savremenost*, Sarajevo, 1984

Paradis B., *Language Rights in Multicultural States: A Comparative Study*, The Canadian Bar Review, 4/1970

Petrić, *Određivanje pritvora pre pokretanje krivičnog postupka*, 13. maj, 26/1973

Petrović, *Neka sporna pitanja u vezi sa zahtjevom za zaštitu zakonitosti u krivičnom postupku*, Pravni život, 8-9/1972

Romac, *Vojni branilac*, Bilten pravne službe JNA, 3/1969

Romac, *Vojno sudstvo i reforma našeg pravosudnog sistema*, Naša zakonitost, 3/1980

Rugelj, *Še enkrat: zakaj slab odziv v vojaške šole in akademije?*, Teorija in praksa, 10/1970

Safford-Bainbridge, *The Non-English Speaking Defendant*, The Journal of Criminal Law and Criminology, 1/1977

Schluetter, *Court - Martial Jurisdiction: An Expansion of The Least Possible Power*, The Journal of Criminal Law and Criminology, 1982

Sijerčić, *Upotreba jezika i pisama naroda i narodnosti Jugoslavije, posebno u krivičnom postupku*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XXVII, 1979

Simić-Jekić, *Pretpostavka nevinosti okrivljenog u zakonu o krivičnom postupku od 24/12-76*, JRKK, 4/1977

Šoškić, *Upotreba jezika u krivičnom postupku*, JRKK, 1987

Šošarić, *Za tožilcem sta se na Vrhovno sodišče pritožila še Janša in Zavrl*, Delo, 23.8.1988

Suvajac, *Postupak i posljedice neosnovanog privođenja i zadržavanja lica*, 13. maj, 25/1972, št. 5

Tomanović, *Sporna pitanja nužne i putativne nužne odbrane*, Pravni život, 5/1984

Toporišič, *Enakopravnost slovensčine v Jugoslaviji kot teorija in praksa*, Naši razgledi, št. 10, 1984

Ude, *Ustavnost in zakonitost ter pravosodni sistem z vidika predlogov za spremembo Ustave SFRJ*, Združeno delo, 6/1987

Vasiljević, *Ogled zakonitosti suđenja i nezavisnosti sudija*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 1979

Vasiljević, *Sodstvo in sodnik*, Pravnik, 5-7/1986

Vodinelić, *Intuicija u krivičnom postupku*, JRKK, 4/1970

Vodinelić, *Istina - jedan od osnovnih problema nauke o krivičnom postupku*, Naša zakonitost, 6/1978

Vukas, *Međunarodni ugovori u odnosu prema ustavu SFRJ, saveznim i republikim zakonima*, JRMP, 1-3/1983

Vukas, *Odnos unutrašnjeg pravnog poretka prema pravilima međunarodnog prava po ustavu SFRJ od godine 1974*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu,



2-3/1974

Vuković, *Aktivnost organa unutrašnjih poslova i efikasnosti krivičnog postopka*, JRKK, 4/1985

Zajmi, *Socialistička misao i ravnopravnost jezika*, Socializam, 10 (XI), NIP Komunist, Beograd, 1968

Zupančič, B.M., *Legitimitatio ad causam (primerjava med kazenskim in pravnim postopkom)*, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete, XLVII, Ljubljana, 1987

Zupančič, B.M., *Odnos med procesnim in materialnim (kazenskim) pravom*, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete, XLVI, Ljubljana, 1986

Zupančič, B.M., *Pravo in samopomoč*, Pravnik, 8-10/1986

Zupančič, B.M., *Deontologija pravne zmote – meje subjektivizacije kazenskega prava*, Pravnik, 5-7/1987

Zupančič, B.M., *Nekatera vprašanja porote v kazenskem postopku ZDA*, Pravnik, 8-10/1984

### 10.3. Pravni viri

Afriška listina o pravicah človeka in ljudstev, 1981

Ameriška konvencija o človekovih pravicah, 1969

Codex Justinianus, Digesta, 533

Deklaracija o pravicah človeka in državljana, 1789

Evropska konvencija o človekovih pravicah, 1950

Francoška Ustava, 1956

Habeas Corpus Act, 1679

Kazenski zakon Socialistične federativne republike Jugoslavije, Ur.l. SFRJ, 44/1976, 34/1984

Konvencija proti mučenju, drugem krutem, nečloveškem in ponižujočem ravnanju in kaznovanju, 1984

Konvencija št. 111 (Mednarodna organizacija dela) o diskriminaciji pri zaposlovanju in poklicih, 1958

Magna Charta Libertatum, 1215

Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, Ur. l. SFRJ, 7/1971

*Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed. 2nd 694 (1966)

Model Penal Code (Komentar), American Law Institute, Philadelphia, 1985

Montagnarska deklaracija, 1793

Odločba Ustavnega sodišča Jugoslavije, SU. 50/11 z dne 3.junija 1981

Poslovnik vojnih sudova prvo stopena, Sl. vojni list 18/1977

Pravilnik o izvrševanju pripora, Ur.l. SRS, 22/1981

Pravilnik o ravnanju z gradivi zaupne narave, Ur.l. SRS, 6/1983

Sklepi II. zasedanja AVNOJ, 1943

Sklepna listina Konference o varnosti in sodelovanju v Evropi (Helsinška listina), 1975

Sodba vrhovnega vojaškega sodišča, K št. 44/62, 22/2, 1962

Splošna deklaracija o človekovih pravicah, 1948

Statut meddržavnega sodišča, 1945

Temeljni zakon Zvezne republike Nemčije, 1949

---

Uredba o merilih, po katerih se določajo za ljudsko obrambo pomembni podatki, in o ukrepih za njihovo zavarovanje, Ur.l. SRS, 6/1975

Ustanovna listina Združenih narodov, 1945

Ustava Španije, 1978

Ustava FLRJ, Ur.l. FLRJ, 10/1964

Ustava Kraljevine Srbije, 1888

Ustava Republike Italije, 1947

Ustava SRS, Ur.l. SRS, 44/1974

Ustava Združenih držav Amerike, 1787

Ustavni amandmaji k republiški Ustavi, Ur.l. SRS, 5/1969

Ustavni amandmaji k zvezni Ustavi, Ur.l. SFRJ, 55/1968

Ustavni zakon FLRJ, Ur.l. FLRJ, 3/1953

Virginijska deklaracija o pravicah, 1776

Vojni krivični zakonik sa zakonom o postopku vojnih sudova i uredbo m o vojnoj disciplini, izdanje GECA KON, 1935

Zakon o izmenama i dopunama zakona o vojnim sudovima, Službeni list SFRJ, 4/1967

Zakon o Jugoslovanski ljudski armadi, Ur.l. FLRJ, 29/1955

Zakon o Jugoslovanski ljudski armadi, Ur.l. SFRJ, 52/1964

Zakon o Jugoslovanski ljudski armadi, Ur.l. SFRJ, 8/1974

Zakon o kazenskem postopku, Ur.l. SFRJ, 4/1977, 14/1985

Zakon o organizaciji in pristojnosti vojaških sodišč Jugoslovanske armade, Ur.l. DFJ, 65/1945

Zakon o potvrdi i izmenama i dopunama zakona o uredenju i nadležnosti vojnih sudova u JNA, Službeni list FNRJ, 58/1946

Zakon o pravdnem postopku, Ur.l. SFRJ, 4/1977

Zakon o rednih sodiščih, Ur. l. SRS, 10/1977

Zakon o službi v Jugoslovanski armadi, Ur.l. FLRJ, 60/1946

Zakon o službi v oboroženih silah, Ur.l. SFRJ, 7/1975

Zakon o temeljih sistema državne uprave in o zveznem izvršnem svetu ter o zveznih upravnih organih, Ur.l. SFRJ, 23/1978

Zakon o uredenju i nadležnosti vojnih sudova JNA, Službeni list DFJ, 65/1945

Zakon o vojaškem tožilstvu, Ur.l. SFRJ, 7/1965

Zakon o vojaškem tožilstvu, Ur.l., 4/1977

Zakon o vojaških kaznivih dejanjih, Ur.l. FLRJ, 107/1948

Zakon o vojaških sodiščih, Ur.l. FLRJ, 52/1954

Zakon o vojaških sodiščih, Ur.l. SFRJ, 4/1977

Zakon o vojaških sodiščih, Ur.l. SFRJ, 7/1965, 4/1965

Zakon o vojnim krivičnim delima, Službeni list, 107/1948

Zakon o vojnim sudovima, Službeni list FNRJ, 105/1947

Zakon o vojnim sudovima, Službeni list FNRJ, 52/1954

Zakon o vojnim sudovima, Službeni list SFRJ, 4/1977

Zakon o vojnim sudovima, Službeni list SFRJ, 7/1965

---



Zakon o vojnem tužilaštvu, Službeni list SFRJ, 4/1977

Zakon o vojnem tužilaštvu, Službeni list SFRJ, 7/1965

Zakonik XII plošč, 451-449 pr. n. št.

#### 10.4. *Miscellanea*

Aktualna politična vprašanja uresničevanja ustavnosti in zakonitosti, gradivo delovne skupine predsedstva CK ZKJ, september, 1987

Božič, *Najnevarnejši napad na slovenščino*, 2000, Revija za mišljenje, umetnost, kulturna in religiozna vprašanja, 33-34/1987

Drčar-Murko, *Primer Bogataj*, Teleks 31/1988

Drčar-Murko, *Sporočila slovenskega poletja 1988*, Teleks 31/1988

Human Rights, Status of International Instruments, United Nations Publication, 1988

Leskovar, *Kaj je v dokumentu?*, Teleks 31/1988

Program Zveze komunistov Jugoslavije, ČZP Komunist, Ljubljana, 1977

REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, United Nations, General Assembly, Official Records, Supplement, A/33/40

REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, United Nations, General Assembly, Official Records, Supplement, A/38/40

REPORTS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE, United Nations, General Assembly, Official Records, Supplement, A/39/40

Shakespeare, Hamlet

STUDY OF THE EQUALITY IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, United Nations, New York, 1972

Vasle, *Zakulisje tajne igre*, Teleks 31/1988

Tanjug, (Poročilo), *Sojenje je povsem zakonito*, Delo, 25.7.1988

Žagar, *Kaj je Dizdarević resnično rekel*, Teleks 31/1988,

#### 10.5. *Seznam kratic in okrajšav*

Arhiv Arhiv za pravne in društvene nauke

JRKK Jugoslavenska revija za krivično pravo i kriminologiju

JRMP Jugoslavenska revija za medunarodno pravo

KZ SFRJ Kazenski zakon SFRJ, Ur.l. SFRJ, 44/1976, 36/1977 ter spremembe in dopolnitve 34/1984, 26/1985 (prečiščeno besedilo), 74/1987

Pakt Mednarodni pakt o državljskih in političnih pravicah, Ur.l. 7/1971

Ur.l. Uradni list

Ustava Ustava SFRJ, Ur.l. SFRJ, 4/1974

ZVS Zakon o vojaških sodiščih, Ur.l. SFRJ, 4/1977, 13/1982

*Boštjan M. Zupančič ...*

## **Pravni memorandum**

Vojaški tožilec versus  
Borštner, Janša, Tasić, Zavrl

*Časopis za kritiko znanosti*  
124/125, prva izdaja 1989

### **Izdajata**

Univerzitetni konferenci Zveze socialistične  
mladine Slovenije Maribor in Ljubljana

### **Izdajateljski svet**

Dr. Andrej Kirn (predsednik), Vika Potočnik,  
Marjan Pungartnik, Branko Gregorčič,  
Ciril Baškovič, Igor Bavčar, Srečo Kirn,  
Igor Omerza, Leo Šešerko

### **Uredništvo**

Igor Bavčar, Srečo Kirn, Milan Balažič,  
Andrej Klemenc, Bojan Korsika,  
Bogomir Kovač, Lev Kreft, Mitja Maruško,  
Igor Omerza, Janez Janša, Leo Šešerko,  
Samo Škrbec, Peter Wieser, Siniša Zarič,  
Vekoslav Grmič

### **Glavni urednik**

Bojan Korsika

### **Odgovorni urednik**

Igor Bavčar

### **Sekretar uredništva**

Tonči Kuzmanič

### **Naslov uredništva**

Beethovnova 9, Ljubljana, tel. (061) 210-332

### **Oblikovanje**

Peter Žebre

### **Računalniško oblikovanje teksta**

DO Mikro Ada, sektor za namizno založništvo  
Mestni trg 13/1, Ljubljana

### **Tisk**

ČGPDelo

Revija sofinancirata Kulturna skupnost Slovenije  
in Raziskovalna skupnost Slovenije.

Po mnenju RS za prosveto in kulturo št. 421-1/74  
z dne 14. 3. 1974 je revija oproščena  
temeljne davka od prometa proizvodov.





časopis  
**kritiko**  
znanosti