



Številka: Up-629/17-60

Datum: 25. 1. 2022

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE
SODNICE DR. KATJE ŠUGMAN STUBBS
K ODLOČBI ŠT. Up-629/17 Z DNE 13. 1. 2022**

"In the course of war, who determines what is just and fair? Fairness and justice are and should be universal constants; however, the paths to fairness and justice must be malleable and adapt to different circumstances."

Michaela Halpern¹

Odločitev pred nami je bila svojevrsten sodniški izziv. Ko sem namreč ob izvolitvi na funkcijo ustavne sodnice podala prisego v parlamentu, sem morala na najvišjem sedežu predstaviške demokracije obljubiti, da bom sodila po Ustavi, zakonu in po svoji vesti.² Nikoli si nisem mislila, da bom morala pri svojem sodniškem delu kot zgornjo premiso uporabiti kakršenkoli drug pravni standard kot navedene pravne vire. V primeru, h kateremu pa pišem to ločeno mnenje, pa se ne morem nasloniti na njih, pač pa se moram zanašati na izmuzljivo zgornjo premiso – tako imenovana splošna pravna načela, ki so jih v času druge svetovne vojne priznavali civilizirani narodi.³ Kot je razvidno iz izraza

¹ M. Halpern, Trends in Admissibility of Hearsay Evidence in War Crimes Trials: Is Fairness Really Preserved? *Duke Journal of Comparative and International Law*, let. 29, št. 1 (2018), str. 103.

² To je del prisega, ki ga določa 15. člen Zakona o Ustavnem sodišču.

³ Člen 38 Statuta Meddržavnega sodišča v točki 1(c) določa, da Sodišče uporablja splošna pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi (*the general principles of law recognized by civilized nations*). Kako težko ulovljiv je njihov pomen, je razvidno že iz diskusij ob sprejemu statuta. Glej F. T. Freeman Jalet, The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations: A Study, *UCLA Law Review*, let. 10, št. 5 (1963), str. 1044–1050. Glej tudi R. Yotova, Challenges in the Identification of the "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations": The Approach of the International Court, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, št. 3 (2017), str. 269–325.

samega in kot ugotavljajo poglobljene študije tega področja, gre za izredno nedoločne standarde, katerih določne in dokončne vsebine ni.⁴

Odločba z izredno predanostjo in minuciozno natančnostjo analizira številne vire prava in akademske članke, z namenom zasnovati ali vsaj razumeti to izmuzljivo zgornjo premiso (glej 36.-46. točke obrazložitve). Ustavnemu sodišču v tem pogledu res ni mogoče očitati hitenja, površnosti ali tendencioznosti. Zajeli smo predvojne in povojne konvencije, kočevski proces primerjali s podobnimi sojenji, ki so potekala med drugo svetovno vojno in po njej, upoštevali sodno prakso ESČP in preštudirali številne akademske prispevke na to temo. Ugotovitev, na katere prepričljivo odgovori odločba, ne bom ponavljala, bom pa v tem ločenem mnenju pojasnila tudi edino preostalo "zgornjo premiso" – svojo vest⁵ – in razložila, zakaj sem lahko z mirno vestjo podprla odločbo.

I. Ni šlo za inkriminacijo statusa

V nasprotju z navedbami pritožnice njen oče Viktor Habič ni bil v postopku zgolj zato, ker je bil "zgolj" član belogardistov. Obsojen je bil zato (kot navaja sodba), ker je (1) v Bizoviku, oblečen v italijansko uniformo, povzročil internacijo 20 Bizovičanov in za poimensko navedenih pet od njih zahteval smrtno kazen, ki so jo izvršili Italijani, po tem pa se je zatekel pod italijansko zaščito, in (2) ker je v času, ko je bataljon Toneta Tomšiča napadel Bizovik, pred postojanko bele garde odpeljal starše in sestro partizana in ju postavil med borbo na vrata, kjer sta bila oče in sestra ustreljena. Pritožničin oče je bil torej med drugo svetovno vojno obsojen za dve dejanji izdaje, zaradi katerih je umrlo 7 ljudi.

Kot izdajstvo se je tedaj (in še danes) razumelo aktivno sodelovanje z okupatorjem, kar dejanje, kot ga opisuje sodba, nedvomno predstavlja.⁶ Skozi celotno človeško zgodovino je bilo kaznivo dejanje izdajstva inkriminirano,⁷ v času vojne pa tudi kruto kaznovano.⁸ To

⁴ "In countless cases, international courts have referred to this source of international law, and have invoked the general principles as a basis for their decisions. But if we read the opinions, we look in vain for an answer to the question: How did the Court know that the particular rule or principle it relied on was in fact a general principle of law recognized by civilized nations? In case after case, the judge writing the opinion simply expressed a hunch, a hunch probably based upon the legal system or systems with which he happened to be familiar." R. B. Schlesinger, Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations, The American Journal of International Law, let. 51, št. 4 (1957), str. 734.

⁵ Glej tudi govor akademika Tineta Hribarja ob Dnevu ustavnosti 2021, dostopno na [Slavnostna seja Ustavnega sodišča ob dnevu ustavnosti – Ustavno sodišče Republike Slovenije \(us-rs.si\)](https://www.us-rs.si/).

⁶ Zanimivo je tudi dejstvo, ki so ga nekateri obdolženci poudarjali, da so kot belogardisti za svoje služenje Italijanom dobivali celo mesečno plačilo. Glej recimo pričevanje obtoženega Franca Miheliča.

⁷ F. Adler, G. O. W. Mueller, W. S. Laufer, Criminology, McGraw-Hill Inc., New York 1991, str. 9–10.

je upošteval tudi Odlok SNOO, ki je določal kaznivo dejanje zaščite naroda in ki je bil podlaga kočevskemu sodnemu procesu.⁹

II. Šlo je za vsebinsko poglobljeno in individualizirano sojenje

Povsem drugo vprašanje pa je, ali so se dogodki, zaradi katerih je bil pritožničin oče obsojen in ustreljen, zares dogodili tako, kot je to opisano v sodbi. Glede tega je presoja Ustavnega sodišča vedno omejena, to pa še posebej velja skorajda 80 let po dogodkih. Ustavno sodišče ne preverja dejanskega stanja, ga ne presoja. Omejeni smo na preverjanje stališče drugih sodišč. Ker pa je "zgornja premisa" lastne vesti v tem primeru še posebej pomembna, pa lahko vsaj pogledam, kako prepričljiva deluje obrazložitev sodbe kočevskega sodišča.

Iz sodbe izhaja, da je obtoženi Viktor Habič priznal, da je bil član belogardistične postojanke v Bizoviku, sama dejanja in krivdo pa je zanimal. Njegov zagovor sta ovrgli dve priči. En pričevalc je oba dogodka, ki sta bila predmet obsodbe, videl na svoje oči, drugemu pa sta dogodka smiselno enako podrobno opisala žena kot očividka in nek drug očividec, ki je potrdil dogajanje v povezavi z drugim dogodkom. Sodbi v tem pogledu gotovo ni mogoče oporekati prepričljivosti: osnovana je na enem pričevanju očividca in posrednih dokazih, ki pričevanje očividca potrjujejo. Če upoštevamo še to, da je bila zaradi prihajajoče ofenzive in časovne stiske možnost ugotavljanja dejanskega stanja omejena, se zdi, da je dokazna podlaga dovolj prepričljiva.

Kar me še posebej prepriča v to, da je šlo za pravo (in ne *pro forma*) sojenje in da je tudi dokazna ocena verodostojna, pa je vsaj še dvoje.

(1) Iz sodbe izhaja, da je sodišče navajalo pričevanja številnih prič, jih tehtalo in primerjalo z drugimi dokazi, nekaterim verjelo, drugim ne, ocenjevalo verodostojnost prič in ta stališča obrazložilo ipd. Sodba dovolj natančno povzema navedbe obdolžencev in prič – od tega, da so nekatere stvari priznali, druge zanimali.¹⁰ V primeru obtoženega Jožeta Štepca je, recimo, sodišče zavrnilo določeno obtoženemu nenaklonjeno pričevanje, češ, da priča ve za določene podatke samo na podlagi pričevanja drugih oseb (danes bi temu rekli posredni dokazi) in da so izpovedbe premalo konkretizirane. Ob branju sodbe z distance skorajda 80 let nikakor ni mogoče *a priori* trditi, da je sodišče izhajalo iz

⁸ Pravna podlaga za kaznovanje vojnih zločincev po mednarodnem pravu in številnih nacionalnih pravnih ureditvah je priznana tudi v sodni praksi ESČP. Glej recimo sodbo v zadevi *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, z dne 17. 5. 2010, 41.–142. točka obrazložitve.

⁹ Glej 61. točko obrazložitve sodbe /naše odločbe?/.

¹⁰ Po opažanju sodišča so nekateri obtoženci prostodušno in celo z zadovoljstvom priznali svoja dejanja (npr. obsojeni Mihelič). Obdolženi Vladimir Kien naj bi svoje priznanje podal cinično.

presumpcije krivde, da ni tehtalo dokazov in da je verjelo vsem obremenilnim dokazom. Ravno nasprotno. Sodbe vsebujejo za tiste čase detajlno in pretanjeno dokazno oceno.¹¹

(2) Dejstvo je, da je bilo na kočevskih procesih obtoženih 20 ljudi, od tega jih je bilo 16 obsojenih na smrtno kazen, štirje pa ne. Sodišče je v sodbi glede slednjih izrecno poudarilo, da so bili kljub "izdajalskemu delovanju" obsojeni na prisilno delo in ne na usmrnitev. Pri tem je navedlo različne olajševalne okoliščine. Pri obdolžencih Notu, Jermanu in Bačniku, recimo, da so bili člani plave garde le kratek čas ali da so bili vanjo zapeljani, da pa niso igrali nobene vidnejše vloge oziroma se v tej organizaciji niso vidno udeleževali.¹² Iz navedenega je več kot očitno, da je sodišče v resnici *razlikovalo med različnimi položaji obsojencev* in pri sojenju upoštevalo različne olajševalne okoliščine. Prav tako tudi ta del sodbe jasno pokaže, da pri sojenju samo dejstvo, da je bil nekdo član belogardistov, ni avtomatično pomenilo smrtne obsodbe. Sodišče je torej naredilo natančno to, kar se od sodišče pričakuje – individualno obravnavalo posamezne obdolžence.

Konec koncev pa že sama dejstva, da je bila v zadevi spisana obsežna sodba, da so bili vsi zagovori stenografirani in da o celotnem sojenju obstaja obsežen arhiv, kažejo na to, da je sodišče poskušalo zagotoviti transparentnost sojenja.

III. Procesna varovala

Nekaj dni pred nemško ofenzivo je bilo na osvobojenem ozemlju organizirano tridnevno sojenje pred sodiščem, ki so ga sestavljali (pravi) sodniki in (pravi) zagovorniki. Kakšen bi bil primeren čas za pripravo obrambe med vojno, tik pred ofenzivo?¹³ En dan, dva dni, teden dni? Na to vprašanje ne odgovori nobeno pravno načelo civiliziranih narodov.¹⁴ Dejstvo je, da je bil pritožničin oče seznanjen z obtožnico, imel je čas za pripravo obrambe ob pomoči zagovornika. Zagovornik ga je na sojenju aktivno branil, sodeloval pri zaslišanju sovražnih prič, pri soočenju svojega klienta z njimi in imel zaključni govor, v katerem je opozarjal na olajševalne okoliščine (glej 68. točko obrazložitve odločbe). Obtoženi je torej imel čas za pripravo obrambe, čeprav se ta v današnjih okoliščinah

¹¹ V celoti gledano pa je ocena pričevanja številnih prič in obrazložitev kočevskega sodišča tako pravno kot zgodovinsko in psihološko zanimivo branje.

¹² Četrty obdolženec pa je celo rešil življenje enemu partizanu.

¹³ Prav gotovo nismo bili prvi, ki smo si postavljali to vprašanje. "What is considered to be "adequate" time to prepare a defence is very case specific, and it is impossible to set a universally applicable standard." A. Zahar, G. Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York 2008, str. 308.

¹⁴ Še danes tečejo tudi razprave o tem, ali je bilo sojenje vojnim zločincem v Nürnbergu v skladu temi načeli. In očitki letijo na prav enake okoliščine; ali je bilo zagotovljenega dovolj časa za obrambo, je bilo zagotovljeno pravno sredstvo? Glej recimo T. McKeown, *The Nuremberg Trial: Procedural Due Process at the International Military Tribunal*, *Victoria University of Wellington Law Review*, let. 45, št. 1 (2014), str. 110.

nedvomno zdi kratek (cca 24 ur), in izvajal je aktivno obrambo s pomočjo profesionalnega odvetnika. V odločbi je podrobneje odgovorjeno tudi na konkretne očitke pritožnice, ki jih v izogib ponavljanju ne bom posebej povzemala.

Tudi na sojenju v Nürnbergu, ki je potekalo brez časovne presije, v povsem drugačnih povojnih okoliščinah, so imeli obtoženci omejen čas za pripravo obrambe. Tako je eden od glavnih očitkov temu sojenju, da ni bila podana enakost orožij. Obrambi je bilo namreč ob kopici materialov (med 12.000–15.000 listinskih dokazov) dano premalo časa za pripravo obrambe,¹⁵ poleg vsega pa so morali nemški odvetniki izvajati obrambo še po pravilih povsem drugega pravnega sistema (*common law*). Obrambi je bilo celo prepovedano navajati dokaze, ki bi obremenjevali zaveznike.¹⁶ Prav tako (poudarjam: v mirodobnem času) zoper sodbo tribunala ni bila dovoljena pritožba.¹⁷ Nekateri avtorji tudi argumentirano trdijo, da je v primerih vojnih zločinov upravičeno priznati fleksibilnost nekaterih pravnih pravil, da se doseže pravičnost.¹⁸

IV. Sklepno

Sojenja v t. i. kočevskih procesih, ki so potekali med vojno, na osvobojenem ozemlju oktobra leta 1943 nekaj dni pred začetkom nemške ofenzive, v procesnem smislu seveda ne moremo meriti z današnjimi standardi. Nedoločni pravni standard načel, ki so jih v tistih časih priznavali civilizirani narodi, pa nam pri teh vprašanjih ne more brezprizivno pomagati. Ključno vprašanje torej je, ali je bilo sojenje *dovolj pošteno za medvojni čas*, za takratno stopnjo razvoja pravne kulture in takrat veljavne mednarodne pravne norme.

Glede na temeljito preštudirano primerjalno podlago lahko brez dvoma potrdimo, da je šlo za sojenje, ki je bilo v vseh pogledih primerljivo z medvojnimi ali celo povojnimi sojenji vojnim zločincem in kolaborantom v drugih državah. Ga je obarvala vojna? Da. Ga je obarvala ideologija? V našem primeru to niti ni pomembno vprašanje. Dejanje, kot je opisano v sodbi, bi bilo kaznivo povsod po svetu. Imam pomisleke glede izrečene kazni? Da. Tukaj stojim s Kocbekom. Niti najmanj ni dvomil o krivdi in potrebi kazni, nasprotoval

¹⁵ Očitki gredo celo v smer prikrievanja določenih dokazov. H. Latenser, *Looking Back at Nuremberg Trials with Special Consideration of the Processes against Military Leaders*, *Whittier Law Review*, let. 8 (1986), str. 560–561.

¹⁶ T. McKeown, nav. delo, str. 118–119, 126.

¹⁷ Prav tam, str. 130–131.

¹⁸ "War is not a normal circumstance and war crimes are not normal crimes as contemplated by national laws. The path to justice requires flexibility and attention to the precarious circumstances surrounding a world emerging from complete upheaval. The general admissibility of hearsay evidence, in itself does not provide a great threat to the rights of the accused in the course of war crimes trials. Examination of these war crimes trials indicate that, contrary to common law perceptions, it is possible to allow typically inadmissible evidence and still preserve fairness." M. Halpern, nav. delo, str. 103–104.

pa je brutalnemu kaznovanju.¹⁹ Vendar mi je lahko modrovati o sankciji iz pozicije človeka, ki nikoli ni doživel vojne in kolaboracije in živi v času, v katerem v Evropi že desetletja ni bila izrečena smrtna kazen.

Sodba v kočevskem procesu ni sodba o komunizmu, ideologiji ali revoluciji. Tudi ni sodba o vsem, kar se je dogajalo po vojni. Je sojenje človeku, ki je med vojno aktivno sodeloval z okupatorjem in s tem zakrivil smrt sedmih sorojakov.²⁰ Je bilo to sojenje pošteno? Enako se lahko vprašamo, ali so bili Nürnberški procesi pošteni. Kot navajajo preučevalci teh procesov, se velika večina zgodovinarjev in pravnih strokovnjakov strinja, da so bili *glede na okoliščine (given the circumstances)*²¹ tamkajšnji obtoženci deležni dovolj poštenega sojenja. Tudi sama na podlagi vsega povedanega in v skladu s svojo vestjo ocenjujem, da je bil pritožničin oče, glede na takratne okoliščine, deležen poštenega sojenja.

dr. Katja Šugman Stubbs, l.r.
Sodnica

¹⁹ A. Inkret, In stoletje bo zardelo: Kocbek, življenje in delo, Modrijan, Ljubljana 2011, str. 214. Poseben poklon umetniku Matjažu Bergerjeu za postavitve predstave 'In stoletje bo zardelo – primer Kocbek' in zahvala za vse posredovane informacije o virih na to temo.

²⁰ "War is not a normal circumstance and war crimes are not normal crimes as contemplated by domestic criminal laws. Consequently, war crimes trials cannot be considered under the same procedures as everyday domestic criminal trials." M. Halpern, nav. delo, str. 124.

²¹ T. McKeown, nav. delo, str. 118.