



Številka: Up-629/17-58

Datum: 25. 1. 2022

LOČENO MNENJE SODNIKA DR. MARIJANA PAVČNIKA K ODLOČBI ŠT. Up-629/17 Z DNE 13. 1. 2022

MEJA PRAVNOSTI

V razpravi "Naravno pravo in narava prava" (1956) je Leonid Pitamic kot bistveni prvini prava opredelil "red" in "človečno ravnanje". Značilno mesto je tole:

"Popolnoma jasno je, da je v pravu, ki velja v vojnem stanju, že zaradi potrebe stroge discipline prvina "red" posebno poudarjena in da so opravičljivi razlogi za ohlapnejše upoštevanje prvine "človečno ravnanje" številnejši kot v normalnem času. Toda tudi tu so meje, zunaj katerih ne moremo več govoriti o pravu."¹

Problem, ki ga imam sam, je, ali smo v konkretnem primeru, ki se nanaša na enega od obdolžencev, še znotraj prava. Če nismo in gre le za videz prava, je treba uporabiti *argument neprava*, ki je najbolj znan kot Radbruchova formula.² Če smo, se moramo opredeliti do obćih pravnih načel, ki jih je treba upoštevati tudi v vojnem času. V to smer gre naša odločba, ko zgornji stavek silogističnega sklepa pomensko gradi na temelju načel, ki so jih v kritičnem obdobju v sojenjih pred vojaškimi sodišči priznavali civilizirani narodi.

¹ L. Pitamic, *Naturrecht und Natur des Rechtes* (1956). Navajam po prevodu V. Lamut v dvojezični knjigi, v kateri je tudi omenjena razprava: L. Pitamic, *Na robovih čiste teorije prava/ An den Grenzen der Reinen Rechtslehre*, ur. in uvodna študija: M. Pavčnik, SAZU, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2005, str. 117.

² Glej M. Pavčnik (ur.), *Zakonsko (ne)pravo*, GV Založba, SAZU, Ljubljana 2018. V tej knjigi je tudi prevod Radbruchove razprave *Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo* (1946).

Nosilno stališče iz utemeljitve je tole: "Vrhovno sodišče je tudi po oceni Ustavnega sodišča navedlo konkretne okoliščine", beremo v 63. točki obrazložitve, "na podlagi katerih je ocenilo, zakaj šteje, da so bili znaki kaznivih dejanj dovolj jasno določeni in je torej pri očetu pritožnice šlo za konkretizacijo kaznivih dejanj." Obdolženemu so se "očitala konkretna ravnanja [...] da naj bi (med drugim) z izdajo povzročil usmrtitev petih konkretno navedenih ljudi, dva druga človeka pa uporabil za živi ščit."

Drugo mesto, ki je prav tako pomembno, se osredotoča na

"načela, ki so bila v upoštevnem obdobju priznana v sojenjih pred vojaškimi sodišči". Poleg načela zakonitosti je bilo "med drugim mogoče prepoznati oziroma izluščiti določanje postopka sojenja s strani sodišč, seznanitev z obtožbo in v njej opredeljenimi očitki o kaznivem dejanju, izjavo obdolženca, javnost sojenja, obrambo z zagovornikom, ki je bil obdolžencu praviloma postavljen, seznanitev obdolženca z razlogi za obsodbo, izrekanje kazni na podlagi sodbe in odsotnost pravnega sredstva zoper obsodbo."³

Meja prava ni zelo visoka, gre pa za mejo, ki naj loči pravo od samovolje. Dilema, ki si jo zastavljam sam, je, ali smo še v polju, ki nam dovoljuje, da zavrnemo ustavno pritožbo proti sodbi Vrhovnega sodišča, ki je zavrnilo pritožnično zahtevo za varstvo zakonitosti zoper sodbo iz tako imenovanega kočevskega procesa, razglašeno 11. 10. 1943. S to sodbo je "[i]zredno vojaško sodišče pritožničinega očeta obsodilo, da je storil kaznivo dejanje zločinstva narodnega izdajstva."⁴

Ob tem, ko sam pri sebi tehtam razloge za in proti, ne morem mimo tega, kako se je Hans Kelsen odzval po predavanju, ki ga je imel okrog leta 1960 v Mainzu. Kelsnov odziv se je nanašal na kritični očitek enega od navzočih študentov, češ da pravni pozitivizem, ki ga zagovarja in utemeljuje, lahko spet pripelje do diktature, kakršna je bila v nacistični Nemčiji. Kot se spominja profesor Lothar Philipps, ki je na predavanju bil, je Kelsen odgovoril z naslednjimi besedami:

"Od nobene pravne teorije, pa naj bo pozitivistična ali ne, ni odvisno, ali bo spet napočila diktatura. To je odvisno samo od tega, ali ljudje, zdaj so to ljudje vaše generacije, pravočasno rečejo: Stoj!"⁵

³ Glej 65. točko obrazložitve.

⁴ Glej 1. točko obrazložitve.

⁵ L. Philipps, Von Puppen aus Russland und einer Rechtslehre aus Wien. Der Rekursionsgedanke im Recht, Slovenian Law Review, let. 4, št. 1-2 (2007), str. 195–196.

Kelsnova velika zasluga je, da s svojo čistostjo izziva in da nas na čistini pušča same. Od tu ni izhoda, ki bi nam omogočal, da se skrijemo za številko paragrafa. Prava mera mi dopoveduje, da moramo razumeti obe plati zvona. Razumeti moramo osvobodilno gibanje,⁶ ki je prek svojih organov ustanovilo izredno vojaško sodišče, in razumeti moramo obdolžence, ki so sedeli na zatožni klopi. Veliko napako bi naredili, če bi bila merila presoje današnja merila, to je merila, ki jih poznamo v ustavnih demokracijah. In napako bi naredili tudi v primeru, če bi opravičevali samovoljo.

Smer, v katero želim kreniti, je Radbruchova. Za to smer je značilno, da pravo razume kot voljo k pravičnosti.⁷ To voljo potrebujemo tudi v vojnih razmerah, čeprav je hkrati očitno – tega se zaveda tudi odločba –, da se gibljemo na spodnji ravni pravnosti. Ta raven ni odvisna samo od tistih, ki so nosilci odločanja, to raven, *volens nolens*, pogojujejo konkretne življenjske okoliščine.⁸ Te je vsekakor treba upoštevati, a le do tiste točke, ko je postopek *lege artis*. V konkretnem primeru nimamo dovolj gradiva,⁹ da presodimo, ali

⁶ Glej in prim. Izjava Slovenske akademije znanosti in umetnosti o kršitvah človekovih pravic v Sloveniji po drugi svetovni vojni (2. 6. 2009, besedilo za interno razpravo na SAZU). V Slovenska sprava. Zbornik s prispevki simpozija ob tridesetletnici pravne slovesnosti v Rogu in ob stoletnici rojstva nadškofa dr. Alojzija Šuštarja 14. junija 2020 na SAZU, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2021, str. 21–24. Izjava SAZU ima tudi močan etični naboj: "Konec druge svetovne vojne se je Jugoslavija po zaslugi partizanskega narodnoosvobodilnega boja uvrstila med zmagovite zavezniške in antifašistične države. [...] Največ množičnih usmrtitev je bilo zato prav po koncu vojne v maju in juniju 1945. Množične likvidacije so izvajale posebne vojaške enote slovenskih partizanov in jugoslovanske vojske, ki se je v zaključnih vojnih operacijah znašla v Sloveniji. Število brez sojenja umorjenih vrnjenih slovenskih beguncev presega število 14.000 [...]" (str. 21) K temu naj bo dodano, da je kočevski proces skušal biti v minimalnih okvirih pravnosti, medtem ko so bili povojni poboji grozodejstvo in čisto nepravdo. Kršena so bila "temeljna pravna načela civiliziranih narodov, med katera sodita načeli krivdne odgovornosti in postopkovnosti prava." (str. 21)

⁷ G. Radbruch, Pet minut filozofije prava. Prevod: M. Pavčnik. V M. Cerar, A. Novak, M. Pavčnik, Uvod v pravoznanstvo, 3. izd., Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2019, str. 13. Glej tudi G. Radbruch, Filozofija prava. Študijska izdaja. Prevod: A. Maček Mergole, Pravna fakulteta, Cankarjeva založba, Ljubljana 2001, str. 63: "*Pravo je resničnost, katere smisel je, da služi pravni vrednoti, ideji prava.*"

⁸ Prim. in glej T. Ferenc, Dies irae: četniki, vaški stražarji in njihova usoda jeseni 1943, Modrijan, Ljubljana 2002, str. 463–474.

⁹ Prim. in glej 78. točko obrazložitve: "Ustavno sodišče ni moglo po vsebini presojati očitkov pritožnice, ki v ustavni pritožbi ostajajo zgolj na splošni ravni, prav tako ne očitkov, ki jih je pritožnica utemeljevala s splošnim sklicevanjem na navedbe iz utemeljitve zahteve za varstvo zakonitosti. Upoštevati tudi ni moglo očitkov, za katere pritožnica ni izkazala t. i. materialnega

je bil postopek v celoti pravno korekten. Smiselno bi bilo, da bi se s tem, o čem je po osemdesetih letih pravno mogoče soditi, na načelni ravni intenzivno spoprijelo tudi Vrhovno sodišče. Bistveno je vsekakor to, da smo zvesti merilom pravnosti, ki so bila v tedanjih razmerah dosegljiva.¹⁰

dr. Marijan Pavčnik
Sodnik

izčrpanja v zahtevi za varstvo zakonitosti. (Na tem mestu je op.: Glej 27. do 32. točko obrazložitve te odločbe). V delu, v katerem Ustavnemu sodišču ni uspelo izluščiti, kaj je bil minimalni standard, ki bi bil kot splošno pravno načelo sprejet v upoštevnem časovnem obdobju, pa Ustavno sodišče ni moglo niti potrditi niti ovreči presoje Vrhovnega sodišča (*non liquet*).¹⁰ (Na tem mestu je op.: Glej 66. in 71. točko obrazložitve te odločbe.)

¹⁰ O kopici etičnih dilem in o naravi pravnosti glej delo, ki je navedeno v 1. op. Glej prispevke G. Radbrucha (Zakonsko nepravno in nadzakonsko pravo, str. 11–27), A. Kaufmanna (Pismo vnuku Finnu Baumannu o Gustavu Radbruchu in njegovi formuli, str. 29–40) in M. Pavčnika (Zakonsko (ne)pravo, str. 41–72).