

Funkcija kontradiktornosti v kazenskem postopku

Boštjan M. Zupančič*

Esej o procesni epistemologiji

Uvod

Websterjev slovar opredeljuje epistemologijo kot »vedo o naravi in temeljih znanja s posebnim ozirom na meje in veljavnost«. Grška beseda **epistémé** pomeni znanje in je izvedena iz glagola **epistanai**, vedeti, razumeti. Epistemologija je torej veda o naravi in mejah človekovega spoznavanja nasploh. V znanosti na primer beseda pomeni to, kar dostikrat imenujejo znanost o znanosti; v filozofiji bo isti pojem obsegal ontologijo, vedo o oblikah in naravi bivanja.

Tudi v pravu obstajajo posebne veje, ki se ukvarjajo z naravo spoznanja tistih dogodkov in stvari, ki so s pravnega stališča važni in odločilni. Merila za to, kaj je v pravu važno in kaj ne, bi lahko imenovali vsebinska, na drugi strani pa bi procesna pravila skupaj s Kelsenom imenovali »adjektivno« pravno. Čeprav ta delitev ni tako jasna, kakor bi si morda kdo na prvi pogled predstavljal, je pa vendarle res, da je proces — civilni, kazenski, upravni — oblika spoznavanja sveta v perspektivi, kakor jo opredeljuje materialno pravo. Ko je profesor Juhart v svojem učbeniku o civilnem postopku zapisal star slovenski rek: »Da se resnica prav spozna, je treba slišati oba zvona!«, je s tem izrazil epistemološko resnico, o kateri so v pravoznanstveni literaturi napisane cele knjige.

V pričujočem sestavku bosta načeti predvsem dve skupini vprašanj. Najprej si bomo zastavili vprašanje o tem, kako določena dejstva v kazenskem procesu **sploh postanejo** odločilna, »pravno relevantna«, v drugi skupini pa se bomo dotaknili vprašanja procesne kontradiktornosti, ali enostavneje rečeno, vprašanja, zakaj še vedno rešujemo problem krivde in kazenske odgovornosti v okviru organiziranega prepira.

Ta vprašanja niso samo pravnega in tudi ne samo teoretičnega pomena. S političnega in zgodovinsko materialističnega stališča je kaj bistveno vedeti, ali uporaba kazenskega prava v resnici teži k temu, kar Max Weber imenuje »formalna razumnost«, ali pa, na drugi strani (in zakaj) je mogoče govoriti o pravu kot in-

strumentu politike, ki s svojim razpredenim razpravljanjem (Nicos Poulantzas: »discoursivité«)¹ le prikriva resnico o zatiranju.

I.

Tako v kontinentalni kakor v anglosaksonski literaturi se o vlogi kazenskega procesa pogosto razpravlja kot o »resnico iščoči funkciji«.² Večina avtorjev v obeh pravnih sistemih (čeprav sta si prav v procesnem pogledu morda najbolj različna) predpostavlja, da je popolnoma jasno, o kakšni »resnici« je govora, češ, gre enostavno za to, da se ugotovi, ali je osumljenec, obdolženec »v resnici« napravil to, kar se mu očita.

Osumljenci, obdolženci in obtoženci pa seveda nikoli ne napravijo tistega, kar se jim očita. Kadar vlomilec vdre v tuje stanovanje, ne »vlamlja«, saj ne razmišlja o tem, ali je njegovo ravnanje pravno gledano »vlom«. Njemu je enostavno do denarja in dragocenosti. Kako pravniki gledajo na njegovo ravnanje mu postane važno šele, ko se (če se) brani pred sodiščem.

Ne gre le za to, da osebe v kazenskem postopku ne doživljajo svojih dejanj s stališča kazenskopravnega etiketiranja. Zastavlja se resnično vprašanje, kako dobi določeno človekovo dejanje **naziv** določenega hudodelstva; zastavlja se čisto resno vprašanje, ali vlom **kot pojem** objektivno sploh obstaja, saj je bilo npr. že Hobbesu jasno, da »s prenehanjem prava prenehajo tudi hudodelstva«.^{2a} Na samotnem otoku, ki ni pod vlado nobene države, kaznivih dejanj enostavno ni.

Druga vrsta problemov iz tega sklopa pa zadeva bolj tehnično vprašanje o tem, kako se oblikuje **zgornja premisa** tistega kazenskega silogizma, v sklepu katerega se izkaže krivda ali nedolžnost obtoženca.

V formalni logiki³ poudarjajo, da določena denotacija (naziv) še ne pomeni, da predmet te detonacije v resnici obstaja. V fiziki so npr. dolgo govorili o »etru«, ki da napolnjuje medzvezdne prostore, s tem pa seveda še ni bilo rečeno, da

¹ Glej Nicos Poulantzas: »*L'État, le Pouvoir, le Socialisme*«, Presses Universitaires de France, 1978, I. del, 3. poglavje.

² Npr. Levin and Cohen, »*The Exclusionary Rule in Non-Jury Criminal Cases*«, 119 U. Pa. L. R. (1971): »the truthfinding function«.

^{2a} »The Civil law ceasing Crimes cease.« Hobbes, »*Leviathan*«, 152 (1651).

³ Glej npr. Emmet, »*Handbook of Logic*« Littlefield, New Jersey, 1967, str. 17—23.

* Boštjan M. Zupančič, dipl. pravnik, mag. prava, docent za kazensko materialno in procesno pravo ter za primerjalno pravo, Iowa University College of Law.

snov tudi obstaja. Znana je anekdota o otroku, ki je vprašal, kako vemo, da se ozvezdje Orion »v resnici« tako imenuje.

Pravniku, katerega poklic je dajati dejansko vsebino pojmom kakor je »vlom«, ker bi sicer ostali na papirju kot mrtva »denotacija«, se prav lahko primeri, da prične dejanskost kazenskega zakonika jemati kot nekaj samo po sebi umevnega.

V moderni filozofiji so za ta del najbolj znana stališča avstrijskega rudarskega inženirja **Ludwiga Wittgensteina (1889–1951)**, katerega si je preko Bertranda Russella prisvojil anglosaksonski zahod in ga napravil za starešino tako imenovane analitične filozofije.

Wittgenstein je najbolj znan po dvojici svojih del, od katerih prvo »**Tractatus Philosophicus**« (Wittgensteinovo obdobje od 1913 do 1929), pomeni vrhunec analitične filozofije, medtem ko drugo »**Filozofske raziskave**« (obdobje od 1936 do smrti), pomeni dokončni razpad te filozofske veje. Za pravnika je po mojem mnenju najbolj zanimivo manjše delo, izdano pod naslovom »O gotovosti«,⁴ v katerem se Wittgenstein ukvarja predvsem z vprašanji, kakršna zanimajo tudi nas v pričujočem prispevku.

Čeprav so ta vprašanja najpogostejše predstavljena v zapletenem filozofskem jeziku, gre vendarle za čisto enostaven problem. Dejanskost, kakor nas obkroža, vključno z vsemi poimenovanimi kaznivimi dejanji, **kot taka** ne obstaja. Dejstev **kot takih**, pa naj se kazenske sodbe nanje še tako sklicujejo, ni. Obstajajo samo človeške (in torej družbene) zaznave nečesa, kar je »tam zunaj« in čemur damo zaradi potrebe po sporazumevanju določeno ime. Že od Kanta dalje je jasno, da neposrednega stika z dejanskostjo ljudje ne moremo imeti. Razpravljanja, npr. o tem, ali je določeno človekovo dejanje »deviantno« (sociologi), »bolno« (zdravniki), »škodljivo« (ekonomisti) ali »kaznivo« (pravniki), lepo ponazore, da sama perspektiva in namen že dobera opredeli ta objekt, o katerem je govor. Zneane borbe med pravniki in zdravniki o tem, ali gre za »duševno bolezen« ali za »neprištevnost« so vse premalokrat povod za globlja razmišljanja o resničnosti tiste umetne dejanskosti, s katero se pravniki (in v tem primeru tudi zdravniki) obkrožajo.

Wittgenstein stoji na stališču, da se otrok, doraščajoč v določeni družbi priuči določenih »jezikovnih iger«, ki jih kasneje privzame kot same ob sebi umevne^{4a} in na katerih gradi **od tod naprej** logičnodosledno zgradbo svoje zavesti. Le da temelj te zgradbe ni nikoli povsem dokazan.

Leta 1931 je petindvajsetletni **Kurt Gödel** z dunajske univerze objavil svoje delce »**Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme**«, v katerem je matematično neoporečno dokazal, da aksiomi, na katerih je že od starih Grkov dalje gradila svojo deduktivno zgradbo geometrija (in od Arhimeda dalje delno tudi fizika), ne le niso dokazljivi, ker se pač dokazujejo po intuiciji, temveč tudi ne morejo v resnici predstavljati temelja za celokupno zgradbo geometrije in aritmetike. Še več, dokazal je, da je nemogoče vzpostaviti notranjo logično doslednost v obsežnih deduktivnih sistemih, kakor npr. v sistemu temeljne aritmetike. Kar je Gödel storil matematiki, to je Wittgenstein storil filozofiji: dokazal je, da prav ničesar, o čemer je mogoče govoriti, ne more biti dokazano kot resnično, ker je vsak miselni sistem utemeljen v predpostavki še širšega sistema, ki navsezadnje zahteva preskok na podlagi predpostavke, ne dokaza.

Od tod naprej postane torej nesprejemljivo poenostavljeno jemanje kakršnekoli dejanskosti, ne le pravne, za samo ob sebi umevno. Wittgenstein pa vendarle ne gre do konca relativnosti, ko uči, da je npr. nemogoče reči: »To je moja roka« in to tudi dokazati. Njegovo stališče je **antropocentrično**: pripoznava da so s stališča homini sapientis določene stvari zares take in take, ker smo ljudje kot vrsta pač taki in taki.

Wittgenstein ne trdi, da npr. zelena barva ne obstoji, trdi pa (1), da obstoji le v **odnosu** do nas kot vrste, ki je včasih živela od sadežev in ji je bilo torej bistveno za ohranitev, da je bila sposobna prepoznavati barve (2). Trdi tudi, da je (prav tako) nemogoče dokazati, da je barva kot taka zares zelena, podobno kot je absurdno dokazovati, da je ozvezdje »Orion« zares tako imenovano.

Z našega ožjega kazenskopravnega stališča je taka filozofija, ki ne večnih, ne začasnih resnic

⁴ Ludwig Wittgenstein »Über Gewissheit«, uredila Auscombe in Wright, v prevodu izdano pod naslovom »On Certainty«, Harpevand Row, New York 1969.

^{4a} V sociologiji zlasti marksistični, obravnavajo ta problem pod Gramscijevim nazivom »Hegemonija« dominantne družbene zavesti. Glej imeniten članek Raymonda Williamsa **Base and Superstructure in Marxist Cultural Theory**, 82 New Left Review 3–16.

ne jemlje več resno, zanimiva v dveh pogledih. Najprej verjetno ni slučaj, da je taka miselnost vznikla v dvajsetem stoletju, kakor ni bil slučaj z zgodovinskega stališča, da je marksizem kot filozofija vzniknil kako stoletje prej. Družbeni pogoji na prehodu iz razvitega kapitalizma v nove družbene formacije so taki, da ljudje tistega, kar je bilo še pred desetletji mogoče jemati za samo ob sebi umevno, ne morejo več verjeti. Človekova individualna zavest je vendar le inačica splošne družbene zavesti, preko katere smo vsi člani družbe siamski dvojčki velikega socialnega telesa. Kadar se to telo zvija v krčih nove levitve, je tudi individualna zavest veliko bolj izpostavljena. Vrednote, to je miselne predpostavke, katerih ljudje ne preizkušajo, se izgube v megli iskanja novih rešitev, tradicije se podirajo in zato ne preseneča, če freudovsko rečeno, integracija tega ne dosega tiste ravni, ki bi jo sicer dosegla. Shizoidni procesi v individualni zavesti, za katere je značilen dvom o lastni eksistenci, so le odraz širšega statističnega iskanja istovetnosti.

Bolj konkretno, družba dvomljivcev, če jo smemo tako imenovati, se ne pusti zlahka zapeljati denotacijam kot »krivda«, »odgovornost«, »kazen«, itd. Ker nobeden teh pojmov nima neminljivega temelja v materialnem svetu, temveč sloni na povsem določnih in minljivih odnosih ekonomske menjave, bo aktualnost takih pojmov nujno preminila skupaj s svojim ekonomskim temeljem. Za kaj gre?

Kot bomo videli kasneje, je bilo že Nietzscheju in Pasukanisu^{4a} jasno, da sloni celo tako mistificiran pojem, kot je »kazenska odgovornost«, na čisto enostavnem pojmu **menjave**. Ta doktrina, ki velja že od Aristotela dalje, da je namreč delikt neprostoovoljno sklenjena menjalna pogodba, izraža splošno predpostavko, da vsako hudodelstvo **zahteva** (Kantov »kategorični imperativ«) kazen: **do ut des, faio ut facies**. Vse do nastanka take družbene zavesti, ki je sposobna dvomiti tako v privatno lastnino kakor v načinu njene menjave, je pogodbeni daj-dam, predpostavka, **vrednota, katere nihče ne izzove**. Po najnovejših socioloških analizah,⁵ ki merijo prav predpostavko, da mora kazen po svoji stro-

gosti ustrezati teži kaznivega dejanja, so prišli do »dramatične« ugotovitve, da ameriški depri-vilirani in črnski sloji to predpostavko jemljejo precej manj resno, kot bela srednjerazredna populacija.⁶ Ko pa privilegirani odnos človeka do stvari izgubi svojo zgodovinsko aktualnost, postane tudi veliko manj jasno, da mora veljati v vsaki menjavi načelo **ekvivalenta**. To načelo ekvivalenta — daj dam — se podzvestno prenaša v kazensko pravo. Ko izgubi svojo zgodovinsko vlogo, je ljudem nenadoma mogoče dvomiti v načelo, da »je treba« vsako kaznivo dejanje kaznovati s »**primerno**« kaznijo. Visokoleteče nalepke kot »kazenska odgovornost« nenadoma nimajo več tistega slovesnega prizvoka, kakor so ga imele včasih. Tako pričenja odmirati kazensko pravo.

Če se sedaj vrnemo k razpravi o »resnico iščoči funkciji« kazenskega postopka, morda opazimo, da je veliko manj jasno, kakšna naj bi ta resnica bila. Predvsem je morda manj jasno, kako resnična je ta resnica. Tudi z ožjega čisto pravnotehničnega stališča je mogoče dokazati, da na videz neoporečni kazenskopravni silogizem še daleč ni ne silogizem ne neoporečen. Vzemimo za primer kaznivo dejanje **uboja**. Po običajnem postopku, kakršnega se uče študentje prava, vzamemo za **zgornjo premiso** kazenskega silogizma opredelitev uboja (»kdor komu namenoma vzame življenje...«), za **spodnjo premiso** dejstva konkretnega primera, kot **sklep** pa dobimo odgovor **krivdoreka**:

zgornja premisa: definicija kaznivega dejanja
spodnja premisa: dejstva posameznega primera
sklep: kriv/nedolžen

Stvar pa je seveda veliko bolj zapletena. **Prvič**, ni jasno, da silogizem dejansko opisuje način razmišljanja. Znani epistemolog Popper poudarja, da formalno logične operacije te vrste ne opisujejo psihološkega načina razmišljanja, temveč

^{4a} Nietzsche, *On the Genealogy of Morals*, prev. W. Kaufman, Vintage Books, N. Y., 1969, str. 57—96 in Pašukanis, *Law and Marxism*, B. Eingorn, prev., Iuk Links, London, 1978, str. 166—188.

⁵ Hamilton in Rytina: »Social Consensus on Norms of Justice: Should the Punishment fit the Crime?«, 85 Am. Jour. Soc. III7 (marec 1980).

⁶ Spominjam se, da je nekdanji profesor Philip Heyman, sedaj državni podžilec za kazenske zadeve ZDA, svoja predavanja o kazenskem pravu vedno pričel z motom: »Pa zakaj vendar sploh kaznujemo?« Tisti študenti, ki bi jih skupaj z Weberom lahko imenovali praktično racionalne, ali po naše pragmatično kratkovidne, so se iz profesorja norčevali. Zanimivo pa je, da se celo v tako konservativnem središču legitimacije kapitalizma, kot je Harvardska pravna fakulteta, ta vprašaj nad kazensko odgovornostjo pri mislečih posameznikih lahko spontano pojavi. Na samo vprašanje: »Zakaj kaznujemo?« je morda najlepše odgovoril ravno Nietzsche v svoji »Genealogiji morale«, Drugi esej.

opisujejo le način *ex post* utemeljevanja sklepov, do katerih smo prišli na čisto drug način.⁷ Kakor je dejal Bertran Russell: »Če bi vedeli, od kod prihajajo ideje, bi bila vsa znanost mesečina«. Formalno-logični silogizem je način sporočanja in utemeljevanja pravnega sklepa, niti malo pa ne opisuje tistega temeljnega miselnega procesa, ki se francosko imenuje »la qualification de cas«.

Pravna kvalifikacija primera kot miselnega procesa začne teči že tisti trenutek, ko nekdo, ki je za to poklican in izobražen pride v stik z novico o kaznivem dejanju.⁸ Prvotna kvalifikacija primera — »To je kaznivo dejanje nedovoljene trgovine« — opredeli merila, po katerih nekatera dejstva postanejo bistvena, čeprav bi

⁷ »...delo znanstvenika sestoji v ustvarjanju in preizkušanju teorij. Prva faza tega postopka, rojevanje ali iznajdba kake teorije, niti ne zahteva logične razčlenbe, niti ni sposobna biti tako razčlenjena. Vprašanje, kako se nova ideja človeku rodi — pa naj bo to glasbeni motiv, dramatičen zaplet ali znanstvena teorija — morda zanima empirično psihologijo. Toda to vprašanje je brezpredmetno kar zadeva logično razčlenbo znanstvenega spoznavanja. To slednje se ukvarja samo z vprašanji utemeljitve in veljavnosti (Kantov *quid juris*) ne pa z vprašanji o dejstvih (Kantov *quid fasti*)« Karl Popper: »The Logic of Scientific Discovery«. Harper, 1968, str. 31.

Gre torej enostavno za to, da ideja ni isto kot npr. silogizem.

Glej zlasti str. 31: »Metodologija ni opis psiholoških procesov, ki se odvijajo v znanstveniku, temveč racionalna rekonstrukcija logičnih postopkov, s katerimi znanstvenik utemelji svoje trditve« (Podčrtal B — M. Z.)

Glej tudi Carnap: *Logical Foundations of Probability*, Zuded. Chicago 1962, str. 37—51 in Alchouvvon in Buliyigin, *Normative Systems*, Springer Verlag, Dunaj, 1971, str. 66.

⁸ Ena bistvenih slabosti modernega postopka v Evropi in v ZDA je v tem, da je ta proces kvalifikacije prepuščen najmanj kvalificiranim udeležencem kazenskega postopka. Nek moj študent, ki je poprej delal kot policaj v New Yorku, mi je opisal, da ta postopek na policijski postaji poteka približno takole: »Najprej pripeljem osumljenca na postajo, potem vzamem v roke kazenskopravni priročnik za policaje in le obračam liste. Ko zagledam kaj, kar bi bilo »primerno« rečem osumljencu: 2 »Obtožil te bom še po tem in tem členu. »Ker tožilec sam ne pride v stik z dejanskim stanjem, tudi nikoli ne dobi neposredne priložnosti oceniti tista dejstva, ki jih je pravno nekvalificirani morda spregledal. »Dejstva« ne čepe na mestu, čakajoč, da jih kdo odkrije: kvalifikacija primera pomeni neko vrsto očal, skozi katera postanejo določene stvari bistvene. Pravna očala nosijo le pravniki in dejstvo, da so se odtujili neposrednemu stiku z odkrivanjem kaznivih dejanj, ima katastrofalne posledice. Predstavljajmo si zdravnika, ki bi zdravil iz pisarne, medtem ko bi mu o simptomih sporočale preko spisov medicinske sestre.

bila sicer po merilih drugega kaznivega dejanja — »To je kaznivo dejanje nedovoljene proizvodnje« — kaj bistveno drugega.

V obeh pravnih sistemih obstaja možnost povratne zveze. V kontinentalnem procesu ima preiskovalni sodnik, njemu v tem smislu slede tudi tožilec in celo razpravno sodišče, ki ni vezano na tožilčevo pravno kvalifikacijo, možnost drugače kvalificirati dejanje v neposrednem stiku s pravno relevantnimi dejstvi. Ameriški tožilec ima možnost neposrednega stika s pričami in torej tudi možnost predhodne prekvalifikacije primera. Kljub temu pa je prvotna opredelitev primera, ki predstavlja »idejo« v kazenskem pravu, vendarle tista hipoteza, ki v veliki meri določa vso nadaljnjo selektivno percepcijo.^{9a} Ta prvotna hipoteza o pravni kvalifikaciji kazenskega primera predstavlja bistvo miselnega procesa.

V znanosti je preizkušanje hipoteze drugotnega pomena; bistveno je, da nekdo idejo ima. Podobno je v kazenskem pravu; bistveno je, da nekomu pride na pamet, da je med nedovoljeno trgovino in nedovoljeno proizvodnjo mogoče razlikovati po načelu »accessio cedit principali«. Kasnejši silogizem, ki preizkusi ali je obtoženec proizvedel za več kot npr. polovico vrednosti pro-

^{9a} Na tem mestu bi veljalo poudariti razlikovanje med *percepcijo* in *apercepcijo*. Percepcija je enostavno biološko zapažanje; žarki zadenejo retino, zvočni valovi zadenejo ob slušni živec itd. Percepcija kot nevrološka funkcija je enaka pri človeku in pri živali, »enaka« v tem smislu, da moj pes vidi natanko isto knjigo kot jaz. *Apercepcija* pa je že proces tolmačenja iste percipirane dejanskosti: meni ta knjiga, npr. Glaserjeva »Opča psihopatologija«, »pomeni« določen pojmovni sklop, mojemu psu pa v najboljšem primeru predmet olfaktorne ekscitacije. *Apercepcija* je torej povezovanje nevrološke registracije dražljajev z akumuliranimi informacijami, ki so že shranjene v sistemu. Čista percepcija bi bila možna samo pri novorojenem otroku, ki bi zaznaval vse, razumel pa ničesar; čista *apercepcija* bi bila možna samo pri filozofu, oropnem vseh čutov, ki bi dobival nove misli le s kombiniranjem že registriranih informacij. Večina vsakdanjega življenja, človekovega in pasjega, poteka neke na sredini med tema skrajnostma. To pa na drugi strani pomeni, da je vsaka informacija, ki kot dražljaj zadane ob naša čutila, »selektivno percipirana in apercipirana«. Vsako »objektivno dejstvo« tam zunaj, prvič, opazimo le, če je za nas s čisto določenega zornega kota zanimivo (selektivna percepcija) in drugič, ga tolmačimo s stališča vseh informacij, ki so že v sistemu. Isti zunanji dražljaj, npr. Glaserjeva »Opča psihopatologija« torej »pomeni« različnim ljudem zelo različno zaznavo. Informacija torej ni ena, resnica torej ni ena, ampak je je toliko vrst, kolikor je različnih opazovalcev.

dukta, katerega nedovoljeno prodaja, je v primerjavi s pomembnostjo same ideje o razlikovanju prav mehaničnega pomena.

Potemtakem pa se zastavlja vprašanje, kako se ta ideja, ki bo ob svojem času predstavljala zgornjo premiso kazenskega silogizma, oblikuje. Najprej je treba reči, da noben »uboj« ni le »uboj«. Če bi bilo tako, za delo kazenskopravnega sodnika ne bi bila potrebna dodatna izobrazba, saj bi bilo treba le pogledati v kazenski zakonik in prebrati opredelitev. Vsak pravnik se zaveda, da »uboj« predstavlja cel roj vprašanj.

Omenimo jih samo nekaj:

1. vprašanje naklepa, malomarnosti oz, eventualnega naklepa;
2. vprašanje vzročne zveze med dejanjem storilca in smrtjo žrtve;
3. vprašanje dejanske zmote storilca;
4. vprašanje prištevnosti storilca s podvprašanji:
 - sposobnost razumeti,
 - sposobnost uravnavati hotenja,
 - vprašanje *actiones liberae in causa*;
5. vprašanje preterintencionalne posledice, kadar gre za razlikovanje med težko telesno poškodbo ter ubojem;
6. vprašanje silobrana, putativnega silobrana in odgovornosti za dejansko zmoto v tem pogledu;
7. vprašanje poskusa, neprimerne poskusa;
8. vprašanje odstopa;
9. vprašanje napeljevanja k pomoči in tako dalje.

Bralec mi bo morda očital, da sem enostavno sledil listi členov v splošnem delu kazenskega zakonika in vsakega od teh členov hipotetično povezal s pojmom kaznivega dejanja uboja. Seveda sem storil natanko to in seveda je temu tudi namenjen splošni del kazenskega zakonika. Namesto, da bi vsa ta vprašanja omenjali v vsaki posamezni opredelitvi uboja, vloma, tatvine, posilstva, nedovoljene trgovine in tako dalje, izpostavimo v splošnem delu kazenskega zakonika vsa načela, teorije in pravila, prav kakor v matematiki izpostavimo faktor, ki je vsem drugim faktorjem skupen, pred oklepaj.

To pa še ne pomeni, da ta izpostavljeni faktor ni prisoten v prav vsakem od elementov, ki so znotraj oklepaja posebnega dela kazenskega zakonika. Zgornje premise v kazenskopravnem silogizmu torej niso sestavljene le iz posameznih kaznivih dejanj, kakor so slednja opisana v po-

sebnem delu kazenskega zakonika. Če bi za primer vzeli bivši zvezni jugoslovanski kazenski zakonik (1951), ki je imel v splošnem delu 99, v posebnem pa 262 členov, potem število možnih zgornjih premis ni 362 (če bi zanemarili odstavke), temveč 262 definicij kaznivih dejanj iz posebnega v kombinaciji z 99 členi iz splošnega dela. V opisanem primeru uboja smo videli, da pride v poštev v zvezi z ubojem vsaj še devet vprašanj iz splošnega dela. Gre torej za devet in ne za eno možno zgornjo premiso, vsaj za devet silogizmov in ne za enega. Teoretično bi lahko predpostavljali, da je vsakega od 262 členov možno obravnavati v kombinaciji z vsakim od 99 členov iz posebnega dela. To bi nanese 25 938 kombinacij ali enako število možnih zgornjih premis. Seveda je jasno, da mnoga od vprašanj iz 99 členov splošnega dela nimajo zveze s kvalifikacijo, temveč morda s kaznovanjem, pristojnostjo itd.

Vzemimo torej naslednji primer. Predpostavljajmo, da vsak od 262 členov predstavlja eno samo kaznivo dejanje in da dá v kombinaciji z vsakim od 99 členov iz splošnega dela eno samo možno zgornjo premiso. Vemo pa, da gre pri našem primeru uboja lahko za primer, kjer zmanjšano prišteveni opiti storilec naklepa težko telesno poškodbo, a povzroči uboj. Govorili bomo torej morda o kombinaciji uboj-prištevnost-actio libera in causa-preterintencionalna posledica — dejanska zmota. Gre torej za kombinacijo ne dveh, temveč petih elementov iz kazenskega zakonika. Če je možno imeti pet takih vprašanj v enem samem primeru, je gotovo možno imeti tudi več kot pet vprašanj, vendar se bomo omejili na to številko. Predpostavljamo torej, da gre za kombinacijo dveh, treh, štirih in petih vprašanj v eni sami kvalifikaciji kaznivega dejanja. Ko smo govorili o kombinaciji dveh členov, smo dobili številko 25 938. Če bi po formuli, ki velja za računanje števila kombinacij

$${}_rC_n = \frac{n!}{r!(n-r)!}$$

pri čemer je »C« število kombinacij, »r« število obravnavanih vprašanj naenkrat iz celokupnega »n« števila vprašanj, izračunali število kombinacij za omenjeni kazenski zakonik, bi dobili takole enačbo:

$$\frac{362}{2} + \frac{362}{3} + \frac{362}{4} + \frac{362}{5} = 5.11 \times 10^{10}$$

Število 50 milijard možnih zgornjih premis velja, če vzamemo kot možne kombinacije dvojico, trojico, četverico ali peterico **katerihkoli** členov v kazenskem zakoniku s 362 členi, pri tem pa predpostavljamo, kar seveda ne drži, da vsak od teh členov predstavlja eno samo pravno vprašanje in da vsaka kombinacija vprašanj nudi eno samo možno pravilno rešitev.

Bralec bo morda ugovarjal, da sem vzel v poštrev tudi kombinacije **znotraj** samega posebnega in **znotraj** samega splošnega dela kazenskega zakonika, česar nismo storili poprej pri obravnavi primera uboja. V resnici je zelo malo verjetno, da bi bilo mogoče postaviti kot zgornjo premiso npr. kombinacijo uboja in nedovoljene trgovine, čeprav pa so kombinacije iz splošnega dela (npr. malomarnost — dejanska zmota — prištevnost) veliko bolj običajne. Če torej prilagodimo naš račun tako, da zahtevamo, naj bo **vsaj eno** od dveh, treh, štirih ali petih vprašanj iz splošnega oziroma iz posebnega dela, tedaj dobimo naslednjo enačbo:

$$\begin{aligned} & \left[\binom{362}{2} \times 99 \right] + \left[\binom{99}{2} \times 362 \right] + \left[\binom{362}{3} \times 99 \right] + \\ & + \left[\binom{99}{3} \times 362 \right] + \left[\binom{362}{4} \times 99 \right] + \\ & + \left[\binom{99}{4} \times 362 \right] + \left[\binom{362}{5} \times 99 \right] + \\ & + \left[\binom{99}{5} \times 362 \right] = 672,257.982 \end{aligned}$$

Odgovor je torej, da je število možnih zgornjih premis in torej število možnih silogizmov po relativno konservativni oceni, veljavni za stari jugoslovanski kazenski zakonik, **672 milijonov**. Ob taki številki postane bolj jasno, da bistvo pravnikovega dela ni subsumirati dejstva pod to ali ono zgornjo premiso. Tožilec mora na primer iz teh možnih milijonov izbrati tisto kombinacijo, ki je najbolj specifična (**lex specialis derogat legi generali**). Epistemološko gledano je torej najbolj dramatičen tisti trenutek, ko se tudi pravnik kot pravnik izkaže za dobrega ali slabega — tisti trenutek, ki se ga sam morda niti polno ne zaveda — **ko mu pride na misel**, da bi tak in tak sklop dejstev lahko predstavljal tako in tako kombinacijo.

Kazenski zakonik je sistem. V njem je tako rekoč neizčrpen vir možnih hipotez. To je tudi

logično, saj ni mogoče, da bi 362 členov pokrivalo vso raznovrstnost kaznive strani življenja.

Iz tega pa tudi sledi, da »resnica«, katero naj bi odkrivali v kazenskem postopku, ni tako vnaprej opredeljena in omejena, kot bi si predstavljali skrajni zagovorniki načela zakonitosti. Od miličnika pa do vrhovnega sodnika ostaja izbira kombinacij teoretično odprta in nikjer ni rečeno, da bo do najbolj logične izbire, ki je pravno seveda tudi edina pravična, tudi in sploh prišlo.

V tehnično idealnem kazenskem zakoniku bi vsaka od omenjenih kombinacij predstavljala eno in edino pravilno pravno opredelitev vsake kombinacije dejstev. Kljub ogromnemu številu kombinacij je taka rešitev še vedno teoretično mogoča. Alchourron, Bulyigin in Horowitz, trojica v teoriji precej osamljenih zagovornikov uporabe formalne logike v normativnih sistemih, se je postavila na stališče, da je edina omejitev te možnosti v prirojeni nedoločnosti jezika.⁸ Če pa se soočimo z dejstvom, da celo matematika kot najbolj deduktivna vseh ved ne more priseči na svoje dokaze, tedaj laže sprejmemo relativno nedoločnost in nepredvidljivost izida v kazensko-pravnih zadevah. Gre samo za to, da dokažemo, da je Beccarijeva »geometrična natančnost«, ki je dolgo veljala kot ideal v materialnem kazenskem pravu — mit. »Resnica«, ki jo išče kazenski postopek, je torej »resnica« tiste uvodne hipoteze, ki predeterminira vse nadaljnje zapažanje dejstev v kazenskem postopku.⁹

Če tvegamo dolgočasnost in ponavljanje, bi takole povzeli naše stališče. **Prvič**, bodisi s filozofskega bodisi s splošnoznanstvenega stališča danes ni več mogoče govoriti o objektivno obstoječih dejstvih v dejanskosti sploh, pa tudi ne v kazenskem pravu. Dejstva so, v kolikor so, le kot izraz namena tistega, ki jih zapaža in presoja.

⁸ Glej podrobneje Alchourron in Bulyigin: **Normative Systems**, Springerredag, Dunaj 1971; Horowitz: **Law and Logic**, Springererlag Dunaj 1973. To je tudi stališče H. L. A. Herta.

⁹ Spominjam se sledečega primera s sodišča. Obtoženec se je branil obtožbe uboja, češ da je prišlo do strela zato, ker je žrtev potegnila za cev puške in jo na ta način sprožila. Do strela je v resnici prišlo iz neposredne bližine, toda v temi in na samem, tako da v času postopka ni bilo prič. Preiskovalni sodnik, prepričan, da gre za naklepni uboj, sploh ni pomislil, da bi bilo s puškine cevi mogoče vzeti prstne odtise in neizpodbitno ugotoviti ali je žrtev v resnici prišla in potegnila za cev. Zaradi pomanjkanja dokazov je bil obtoženec oproščen — celoten primer pa se je sesul prav zaradi »pristranskosti« preiskovalnega sodnika, ki je na dejstva gledal skozi predpostavko krivde.

Drugič, »resnica«, ki jo išče kazenski postopek, ni objektivna resnica, ker iz istih razlogov objektivne resnice enostavno ni. Spleti dejstev in dogodkov imajo toliko resnic, kolikor je namenov, ki določajo stališča, s katerih je dejstva mogoče ocenjevati. Meje takega perspektivizma navsezadnje leže v skupni usodi človeške vrste. V kazenskem pravu je število možnih pravnih kvalifikacij in torej tudi število možnih perspektiv tako veliko, da je tudi število »resnic« preveliko za enostavno vero v načelo zakonitosti in njegovega zagotovila. Edino pravih rešitev, s tem pa tudi edinih resnic v kazenskem postopku in pravu — enostavno ni.

II.

Če nam je uspelo vsaj nakazati, da niti dejstva niti pravne opredelitve dejstev v kazenskem materialnem pravu niso dane in dokončno določene, in če nam je uspelo vsaj poudariti soodvisnost pravne dejanskosti ter perspektive, iz katere jo tolmačimo,¹⁰ tedaj se zastavlja vprašanje o posledicah, ki jih tak dvom ustvarja za »adjektivno« pravo — za kazenski postopek. Bolj ko je »resnica«, ki jo postopek zasleduje, relativna, manj smo kot družba in kot politični sistem za tako resnico pripravljeni žrtvovati.

Vzemimo za primer torturo, ki jo je za naše geografsko področje na nagovarjanje svojega ministra Sonnenfelda odpravila šele Marija Terezija. Običajno predpostavljamo, da je tortura kot oblika izsiljenja priznanja del katoliške inkvizicije. Treba pa je poudariti, da je katoliška cerkev torturo prepovedala vse do časa, ko je Terezija tako oslabil njen politični vpliv v Evropi, da ji kaj drugega ni preostajalo.¹¹ Z drugo besedo, kazenski postopek, od katerega je odvisna politična ohranitev neke oblasti, se bo zatekel k veliko bolj skrajnim sredstvom kakor kazenski postopek, ki v relativno stabilni družbeni sredini izvaja vlogo čuvaja reda in miru. Isto razlikovanje je mogoče opaziti, če primerjamo vojaški kazenski postopek s civilnim: su-

marnost prejšnjega je posledica nujnosti ciljev, ki za njim stoje.

Za ugotovitev »resnice« je torej vsak sistem pripravljen žrtvovati več ali manj — odvisno od tega, kako resno to »resnico« jemlje. V teoriji najdemo različne razlage samega družbenega pojava neosebne kaznovanja, od katerih bi jih le nekaj omenil na tem mestu. **Ranulf** na primer meni, da je kaznovanje kot družbena praksa posledica vzpona srednjih razredov na oblast, ki da jim da priliko svojo poprej zatirano agresivnost prevreči v abstraktno in neosebno kaznovanje.¹² Freudovo stališče je bilo, da je agresivnost reakcije zoper anti-socialno vedenje v premem sorazmerju z jakostjo notranjega impulza oponašati to isto antisocialno vedenje pri nosilcu agresivne reakcije: bolj, ko si v svoji podzavesti želite ubijati, bolj agresivno bo vaš **superego** nastopil zoper tistega, ki si je kaj takega v resnici drznil (in s tem izzval naš i d.). Agresija zoper storilce kaznivih dejanj, ki je le prenešana agresija zoper samega sebe, je torej po Freudu indikacija patološkosti neke družbe sploh: bolj ko jemlje »resnico« krivde zares, bolj agresivno se morajo posamezniki te družbe boriti zoper lastne enake težnje.¹³ Nietzsche in Pašukanis ne bi zavrgla nobene od obeh naštetih teorij, dodala pa bi, da načelo »zob za zob« samo oponaša **idejo ekvivalenta**, ki da je temeljna ideja v pravu sploh. Nietzsche izrecno poudarja, da ideja kaznovanja, ki da naj ustreza teži kaznivega dejanja, izvira iz obligacijskega prava, medtem ko Pašukanis razlaga celokupno idejo zakonitosti v kazenskem pravu kot oponašanje poštene pogodbe v kapitalističnem sistemu menjave.¹⁴ Pa-

¹² Ranulf Srend: *The Jealousy of Gods and Criminal Law at Athens*, Williams and Norgate itd., London 1933-34; isti avtor *Moral Indignation and Middleclass Psychology*, New York, Schocken Books, 1970.

¹³ Freud, Sigmund: *Totem and Taboo*, Vintage Books, New York, str. 91; glej npr. str. 94: »Pogosto daje kaznovanje samo priliko tistim, ki kaznujejo, da store dejanje, ki so jih obsodili in za katera pravzaprav kaznujejo. To je gotovo ena temeljnih ugotovitev človeškega kazenskega kodeksa, da je namreč predpostavljati iste prepovedane impulze v hudodelcu prav tako, kakor v članih družbe, ki maščujejo njegovo dejanje.«

¹⁴ Pašukanis, op. cit.; str. 185: »Dokler bosta menjava dobrin in zato tudi pravna oblika vplivali na družbo, bo tudi v pravni praksi absurdna ideja (to je, »absurdna« z nepravne stališča), da mora teža kazni na lestvici meseca in let v zaporu odtehtati težo hudodelstva, obdržala svojo dejansko moč in vpliv.«

¹⁰ Lahko bi rekli soodvisnost »pravne percepcije« in »pravne apercepcije«, pri čemer ne ena ne druga nista dani vnaprej in za vedno.

¹¹ Še v *Posevdo Izidorjevih dekretih*, ki so bili kasneje vključeni v znani *Decretum Magistri Gratiani* (cca 1140 N. E.) c. l., C. 15, qu. 6, je veljalo: »Omnis enim confessio, quae fit ex necessitate, fides non est.« Papež Nikolaj I. je v pismu bolgarskemu kralju obžaloval dejstvo, da je slednji bil dovoljeval mučenje tatov. Toda leta 1252 je papež Inocenc odredil obvezno mučenje osumljenih heretikov.

šukanisu se zdi celotni sistem kaznovanja absurd, če ga le izločimo iz sredine meščanskega individualizma in egoizma.

Na sploh morda ni pretirano reči, da se moderno kazensko pravo dobro zaveda tega absurda in da večina pravno izobraženih in mislečih posameznikov danes ne prisega na kaznovanje, temveč se je nekako sprijaznila z dejstvom, da ga ni mogoče odpraviti in da ga je zato treba vsaj omejiti na z zakonom določeno mero.

Zato pa toliko bolj preseneča ugotovitev, da je postopek, v katerem se ta odnos manifestira, relikv časa, v katerih so tako kaznovanje, kakor njegov predpogoj, »krivdo«, jemali kot nekaj drugega in samo ob sebi umevnega. Za kaj gre?

Teoretiki opredeljujejo razliko med inkvizitornim in akuzatornim postopkom¹⁵ glede na to, ali je v njem prisotna instrukcijska maksima. Slednja ukazuje sodišču, da se mora »instruirati«, poučiti o tem, kaj se je v konkretnem kazenskem primeru v resnici zgodilo. Inkvizitorni postopek torej to resnico predpostavlja. Ne le to, to resnico ima za tako pomembno, da je pripravljen na njen račun izpodrezati sodniško objektivnost. Tu se vračamo k osrednji epistemološki temi tega sestavka.

Znani angleški tožilec **Francis Bacon** (1561 do 1662) pravi, da se mora um, ki naj presoja dejanskost z željo, spoznati njeno bistvo, očistiti vseh »anticipacij« (»anticipatio«; *Novum Organum* I, 26), predsodkov in idolov: »... kajti vir naših napak je nečistost našega uma: Narava ne laže«. Moderna znanost pa niti ne priznava, da je taka »čistost« sploh mogoča, niti ne privzema takega stanja duha kot ideal. Popper enostavno priporoča, da bi večino predsodkov kakršne koli vrste vnaprej opredelili in zapisali — vse ostalo pa je mogoče prepustiti eksperimentu.

Znanstveni poizkus, eksperiment morda ni bistvo znanstvene ustvarjalnosti, predstavlja pa dobršen del njegove dejavnosti. Poizkus je metodološko gledano tako dejanje, pri katerem spreminjamo eno spremenljivko, vse ostale pa ohranimo konstantne, da bi ugotovili vzročno zvezo, na katero je poizkus naperjen. Za nas je tu bi-

stveno poudariti, da poizkus takih vzročnih zvez ne »ugotavlja«, ker poizkus sam ne ugotavlja ničesar. Poizkus le **preizkuša** znanstvenikovo hipotezo. Če je slednja pravilna, tedaj jo poizkus potrdi; če ne, tedaj pove samo to. O sami še ne ugotovljeni pravilni hipotezi nam poizkus ne pove nič več kot le to, da za eno zmanjša število možnih hipotez, podobno kot v kriminalistiki ugotovitev nedolžnosti enega osumljenca zmanjša število vseh potencialnih osumljencev.

Kljub temu pa znanstveni poizkus neizpodbitno dokaže eno ali drugo. Ne glede na to, kako predsodkov polna je hipoteza, ki jo poizkus preizkuša, je rezultat vendarle neizpodbiten. Take možnosti pa v pravu nimamo.

Tudi v pravu sicer postavljamo hipoteze. Kar dar govorimo o »utemeljenem sumu«, da je nekdo kriv, smo postavili hipotezo o njegovi nedolžnosti, predno je bila ta ugotovljena s sodbo pristojnega sodišča. Predpostavka nedolžnosti, na drugi strani, je hipoteza, ki sicer ni logične narave, ker enostavno zahteva, da imamo nekoga za nedolžnega, čeprav obstaja verjetnost, da je kriv, je pa vendarle neke vrste privilegirana hipoteza. Kar zadeva oblikovanje hipotez, lahko pravniški način mišljenja primerjamo z znanstvenim, ne da bi ugotovili bistvene razlike. Edina razlika je ta, da je samo ustvarjanje, zlasti pa dokazovanje hipotez v pravu deljeno na tri različne procesne subjekte, s tremi različnimi vlogami. Ta delitev dela je potrebna zato, ker v pravu nimamo možnosti eksperimenta. Znanstvenik, ki hoče npr. dokazati, da so v elektriki napetost, tok in upor v določenem medsebojnem razmerju, lahko iznajde celo vrsto poizkusov, na katerih bo **znova in znova** dobil enak rezultat. Bistveno za znanstveno teorijo sploh je to, da je poizkus tako dobro opisan, da ga lahko vsakdo ponovi. Prav ta **možnost ponovitve** pomeni bistvo dokazanosti določene hipoteze.

Če pa tožilec v kazenskem postopku zagovarja hipotezo, da je A. ubil V. resničen znanstveno neoporečni dokaz te trditve sploh ni mogoč. To je bilo jasno že Beccariju.¹⁷ Pravo se namreč ukvarja z drugačno vrsto dogodkov kot fizika, kemija, medicina in druge veje naravoslovja. Individualnost elektronov, ki »sodelujejo« pri dokazu enačbe $I = \frac{R}{U}$, je zanemarljiva; njihova identiteta je nebstvena, ker presojamo njihovo

¹⁵ Glej npr. Packer, H. L.: *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. of Penn. L. R. IT str. 1 do 68; Ploscowe, M.: *Development of Accusatorial and Inquisitorial Elements in French Criminal Procedure*; in še posebej Schmidt, E.: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtslehre*, 3. izd., Göttingen 1965, str. 86 Schmidt naštevajo poleg instrukcijske maksime še t. i. **Official principle**, da se namreč kazenski postopek izvaja po uradni dolžnosti.

¹⁷ Beccaria, Cézare: *An Essay On Crimes and Punishments*, Paoucci, prev., Philadelphia, P. H. Nikclin 1819, poglavje »On Evidences«.

statistično zakonito obnašanje. Dogodek — poizkus, pri katerem dajo ti elektroni določen rezultat, je **ahistoričen** dogodek.¹⁸

Nasprotje tega je **historičen** dogodek, katerega bistvo je, da je neponovljiv. Pri tem seveda ne mislimo, da je uboj V. neponovljiv, zato ker je V. mogoče ubiti samo enkrat. Tudi če bi šlo za težko telesno poškodbo V., bi ponovno ranjenje V. po B. bilo historično drug dogodek. To, da je ponovitev prvega, je za pravo samo ob sebi irelevantno.¹⁹

Kar je tu v resnici zanimivo, je vprašanje, **zakaj** so nekateri dogodki neponovljivi. Odprem na primer predal v omari. Je to historičen ali ahistoričen dogodek? Če grem v knjižnico danes zjutraj, sedem za isto mizo kot običajno in odprem isto knjigo na isti strani kot včeraj — mar ni to ahistorična ponovitev dogodka, ki se je zgodil včeraj? Če v kriminalistiki opravijo rekonstrukcijo dejanja, mar ni to eksperiment, ki dokazuje na temelju njegove ponovljivosti? To morda pomeni, da si eksperimenta v pravu ne moremo privoščiti zato, ker si ne moremo dovoliti, da bi A. še enkrat — zaradi poskusa — ranil V?

V obširnejšo razpravo o tem vprašanju bi se rad podal kdaj kasneje — zaenkrat pa samo tole. Naravoslovni zakoni opisujejo statistične regularnosti. Tako imenovani **diabolus demonstrandi**, ki jo dostikrat zagode pri demonstrativnih poizkusih v naravoslovju, kaže prav na to, da **posamezen** poizkus pogosto odstopa od statističnega

¹⁸ Seveda je mogoče kriminaliteto kot statističen pojav tudi meriti in z matematičnimi metodami simulirati posamezne korelacije med posameznimi faktorji (= ugotavljanje vzročne zveze). Če bi bilo mogoče na kratek rok spreminjati družbene parametre, bi lahko s pojavom kriminalitete celo eksperimentirali v čisto pravilnem metodološkem smislu te besede. Toda pravo se ne ukvarja s tako statistično realnostjo, ki je tudi ahistorična, saj se npr. kriminaliteta spričo stabilnosti svojih tvorcev drži ene ravni v statistiki npr. na 100 000 prebivalcev — leta in leta.

¹⁹ Izjema tu so **delicta continua** in **delicta continuata**. Stefani in Levasseur razlikujeta med »infractio continue ou Successive« dejanje ali opustitev, ki se podaljšuje skozi čas ob nenehnem ponavljanju (réitération) volje krivega storilca« in »infractio continue«, kjer »kljub množici dejanj govorimo o enem storilcu in eni kazni«.

Primer za prvo je protipravno nošenje medalje (el. 259 Franc, k. z.); primer za drugo je tatvina elektrike. Seveda ta dva pojma le kažeta na možnost ponovitve kaznivega dejanja, za poizkus v znanstvenem smislu pa ne prideta v poštev. Glej Stefani in Levasseur: **Droit penal general** Dalloz 1973, pav. 59—162.

povprečja, ki ga naravoslovni zakon opisuje. Tudi v fiziki ni mogoče dokazati, da se je elektron XYZ ob takih in takih pogojih obnašal tako in tako, mogoče pa je, recimo na splošno, da se **bodo** elektroni ob takih in takih pogojih tako obnašali. Elektron XYZ, ki se je ob določenem času na določenem prostoru obnašal tako in tako, je historičen dogodek, ki sam po sebi ni ponovljiv in zato ne dokazljiv. Projekcija v bodočnost predstavlja bistvo znanstvenega dokaza: to, da jutri lahko ponovim poizkus, katerega sem napravil danes, dokazuje resničnost dokazane trditve. Poizkus, ki hoče dokazati na primer, da je predal omare **mogoče** odpreti na tak in tak način, da je za isto mizo v knjižnici **mogoče** sedeti in brati, da je skozi okno **mogoče** uiti na plano, je seveda čisto znanstven eksperiment. Toda tak poizkus ne dokazuje v kazenskem pravu drugega kot le možnost, da se kaj takega v resnici lahko zgodi — ne pa tudi, da se je dejansko zgodilo.

Z drugo besedo, preteklih in neponovljivih dogodkov ni mogoče znanstveno dokazati. Možen je samo dokaz večje ali manjše verjetnosti, da so se ti dogodki zares zgodili, sicer pa so zaradi svoje neponovljivosti izgubljeni v preteklosti.

To dejstvo predstavlja za pravo nepremostljiv problem. Bistvo živega prava je prav vsakdanja uporaba pravnih norm na določene dogodke (»dejstva tam zunaj«). Nedokazljivost teh dogodkov, ki so zapisani preteklosti, pa seveda podvrže dvomu tudi samo sodbo, ki zato nikoli ni dokončna.²⁰

Način, kako je pravo premostilo ta problem, pa predstavlja zanimivo ponazoritev dejstva, da je morfologija družbenih procesov prav tako teleološko obarvana kot morfologija bioloških zakonov.

Ker v pravu ni eksperimentalnega preizkušanja trditev, se torej zastavlja vprašanje, katera je naslednja najboljša rešitev. Potreba po dokazovanju znanstvenih trditev je odgovor na nezaupanje in skepticizem. Zato, ker je neka teorija dokazana, še ni nič bolj uporabna ali koristna. V pravu je mogoče premagati ta skepticizem tako, da odločitev o pravilnosti hipoteze prepustimo nekomu, ki — če sledimo terminologiji Francisa Bacona — ni okužen z anticipacijami o njeni pravilnosti. Znanstvenik, ki znanstveni javnosti sporoči metodologijo svojega poizkusa, na ta način pravi: »Pa poizkusite še vi, če ne verjamete!« V

²⁰ Običajen argument proti uporabi smrtne kazni: kazenska sodba nikoli ni dokončno neizpodbitna, ker dejstva, na katerih sloni, niso nikoli dokončno dokazana.

pravu to sicer ni mogoče, je pa mogoče prepustiti odločitev o pravilnosti hipoteze nekomu, ki z njeno genezo ni imel nobenega opravka. To je v pravu še toliko bolj pomembno, ker sama hipoteza navadno ni le abstraktna trditev, ampak predstavlja čisto določen interes čisto določenega subjekta.

Predstavljajmo si »**primarno procesno situacijo**«, v kateri oseba P zahteva od sodnika Q, da razsodi zoper osebo R. Tožnik P se obrača na sodnika Q, zato, ker je samopomoč prepovedana, ali zato, ker ni dovolj močan, da bi sam opravil z R. P zahteva od Q, da uporabi neko širše pravilo o katerega pravilnosti se mora strinjati celo R, in ga aplicira na dejstva, kakor jih tožnik P sam prikazuje. Recimo, da P trdi, da je R vzel avto, ki sta ga prej uporabljala in imela oba skupaj.

Bilo bi nelogično prepustiti samo odločitev o tem P ali R, saj prav nezdržljivost njunih »hipotez« predstavlja bistvo problema. Ker objektivni dokaz o dejanskem stanju in uporabi pravne norme zanj ni mogoče, se pravo zateče k nekemu, ki je »nepristranski«. V čem je torej bistvo te sodniške objektivnosti? Ali ima kaj opraviti z Baconovimi anticipacijami?

Pristranskost je tako stanje duha, v katerem je odločitev (1) že »**poprej**« padla na podlagi meril, ki (2) **niso pravno relevantna**. Če bi npr. sodnik Q na podlagi tega, da je prijatelj z P-jevim očetom, odločil, da je avto samo P-jev, bi rekli, da je ta sodnik uporabil za odločitev merila, ki s samo stvarjo nimajo nič opraviti. Po drugi strani pa je pristranskost tudi v tem, da je odločitev nastala prej, predno je bil končan proces dokazovanja. Slednje je bilo seveda mogoče le zato, ker odločitev tako ali tako ni bila utemeljena v informacijah, ki sta jih procesni stranki predlagali kot bistvene za odločitev o stvari.

Toda prav nasprotovanje in prepir, ki predstavljata bistvo prav vsake pravne situacije,²¹ obenem tudi omogočata objektivnost tistega, ki o taki situaciji sodi. Kako?

Bistvo vsake odločitve je prekinitev dotoka informacij.^{21a} Ko se odločimo, da gremo npr. spat, to pomeni, da **prenehamo** razmišljati o tem, ali bi še gledali to in to oddajo na televiziji. Odločitev tako rekoč **odloči** našo voljo od nadaljnjega intelektualnega obravnavanja informacij, ki bi bile za to dejanje bistvene. Na ta način pa

tudi sodnik R, ki med obema prepirljivcema pasivno opazuje in posluša, ni prisiljen zavzeti stališča (»odločiti«), dokler stvar ni opravljena in prepirljivca nimata nič več povedati. Bistvo sodniške objektivnosti je možnost biti neodločen, to je spojen ves čas postopka z vsemi dotekajočimi informacijami. Če bi bila sodnikova vloga, npr., da se postavi na stran toženca in zoper tožnika že od vsega začetka, bi število tožb verjetno zelo upadlo. Sodnik, ki je na ta način lahko neodločen do konca, morda ne odloči tako »po resnici«, kot to stori znanstveni eksperiment, je pa še vedno bolj zanesljiv kakor katerakoli od obeh procesnih strank.

Tu pa seveda ne gre samo za to, da se izognemo procesni iracionalnosti tipa »kadija tuži, kadija sudi«. Epistemološko gledano je kontradiktornost organiziranega prepira edini kontekst, v katerem prihaja do nenehnega izmenjavanja dveh nerazdržljivih hipotez na tak način, da tisti, ki mora navsezadnje vendarle postati pristranski — to je, mora se navsezadnje vendarle odločiti — kar najdalj časa ostaja nepristranski. Bistvo njegove vloge pa ni, da ugotovi resnico, saj v kontekstu kontradiktornosti sploh nima vpliva na to, katere informacije bodo dotekale v njegovo zaznavo. To je prepuščeno strankama. Tisti trenutek, ko se takemu sodniku nekaj zazdi bistveno, kar bi torej bilo potrebno dokazovati — ima o stvari že mnenje in predsodek in že selektivno dojema dotekajoče informacije.

Bistvo sodnikove vloge v primarnem procesnem kontekstu nikakor ni **ugotavljati** resnico. Ta resnica namreč tudi sploh ni važna: tisti trenutek, ko se P in R dogovorita, da bo P imel avto na lihe dneve, R pa na sode ne glede na to, ali sta v resnici solastnika, bo P umaknil tožbo in »resnica« o solastništvu, ki je prej predstavljal srž problema bo nenadoma postala popolnoma nevažna. Lahko bi torej rekli, da prvotni prepir, na katerem sloni razvoj prava, nikakor ni nekakšno metafizično ugotavljanje resnice, ampak čisto navadna conciliacija, **pri kateri je ugotavljanje resnice le sredstvo, ne pa tudi namen samega postopka**.

Stvar pa je čisto drugačna v kazenskem postopku.

III.

V kazenskem postopku pomembnost resnice in zato tudi njenega ugotavljanja zdaleč presega obseg samega prepira med strankama. Na drugi strani pa sama kontradiktornost ni nekaj, kar bi

²¹ Pašukanis, *op. cit.*, str. 181.

^{21a} Deutsch, Karl, *The Nervew of Government*, Free Press, New York 1966, in akad. pred. Harvard School of Govt. 1972-73.

kazenski postopek poskušal razrešiti. Nasprotno! Kazenski postopek ta prepir namenoma ustvari država — za to plača uradnika — tožilca — da bi omogočil tisto objektivnost, ki je sicer v primarni procesni situaciji integralni del tako samega problema kot njegove rešitve. Kazenski postopek, tega ni mogoče premočno poudariti, je oponašanje zasebnopravnega postopka in ima kot vsako oponašanje tudi svoje težave; glavna je ta, da je v kazenskem postopku resnica naenkrat primarnega in ne zgolj instrumentalnega pomena. Tako pridemo do tega, da smo prisiljeni izbirati med samo možnostjo ter objektivnostjo ugotavljanja resnice.

Cisti inkvizitorni postopek, v katerem bi za to zadolženi inkvizitor zbral vse podatke o »resnici«, ni sprejemljiv, ker je jasno, da tisti, ki hipotezo oblikuje in zanjo zbira dokaze, ne more biti v opisanem smislu objektivni, saj se mora vnaprej vsaj pogojno odločiti, da bo imel za hipotetično resnično bodisi obdolženčevo krivdo bodisi njegovo nedolžnost. Nedolžnosti ne more predpostavljati absolutno, ker potemtakem nima česa preiskovati. Aktivna objektivnost, z eno besedo, ni mogoča in to velja tudi za našega preiskovalnega sodnika: to, kar je jasno Baconu in Popperju, je, da človek ali preiskuje in raziskuje, ali pa je objektivni; oboje nikoli.

Čisti akuzatorni postopek pa ni sprejemljiv, tudi zato, ker se stranki v kazenskem postopku ne prepirata o zasebnem, ampak družbenem interesu, ali vsaj o nečem, kar presega zasebne interese procesnih subjektov, pa naj bo to že moralna, družbena obramba itd.

Izbiramo torej med tem, da ima tisti, ki sodi, kontrolo nad tem, katere informacije bo še upošteval, pa zaradi te kontrole izgubi svojo pasivno nevtralnost, in pa med položajem, v katerem je sicer pasiven in v toliko nevtralen, objektivni, medtem ko resnico »ugotavljata« takorekoč stranki sami. V prvem primeru imamo aktivno iskanje resnice, v drugem pa objektivnost. Obojega naenkrat ne moremo imeti. Znani zgodovinar kontinentalnega kazenskega procesa Eberhard Schmidt²² npr. se zelo dobro zaveda, kako bistvena je pričujoča antinomija v kazenskem postopku. Značilno je seveda, da se postavi na stališče, da je kontinentalni postopek znanstven, medtem ko gre pri anglosaksonskem za nekakšno športno tekmovanje. To, kar je pri kontinentalnem postopku znanstveno, je morda izčrpnost načina oblikovanja hipoteze o preteklem sum-

ljivem dogodku. Oseba, ki zbira te podatke v kazenski spis, je navadno veliko bolj podvržena mandatu objektivnosti in ima tudi možnosti biti manj pristranska, kakor to velja v anglosaksonskem postopku, kjer si tisti, ki preiskuje že od vsega začetka zastavlja vprašanje, ali bo namreč primer »šel skozi« ali ne.

Samo preizkušanje hipoteze pa je v kontinentalnem postopku prav zaradi instrukijske maksime izrazito neznanstveno. Vzemimo našega razpravnega sodnika. Ko dobi spis, primer navadno dobro preuči in si ustvari mnenje vsaj o tem, kaj bi bilo treba še »razčistiti«. Ko pride dan glavne obravnave, je razpravni sodnik psihološko pripravljen slednjo ne le procesno voditi, ampak dejansko opraviti podobno delo — le da tokrat v javnosti — kot ga je že opravil preiskovalni sodnik. Anglosaksonskega opazovalca evropske glavne obravnave bi bilo zelo težko prepričati, da je slednja v resnici akuzatoren-kontradiktoren stadij procesa.

Mogoče je trditi, da je kontinentalni postopek učinkovit, ker v enem dopoldnevu opravi tisto, za kar bi npr. ameriški proces potreboval en mesec. Mogoče je celo trditi, da v manj primerih zgreši »resnico« kot anglosaksonski postopek, ker stvari ne odloča neizkušena porota. Ni pa mogoče trditi, da je ta postopek bolj znanstven, kajti preizkušanje hipoteze — dejali smo, da je adjudikacija nadomestek objektivne povratne zveze, kakršno v znanosti predstavlja eksperiment — je v tistih rokah, v katerih bi najmanj smela biti.

Če pa bi kontinentalni izvedenec opazoval dogajanje v ameriški, angleški, avstralski ali kaki drugi anglosaksonski sodni dvorani, bi z grozo opazil, da je čisto mogoče, da vsa resnica v takem postopku sploh ne pride na dan. Najprej je mogoče, da določenih stvari obe stranki ne nameravata razkriti. Potem je tu tako imenovano izključevalno pravilo (samo v ameriškem procesu), po katerem se iz obravnave izključi vse podatke, do katerih je policija prišla s kršenjem zakona. Ne nazadnje so tu zapletena pravila dokazanega prava — v čistem nasprotju s kontinentalnim n čelom materialne resnice — ki izključujejo nekatere stvari zaradi nezaupanja do porote (»hearsay« pravilo, podatki, ki so čustveno vznemirljivi itd.). Splošni vtis bi bil, da gre za borbo dveh procesnih nasprotnikov, ki jima je bistveno zmagati, medtem ko je »resnica« pa-

²² Schmidt, *op. cit.*, str. 1.

²³ Damaška, Mirjan, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121, U. of Penn. L. R. 506, str. 538—544.

storka, na katero so vključno s sodnikom vsi pozabili. Navsezadnje lahko dodamo, da porota svojega krivdoreka nikdar ne obrazloži in da ga torej na logičen način ob pritožbi ni mogoče napasti in morda še to, da je porotni prostorek izrečen na podlagi materialnih dejstev onemogoča pritožbo tožilca.

Tako lahko sklenemo, da anglosaksonska porota sicer ostaja objektivna skozi ves postopek, ker (1) **ni vpletena** v samo formiranje hipoteze o krivdi ali nedolžnosti obtoženca, (2) ker je **pasivno** izpostavljena **nenehni menjavi** medsebojno nezdružljivih hipotez, kar ima odprte kanale informacijskega dotoka, ker porota ostaja neodločena (ali vsaj **dalj** ostaja neodločena), da pa je dotok informacij (1) zelo oslavljen in (2) v popolni kontroli tistih, ki na koncu o stvari ne bodo odločali. To čisto enostavno pomeni, da tisti, ki o stvari navsezadnje **bo** odločil, nima možnosti dejati: »To in to se mi zdi bistveno in bi zato bilo še treba raziskati«. Menjava dokaznega bremena samo v določen meri simulira take neizrečene zahteve porote.

Kadar je katera od teh značilnosti anglosaksonskega postopka na preizkusu pred npr. Vrhovnim sodiščem ZDA, se slednje vedno znova sklicuje na dejstvo, da je kontradiktornost procesa edino možno zagotovilo pravičnosti. To sodišče samo pa nima izdelane teorije o namenu kontradiktornosti. Zgornje teorije o »objektivnosti sojenja« na primer ni najti ne v ameriški ne v kontinentalni literaturi.

Profesor Damaška stoji na stališču, da je razlika med kontinentalnim sistemom ter anglosaksonskim postopkom v tem, da slednji jemlje avtoriteto ter sam pojem države veliko manj resno.^{23a} Mi bi to stališče prilagodili konkretno za kazenski postopek v toliko, da je »resnica«, ki jo kontinentalni sistem ugotavlja veliko bolj kompulzivno in ki je v veliko večji meri pripravljen žrtvovati pravice in dostojanstvo obdolženca, sicer v obeh postopkih enako neresnična, da pa se anglosaksonski postopek tega bolj zaveda. Skrajnost, v katero je zašel anglosaksonski postopek, je skrajnost pogajanja med obdolžencem in tožilcem o tem, kaj bo obdolženec priznal in v koliko mu bo tožilec v zameno popustil pri obtožbi (»plea-bargaining«).

^{23a} Damaška, *op. cit.*, str. 583: »Kakor sem že poprej poudaril, je moderna inačica kontradiktornega sistema (»adversary system«) v veliki meri navdahnjena z nezaupanjem do državnih uradnikov in s tem z ustrezno zahtevo po kautelah proti zlorabi.

Morala in družbeni interesi so v taki skrajnosti ponižani na raven navadnega posla, kar ima primeren anomičen učinek na družbo in porast kriminalitete.^{23b}

Skrajnost kontinentalnega postopka na drugi strani pa je v tem, da je pripravljen za ugotovitev dovolj nedoločne vnaprej pristranske resnice trpeti policijske zlorabe (katerih sadovi so npr. v anglosaksonskem postopku izključeni) ter nasploh delovati pod veliko močnejšo predpostavko krivde.

Sklep

V pričujočem sestavku smo poskušali prikazati dvoje temeljnih stališč. **Prvič**, trdili smo, da materialno kazensko pravo ne govori o eni in edini možni resnici v določenem kazenskem primeru, temveč izbira med milijoni možnih gornjih premis. Iz tega smo sklepali, da je mogoča zelo raznovrstna selektivna razlaga tistih »dejstev« v kazenskih primerih, katere navadno jemljemo za objektivno obstoječa. Če torej takih »objektivnih dejstev« ni, ker so v veliki meri le projekcija naših pravnih hipotez, teh pa je na pretek, tedaj tudi ni mogoče govoriti o eni in edini resnici v kazenskem postopku, katero je na vsak način treba odkriti.

Drugič, trdili smo, da je poglobljena razlika med objektivnim in neobjektivnim sojenjem v tem, da pri slednjem oblikovanje in preizkušanje kazenske hipoteze ni deljeno na dva različna procesna subjekta. Za neobjektivnost tega smo sklepali iz dejstva, da (1) v kazenskem procesu ni mogoč znanstveni eksperiment, ker je govor o historičnih dogodkih in (2) da se mora tisti, ki naj se približa objektivnosti eksperimenta, vzdržati vsakega aktivnega vpletanja v raziskovanje zadeve, ker slednje predpostavlja, če že ne **oblikovanje**, pa vsaj nekoliko manj aktivno **privzemanje** hipoteze — navadno hipoteze, da je obdolženec ali obtoženec kriv.

Tretjič, trdili smo, da je kontradiktornost taka situacija, v kateri nenehno **izmenjavanje dveh**

^{23b} Znaní izvedenec za to vprašanje Albert Alschpler (npr. »The Prosecutor's Role in Plea Bargaining« 36, The U. of Chicago L. R 50, 1968) je na predavanju za učiteljski zbor Iowa University College of Law (1980) priznal, da mu je po dolgoletnem študiju postalo jasno, da ima plea bargaining, anomičen učinek. To pomeni, da ima cca. 90% ameriškega kazenskega postopka učinek, točno nasproten tistemu, ki bi ga od kazenskega postopka pričakovali.

nezdružljivih hipotez pred očmi sodnika omogoča (1) da ta sodnik ostaja **pasiven**, (2) da ostaja **ambivalenten** in s tem neodločen in zato (3) do-
vzeten za dotok vseh tistih **informacij**, katere
»se zde bistvene« za odločitev zadeve.

Četrtrič, postavili smo se na stališče, da je ka-
zenski proces (1) **oponašanje civilnega**, pri ka-
terem je prepir sam, s tem pa tudi kontradiktor-
nost in sodna objektivnost integralni del same
situacije, medtem ko je v kazenskem postopku
prepir umetno ustvarjen ter (2) da je v civilnem
procesu ugotavljanje resnice le **sredstvo za raz-**
rešitev konflikta, medtem ko je v kazenskem
procesu to **sam namen postopanja**.

Petič, ko smo tako poudarili primarnost ozi-
roma sekundarnost ugotavljanja resnice, smo
ugotovili, da je (1) mogoče s tem merilom izme-

riti tudi razliko med kontinentalnim ter anglo-
saksonskim postopkom in (2) da je »resnica« ter
njeno ugotavljanje vzeta veliko **bolj resno** v
kontinentalnem postopku.

Šestič, temeljna epistemološka dilema kazen-
skega postopka sploh je **izbira med objektiv-**
nostjo, ki zahteva pasivnega sodnika in aktivne
stranke, ter **popolnostjo ugotavljanja »resnice«**,
ki zahteva aktivnega sodnika in manj aktivne
stranke.

Sam sklep o tem, kakšen vpliv ima relativnost
»resnice«, kakor jo opredeljuje materialno ka-
zensko pravo, na ceno, ki smo jo pripravljene
plačati za popolnost ugotavljanja te resnice, pa
je seveda stvar politične izbire. Važno je, da iz-
beremo zavestno.

UDC 340.12:343.1

The Role of Adversariness in Criminal Procedure

Zupančič, Boštjan, Associate professor, Iowa University, College of Law, Iowa

The author attempts to show that, first, the syllo-
gistic reasoning usually assumed to exist in sub-
stantive criminal law draws upon such a vast num-
ber of possible major premises that it becomes
impossible to maintain either that there is one
correct syllogism or that there is the »truth« to be
discovered in criminal procedure. If neither major
nor minor premises are given and if besides the
syllogism describes the ex post facto justification
of legal conclusions rather than the actual psycho-
logical process of arriving at them, then it is no
longer possible to have blind faith in the principle
nullum crimen, nulla poena sine lege.

Second, if there are no absolutely correct major
premises, there are no absolutely relevant minor
premises and if the latter is true, then there are no
given facts in criminal procedure to discover—since

their existence is a projection of the choice of legal
criteria (chosen major premises). If such is the case,
then the respective attitudes of the Continental in
juxtaposition to the Anglo-Saxon criminal process
can be reexamined.

Therefore, third, the adversary process, which
in some cases positively inhibits the truthfinding
function seems to maintain a different attitude from
the mixed Continental system that harbours no
exclusionary rule and is characterised by the In-
struktionsmaxime and the Oficialmaxime besides.
The demonstration of the relativity of the »truth«
to be sought can perhaps influence our attitudes to-
wards the price we are willing to pay for its dis-
covery. While the substantive criminal law with its
emphasis on legality has long since changed its
attitude, it is the author's position that procedure
in this respect lags considerably behind.