



*dr. Boštjan M. Zupančič,*

*dr. pravnih znanosti (Harvard), profesor prava, sodnik Evropskega sodišča za človekove pravice od leta 1998*

## O »bistvu« človekovih pravic<sup>1</sup>

Primerjalna presoja kontinentalnega pravnega formalizma

Ta esej je poskus kritične razčlenbe duha Evropske konvencije o človekovih pravicah (v nadaljevanju Konvencija), kot jih uresničuje, vel non, Evropsko sodišče za človekove pravice v Strasbourgu (v nadaljevanju Sodišče) – od imenovanja »novega sodišča« do leta 2013.

Sodišče, ki je začelo delovati leta 1959, je bilo vse od tedaj stičišče dveh velikih zahodnih pravnih izročil.<sup>2</sup> Nedavno so zgodovinarji ugotovili, da sta bila tako konvencija kot tudi Sodišče posledica ameriške politične pobude (in prikritega financiranja) – nedvomno kot odziv na nacistično in fašistično krutost med drugo svetovno vojno in verjetno tudi z namenom oblikovati neko vrsto evropskega vrhovnega sodišča.

Iz iste pobude je po koncu druge svetovne vojne izšla še danes veljavna japonska ustava, zelo verjetno ob predpostavki, da bo anglo-ameriška privrženost »vladavini prava« tudi na Japonskem okrepila demokracijo in v prihodnje preprečila vrnitev totalitarnih režimov.

Ker pa si je bilo težko predstavljati novo ustavo za vse, tedaj oslABLJENE države zahodne Evrope, ki so bile tako ali drugače vpletene v dogajanje druge svetovne vojne, je bila rešitev ponujena na ravni mednarodnega prava, namreč ustvariti zavezo s podobno ustavno dinamiko in primerljivo razvojno močjo. Politično tako namen ni bil oblikovati »človekovih pravic« predvsem zaradi njih samih, ampak bolj in zlasti kot protisredstvo za totalitarizme, ki bi se lahko v taki ali drugačni obliki spet pojavili v Nemčiji, Italiji, Franciji ali kje drugje. Odziv na to nevarnost sta torej morali biti pristna demokracija in učinkovita vladavina prava.

Namen tega eseja ni presoja – to bi bila naloga za zgodovinarje – ali sta Konvencija in Sodišče v Strasbourgu izpolnila ta pričakovanja, namreč, ali sta dejansko tako ali drugače preprečila vzpon novega evropskega samodržstva od leta 1950 do danes. Upam si trditi, da je naloga veliko bolj zapletena.

Kot je bilo že povedano, naj bi bila Konvencija in Sodišče na stičišču dveh izrazito različnih pravnih izročil. In če je bil namen udejanjiti resnično in avtonomno vladavino prava, kot je kontinentalna Evropa zaradi pomanjkanja demokratičnega izročila ni poznala nikoli prej, pa je bil vpliv običajnega prava na kontinentalni pravni formalizem veliko manjši, kot se je pričakovalo —, kar kažejo tudi ugotovitve po petdesetih letih pravne zgodovine. Zato bomo poskusili oceniti zapletene medsebojne povezave med običajnim pravom

in prevladujočim pravnim formalizmom kontinentalnih pravnih sistemov.

Medtem ko bi moralo danes Evropsko sodišče za človekove pravice delovati kot ustavno sodišče Evrope, namreč neformalistično, pa običajna formalistična miselnost drža sodnikov in pravnikov Sodišča neizprosno in postopoma ta podjem vse bolj spodkopava. Da je bil to res »podjem«, se je pokazalo nedavno, ko je Državni arhiv ZDA dovolil dostop do zadevne dokumentacije. Dokumente je našel Joshua Paul, raziskovalec na Univerzi Georgetown v Washingtonu.

*»Voditelje evropskega gibanja – Retingerja, vizionarja Roberta Schumana in nekdanjega belgijskega predsednika vlade Henrija Spaaka – so njihovi ameriški pokrovitelji vse po vrsti obravnavali kot najemne delavce. Vloga ZDA je bila obravnavana kot tajna operacija. Denarna podpora je prihajala od Fordove in Rockefellerjeve fundacije ter poslovnih skupin, tesno povezanih z ameriško vlado.«<sup>3</sup>*

Čeprav te informacije ni precejevati, pa nam vseeno dokazuje, da moramo zgodovinski izvor Konvencije in Sodišča v Strasbourgu poiskati drugje, prav gotovo pa ne na evropski celine.

Če so prave korenine konvencije res ameriške, je tudi nesporno, da je bil pravni način razmišljanja kot podlaga temu projektu iz petdesetih let tisti, ki se je nanašal na običajno pravo – in prav to je tisto, kar nas tu

<sup>1</sup> Copyright © 2013 Boštjan M. Zupančič. Vse pravice pridržane. Članek je del širšega teksta *in statu nascendi*, izvirnik je v angleškem jeziku. Prevod je delno nastal v Generalnem sekretariatu Vlade RS, delno ga je prevedel Dean Zagorac, avtor ga je redigiral.

<sup>2</sup> Glej obsežno delo Harloda Bermanna: *Law and Revolution* (1983). Ko sem v sedemdesetih letih naključno kot študent pripravljaval doktorat na Harvardu, je profesor Berman še vedno objavljaval poglavja te knjige v obliki člankov, na primer v *Harvard Law Review*. Bil sem Bermanov »neplačani asistent«, kar je pomenilo marsikatero skupno kosilo z njim in nekaterimi drugimi odličnimi profesorji (Karl Deutsch in drugi) na Harvardu. V tistem času sem bil očaran nad Friedrichom Nietzschejem in lahko zatrdim, da sklicevanja nanj v navedenem delu izvirajo iz teh plodnih pogovorov.

<sup>3</sup> Tako je poročal britanski časopis *The Telegraph* v članku, ki ga je 19. septembra 2000 podpisal Ambrose Evans-Pritchard. Članek je še vedno dostopen na spletnem naslovu <[www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/1356047/Euro-federalists-financed-by-US-spy-chiefs.html](http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/1356047/Euro-federalists-financed-by-US-spy-chiefs.html)>, vendar pa nisem mogel preveriti, ali je imela ta eksplozivna informacija kakršno koli pomembno nadaljevanje.

Seveda je značilno, da evropski mediji in evropski učenjaki temu razkritju niso namenili večje pozornosti. Če bi bil ponos »evropske pravne civilizacije« res ameriškega tajnega in politično financiranega izvora, bi to po vsej verjetnosti razkrilo vsaj ideološko manjvrednost pravnega formalizma, ki jo mora ublažiti njen mlajši civilizacijski brat. Prava narcistična rana, ki jo je treba za vsako ceno prezreti!

V tem smislu je še zlasti ironično opazovati francoski ponos glede »*les droits de l'homme*«, kot da bi bil projekt, tak kot sedaj deluje v Strasbourgu, nekako povezan s Francosko deklaracijo o človekovih pravicah iz leta 1789 ali na splošno s francosko revolucijo.

zanima. Ali povedano drugače, celoten načrt ni bil le poskus uveljavitve evropskega federalizma, kar je čisto posebno vprašanje, ampak tudi poskus vcepitve, če govorimo s stališča primerjalnega prava, popolnoma drugačne običajnopravne, to je *Common Law*, miselnosti, kar je tudi predmet tega spisa. Tako je več kot nenavadno opazovati nenehno naraščanje pravnega formalizma na Sodišču, katerega največje gojišče so politična imenovanja zahodnih sodnikov, ki šestdeset let po začetku projekta človekovih pravic v Strasbourgu nenehno spodkopavajo dostop do takega sodišča in take pravičnosti, ki bi bila vredna tega imena in zvesta svojemu zgodovinskemu namenu.

Odvč je reči, da nedavni prihod sodnikov in pravnikov iz srednje in vzhodne Evrope, z redkimi izjemami, te trditve ni omajal; ti sodniki in pravniki, ki prihajajo iz vzhodne Evrope, so še bolj oddaljeni od demokratičnega ideala avtonomne vladavine prava.<sup>4</sup> Vendar pa najbolj naduto in formalistično oholo držo kažejo zahodnokontinentalni sodniki; nekatere so imenovalle njihove konservativne vlade, nekaj pa jih ima nedvoumno nalogo blokirati vpliv avtonomnega pravnega razmišljanja in vladavine prava – dozdevno v imenu nacionalne suverenosti.<sup>5</sup> Kot kažejo *travaux préparatoires*, pa je tudi sicer prav ta privrženost hinavstvu suverenosti – dejansko evropski omejenosti – preprečevala zavezujočo naravo *erga omnes* sodb Evropskega sodišča za človekove pravice.

### ***Quod ab initio vitiosum est, tractu tempore convalescere non potest!***

Izziv za pisca takega eseja je torej poglobljena razčlenba temeljnih razlik med dvema, v marsičem popolnoma različnima načinoma pravnega razmišljanja, od katerih je eden rezultat stoletnega heteronomnega zgodovinskega položaja sodne veje.

Zaradi pomanjkanja demokratične tradicije – in to je pravi izvor težave – si na kontinentu sodna veja, perceptivno ali drugače, ni mogla privoščiti tega, kar bomo v nadaljevanju imenovali »avtonomno pravno razmišljanje«. Podrejena vloga kontinentalnih sodnih birokracij se kaže v privrženosti formalizmu, ker se iz zgodovinskih razlogov podzavestno oklepa heteronomnega pojmovanja vladavine prava. Sodnik, ki ga je strah uporabiti lastni smisel za pravičnost – čeprav na sodišču zadnje stopnje – se bo oklepal formalistično-pozitivistične razlage norme. To je toliko bolj nesmiselno na Sodišču, ki je bilo

vendar izumljeno prav zaradi tega, da blaži domačo ozkosrčnost.

Že na začetku je treba povedati, da tu ne zagovarjamo nobene vrste sodne samovolje. »Avtonomna vladavina prava« in »avtonomno pravno razmišljanje« se ne smeta razumeti v neomejenem smislu, čeprav ima seveda sodnik po običajnem pravu neprimerljivo večjo svobodo pri uveljavljanju svoje diskrecijske pravice in »smisla za pravičnost«.<sup>6</sup> Tako je na primer le malokomu znano, da je imel ameriški sodnik, ki je predsedoval v kazenski obravnavi, na koncu skoraj popolno diskrecijsko pravico glede kazni, ki naj bi jo izrekel obtožencu, obsojenemu zaradi kaznivega dejanja; to se je spremenilo šele v šestdesetih in sedemdesetih letih.

Ko sem novembra 2012 na to temo predaval na Univerzi v Lvovu v Ukrajini, mi je prav to vprašanje postavil eden najuglednejših postsovjetskih pravnih teoretikov, akademik Petro M. Rabinovič. Svoj ugovor je z odmikom od moje hipoteze oblikoval zelo natančno in vprašal, kaj je torej razlika med diskrecijsko pravico po eni strani in samovoljo po drugi. Na tisti točki sem svoj odgovor skrajšal in dejal, da je to odvisno od tega, *kdo* so sodniki v dejanskem pravnem sistemu. Seveda se pozitivisti in formalisti, med katere profesor prav gotovo ne spada, običajno ne zmenijo za to vprašanje, in taki, kot so, vztrajajo pri domnevi, da tu sploh ne gre za sodnike, ker sistem predpostavlja, da so, kot bi dejal Montesquieu, zgolj trobila zakona. Kot smo že omenili, pa po drugi strani sploh ni težko dokazati, da vsaj na ustavnih sodiščih, pa tudi na Evropskem sodišču za človekove pravice, zakon, katerega trobila naj bi bili sodniki, vsaj na začetku ne obstaja. Ali z drugimi besedami, tu je vse odvisno od njihove pridobljene ravni moralnega razvoja, kot pravi Jean Piaget, za njim pa Lawrence Kohlberg s Harvarda. Poleg tega to ni nič novega, ker lahko na primer pojem *spoudaios* najdemo že v Aristotelovi Nikomahovi etiki, da sploh ne govorimo o predpostavljenem idealu *Džen Ren* v taoistični filozofiji.

Razsvetljenski ideal sodnika, popolnoma podložnega abstraktni normi, je bil pretiran odziv na dejansko samovoljo francoske aristokratske »pravice«, vendar pa se je tako kot v mnogih drugih primerih francoski model izkazal kot zavajajoč in poguben. Značilne pobožne želje so zato prej omenjeni ideal preoblikovale v pravcati mit, katerega posledica je bila na žalost, kot že poudarjeno, popolnoma nestvarna domneva, da moralni razvoj in inteligenca sodnikov nista bistvena za dobro delovanje nacionalnega sodstva. Prav tako je jasno, da

<sup>4</sup> Vendar je tudi to precej bolj zapleteno, kot bi bilo videti, če naj bi uporabili zahodne stereotipe. Sodniki, ki prihajajo iz srednje in vzhodne Evrope (Slovenija, Hrvaška, Srbija, Črna gora, Bosna in Hercegovina, Romunija, Bolgarija, Madžarska, Ukrajina, Moldavija, Azerbajdžan, Estonija, Litva, Latvija, Slovaška, Češka itd.), spadajo bolj ali manj v generacijo, ki je odrasla in se izšolala v političnem sistemu, ki se bistveno razlikuje od družbenega okolja, značilnega za sodnike, ki prihajajo z zahoda. Za zahodnega sodnika, bodisi iz kontinentalne bodisi običajnopravne jurisdikcije, bi bilo domala nemogoče dojeti, od kod ti ljudje sploh prihajajo. Razlike so do neke mere prišle na dan v zadevi Ždanoka proti Latviji.

Na te razlike se lahko legalistično namiguje s sklicevanjem na delo *Law and Marxism: A General Theory*, Ink Links, 1978. Napisal ga je **Evgenij Bronislavovič Pašukanis** (1891–1937) in v njem ponuja t. i. pravno teorijo menjave blaga, ki naj bi pravzaprav ustrezala tezi, da zahodne kapitalistične družbe temeljijo na menjavi blaga *quid pro quo*, marksizem in marksistične družbe pa na posplošeni solidarnosti, kot jo predlaga Karl Marx v svoji *Critique of the Gotha Programme*: Vsak po svojih zmognostih, vsakemu po njegovih potrebah! Glej <[www.marxists.org/archive/marx/works/1875/gotha/ch01.htm](http://www.marxists.org/archive/marx/works/1875/gotha/ch01.htm)>.

V bistvu govorimo o temeljni razliki med zgolj formalno in vsebinsko pravičnostjo. Očitno je, da tudi človekove pravice sodijo v prvo kategorijo.

<sup>5</sup> Glej na primer *L'internalisation du droit: dégradation ou recomposition? Dialogue entre Mireille Delmas-Marty et Alain Supiot*, *Esprit*, november 2012, str. 35–51; na str. 39, kjer se Delmas-Marty izrecno sklicuje na »zanikanje pozitivistično-legalističnega prava«: »[Evropsko] sodišče [za človekove pravice] je vstalo iz svoje postelje in zdaj ne vemo, kaj storiti, da bi šlo spet nazaj v posteljo.« (Citat **Jean Charbonnier**: *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, str. 56)

<sup>6</sup> Obotavljanje glede razlike med pozitivistično-formalistično navezanostjo na silogistično glavno premiso po eni strani, po drugi pa možnostjo sodne samovolje, kar je največja bojazen zlasti v francoskih akademskih krogih, je utemeljeno.

S tem se bomo podrobneje ukvarjali v nadaljevanju. Tu bomo zgolj dejali, da je seveda vse odvisno od tega, *kdo* so sodniki, ki so pooblašeni za sprejemanje diskrecijskih odločitev, za katere se lahko ali pa tudi ne konec koncev izkaže, da so v slabšalnem pomenu besede – samovoljne.

razlikovanje med diskrecijsko pravico in zlorabo diskrecijske pravice, namreč samovoljo, ne more biti strogo pravno vprašanje in da je določena mera pravnega realizma glede dejanskega delovanja sodstva nepogrešljiva — če želimo razumeti, zakaj je, ali pa tudi ne, posamezen pravni sistem v posamezni državi in kulturi verodostojen, ker daje, ali pa tudi ne, pravične rezultate. Kot bomo pozneje natančneje videli, je vprašanje Aristotelovega in Plotinovega *spoudaios* vsaj vprašanje moralnega razvoja, dejansko pa predvsem metafizično vprašanje.

Če se vrnemo k našemu ukvarjanju s formalizmom, naj omenimo okoliščine, v katerih lahko smisel za pravičnost pride navzkriž s pozitivno normo. Če se ta oklepa neprilagodljivosti, kar se pogosto dogaja, lahko smisel za pravičnost pride navzkriž s pravično rešitvijo problema. Zelo dober primer tega lahko najdemo v nedavni zadevi *Guiliani proti Italiji*, v kateri je šlo za odgovornost italijanske države za smrt mladega Guiliana zaradi precej značilne dezorganiziranosti pri varovanju, ki naj bi ga zagotavljale varnostne enote ob sestanku skupine G8 v Genovi v Italiji. Zadeva se je strnila v vprašanje vzročnosti, namreč vprašanje je bilo, ali je obstajala *pravno pomembna vzročna zveza*, kot se upošteva na mednarodni ravni, med omejeno neustrezno organiziranostjo italijanskih varnostnih enot po eni strani in nesrečnim ubojem mladega Guiliana po drugi.

Glede tega je bilo dejansko očitno, da je bila domnevni silobran mladega pripadnika italijanske žandarmerije, ki je nehote ubil sina tožnika, mladega Guiliana, posledica omenjenega nereda. Vendar pa Sodišče ni hotelo uveljavljati in upoštevati, česar domača sodišča razumljivo niso mogla, namreč odgovornosti italijanske države kot take za posledico, ki bi se v domačem okviru neizogibno obravnavala kot »brez vzročne zveze«. V takem okviru bi avtonomno pravno razmišljanje privedlo do pravične rešitve, ki jo je skušal doseči tožnik, oče mladega Guiliana. S tega vidika je bila italijanska država nedvomno odgovorna. Vendar pa Sodišče ortodoksno ni hotelo upoštevati novega dojemanja vzročne zveze. Tako je bil sklep, ki ga je sprejelo, nepravičen. Trk med formalističnim – miselno konservativnim – obravnavanjem zadeve in stvarno presojo odgovornosti italijanske države je morda ena ponazoritev tega, kako je bil epohalni napredek v sodni praksi opuščen.<sup>7</sup>

To sicer ne pomeni, da bi bil po običajnem pravu izid neizbežno in nujno nasproten. Vseeno pa to videnje nedvomno ponazarja pojmovanje pod zavrtim formalizmom, ki, preplašen kot je, ni sposoben avtonomnega pravnega razmišljanja.

Prav to pomanjkanje miselne neodvisnosti pri kontinentalnih evropskih pravnih in sodnih je tisto, o čemer govori ta esej. Sklepati, da je to vsekakor zgodovinsko breme t. i. »ostalinskih vrednot«, je sorazmerno lahko.

Tisti, ki je uvedel ta pojem v sedemdesetih letih, je bil angleški zgodovinar Raymond Williams.<sup>8</sup> Načeloma gre za zamisel, po kateri vsa obdobja zgodovine posamezne kulture odlagajo svoje ostaline v smislu »ostalinskih vrednot« in da te ostalinske vrednote vztrajajo še naprej, čeprav so že dolgo tega postale nefunkcionalne:

*»Nekateri izviri ostalinskih pomenov in običajev ... [so] posledica predhodnih družbenih tvorb, v katerih so se ustvarjali določeni stvarni pomeni in vrednote. Ko pozneje izostane neka faza prevladujoče kulture, se nato ponovno poseže po teh pomenih in vrednotah, ki so bili ustvarjeni v dejanskih družbah v preteklosti in za katere se zdi, da so do neke mere še vedno pomembni, ker predstavljajo človekove izkušnje, težnje in dosežke, ki jih prevladujoča kultura podcenjuje ali izpodbija ali pa jih celo ne more prepoznati.«*

Šteli bomo, da Williamsovi »ostalinski pomeni in običaji« veljajo tudi za pravni formalizem. Zdi se, da je to pomembno, ker je način odpora proti monokratičnim voditeljem kontinentalnih družb, v katerih niso sodniki nikoli imeli take vrste avtonomije, kot jo je Max Weber pripisoval zemljiški gospodi v običajno-pravni državi, kot je Združeno kraljestvo.<sup>9</sup> Ali strnjeno v zelo preprost besedni okvir, zaradi kontinentalnega »pomanjkanja demokratične tradicije« je kontinentalno pravno razmišljanje temu primerno heteronomno.

Priznamo, da to ni pravno vprašanje. Vendar pa je s sociopsihološkega vidika, zelo lahko razumeti, zakaj napredek v pravnem redu (*acquis*) Evropskega sodišča za človekove pravice ni tak, kot je bil pričakovan ob njegovi vzpostavitvi. Sodišče je danes zares v veliki nevarnosti, da postane žrtev lastnega nagonsko nezaupljivega pravnega formalizma.

Ob začetku delovanja »novega sodišča« leta 1998 je bila nezdržljivost dveh načinov razmišljanja še vedno zastrta in pravni diskurz, zlasti v Velikem Senatu, je presegel nominalna nasprotja v miselnosti sodnikov, in to ne glede na pravno kulturo, iz katere so prihajali, kajti, če smo odkriti, pravni formalizem je oblika umske omejenosti, ki ga um velikega kalibra tako spoznavno kot tudi v smislu neodvisnosti svojega značaja prav gotovo ne bi sprejel.

<sup>7</sup> Do praktično enakega izida je prišlo nekaj let prej v zadevi *Mastromatteo proti Italiji*. V tej zadevi je italijanski *giudice delle pene*, neke vrste sodnik v upravi zavora, izpuštil na dopust dva, prej obsojena in zaprta udeležena iste zarote, kar je bila preprosto birokratska malomarnost nepredvidenih razsežnosti. Ko sta nekdanja sozartnika prišla iz zavora, sta takoj poskušala oropati banko, mladi Mastromatteo kot nedolžni očitavec, ki je sedel v avtu pred banko, pa roparjema, ki sta poskušala pobegniti, ni hotel prepustiti vozila. Ko je sedel v avtu, ga je eden od roparjev iz neposredne bližine ustrelil. Vprašanje je bilo, ali je treba odgovornost pripisati italijanski državi – zaradi očitne malomarnosti enega njenih sodnih uradnikov. Zaradi konservativnega formalističnega obravnavanja vzročne zveze je bil odgovor tako kot v zadevi *Guiliani* nikalen.

<sup>8</sup> **Raymond Williams:** *Base and Superstructure in Marxist Cultural Theory. Problems in Materialism and Culture.* London: Verso, 1980. Rpt. as *Culture and Materialism*, str. 42.

<sup>9</sup> Ta izročila, ki izhajajo iz Velike listine svoboščin, so bila kulturno tako vtkana v britanski imperij in njegova kulturna izročila, da so se sčasoma prenesla v vse kolonije. To pojasnjuje, zakaj je v Kanadi, Združenih državah, Avstraliji in Novi Zelandiji, da o Indiji in manjših državah, kot sta Malta in Ciper, sploh ne govorimo, sodna neodvisnost kot kognitivni referenčni okvir v primerjavi s kontinentalnim formalistično-pozitivističnim okvirom še danes popolnoma drugačna. Če parafraziramo Williamsa, so očitno ti pomeni in vrednote, ki so bili ustvarjeni v zgodnejših družbah v preteklosti, za kontinentalne pravnike in sodnike še vedno pomembni, ker predstavljajo človekove izkušnje, težnje in dosežke, ki jih prevladujoča kultura podcenjuje ali izpodbija ali pa jih sploh ne more prepoznati.

## Nazorna opredelitev (ostenzivna definicija)

Da bi pojasnili, celo pravnikom in sodnikom, kaj so človekove pravice »po svojem bistvu«, lahko posežemo po tem, čemur včasih pravimo nazorna opredelitev. Eden legendarnih pravnih teoretikov profesor Hamson z Univerze v Cambridgeu<sup>10</sup> je poleti 1968 v enem od svojih sijajnih predavanj kontinentalni sistem in običajno pravo primerjal z naslednjo zgodbo. Predstavljajte si, je dejal, da poskušate marsovcu, ki je pravkar prišel na Zemljo, pomagati dojeti, kaj je pes. Lahko bi mu dejali: »Pes je žival na štirih nogah, kosmata in ima rep!« On bo pokimal, dejal bo, da razume, nato se bo sprehodil po cesti, zagledal mačko in zadovoljno vzkliknil: »O, kako zabaven pes ... !«

In prav to je pristop, ki po besedah profesorja Hamsona opisuje delovanje kontinentalnega pravnega sistema. Z vidika običajnega prava je kontinentalni pravni sistem prežet z definicijami,<sup>11</sup> od katerih je ena raven abstraktnjša od druge. Sploh pa kontinentalni sistem med vzpenjanjem po različnih ravneh abstraktnosti pride do dobro znane pravne piramide Hansa Kelsna. Razlikovanje H. L. A. Harta med preskriptivnimi in instrumentalnimi normami se na primer zdi enako kartezijanskemu ločevanju abstraktnega od zgolj konkretnega – morebiti pa je Hart edini pravi pravni teoretik običajnega prava – pa tudi omenjeno razlikovanje je predvsem funkcionalistično in ne toliko kartezijansko.

Dovolj je reči, da je zlasti v kontinentalnem ustavnem pravu razločevanje med abstraktnim in konkretnim danes še vedno zavajajoča podlaga za razporejanje sodnih pristojnosti različnih »državnih organov«, medtem ko je običajno pravo že zdavnaj opravilo s kartezijanskimi teorijami s pomočjo znamenite formule, ki jo je napisal Henry More: »hiter sprejem, resno preiskovanje ob naraščajoči ambivalenci, dokončna zavrnitev«. <sup>12</sup> V nadaljevanju bomo pokazali, da je pravni formalizem, perceptualni sindrom kontinentalnega pravnega sistema, zasnovan na precej grobi in predvsem zavajajoči uporabi kartezijanskega razločevanja med abstraktnim in konkretnim. Toda to je njegova drugotna posledica. V prvi vrsti najdemo pomanjkanje demokratične tradicije in posledično pomanjkanje avtonomnega pravnega razmišljanja, zlasti pri formalističnih kontinentalnih sodnih – ker niso nič drugega kot to! – birokracijah.

Ni pretirano reči, da vsi kontinentalni pravni sistemi – razen običajnega prava – temeljijo na tem posebnem pseudo-kartezijanskem pristopu, kar pomeni, da

skušajo kontinentalni pravniki nomotehnično priti do »bistva« določenega pravnega pojava, kot je pogodba, definicija *per genus proximum et per differentiam specificam* določenega prekrška itd.

Cilj, za katerim stoji ta pristop, je precej očiten. Da bi lahko to storili, namreč, da bi bili sposobni opredeliti vsak pojav, ki ga obravnava pravo, se je treba na začetku potruditi vsemu odvzeti vse tisto, kar ni bistveno, in se osredotočiti na tiste sestavine definicije, ki so odločilne. V rimskem pravu so na primer temu rekli »*essentialia negotii*« v primerjavi z »*naturalia negotii*« in »*accidentalia negotii*«. Pravzaprav je to »znanstveni pristop«, ki je skupen tako filozofiji kot empiričnim znanostim.<sup>13</sup> Pa tudi kodifikacija, ki je kaj več kot golo preformuliranje, brez te kartezijanske ločitve abstraktnega od konkretnega ni mogoča.<sup>14</sup>

Če olupimo še en sloj te čebule, kmalu naletimo na skrito premiso, ki je podlaga te metode. Vzgib se zdi resnično »znanstven«, in sicer v tem smislu, da naj bi pravni zapleti zahtevali razumevanje »bistva« pogodbe, kaznivega dejanja itd. Izločitev elementov, potrebnih za opredelitev pogodbe, kaznivega dejanja in tako naprej, tako zahteva sorazmerno strog proces abstrakcije. Vendar pa pravo ni empirična znanost z »nepopolno indukcijo« Francisa Bacona v smislu, kot mu ga običajno pripisujemo. Miselni proces je bližje filozofiji, s tem da je predmet take abstrakcije v pravu nekaj povsem običajnega.<sup>15</sup>

Če naj bi kontinentalni pravni proces opredelili kot jezikovno igro abstrakcij in če naj bi nadalje trdili, da je ta igra primerljiva z Wittgensteinovo »jezikovno igro«, bi nedvomno prišli do sklepa, da je igra krožna oziroma samoreferenčna. Kot analitični filozof se je Wittgenstein osredotočil na samoreferenčne in v tem smislu samopotrjujoče zmote, o katerih razmišljamo v kateri koli »jezikovni igri«. Vendar nam ni treba iti tako daleč, ker so pravne abstrakcije čisto preprosto krožne v odnosu do moči, namreč, če njihova podlaga ne bi bila moč države, pravne abstrakcije ne bi pomenile ničesar. Vse od pojma pogodbe do pojma kaznivega dejanja je odvisno od nadzorne moči države, kar pomeni, da je v pravnokonceptualnih okvirih zelo malo filozofskega ali znanstvenega. Poleg tega pa se abstrakcije v kontinentalnem pravnem sistemu – ker pravniki pozabljajo na svojo odvisnost od moči – nagibajo h konkretizaciji v tem smislu, da začnejo pravniki, indoktrinirani s svojo pravno izobrazbo, verjeti, da take prazne abstrakcije, ki nimajo prav nikakršne razlagalne moči, dejansko obstajajo neodvisno od moči države.

<sup>10</sup> Profesor Charles John »Jack« Hamson (1905–1987), profesor primerjalnega prava, Trinity College, glej na <www.trinitycollegechapel.com/about/memorials/brases/hamson/>.

<sup>11</sup> Vendar primerjajte **Javolena**: Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possent. D 50. 17. 202. : »V civilnem pravu je vsaka definicija nevarna, kajti malo je tistih [scit: definicij], ki jih ni mogoče sprevreči.« Glavna bolezen kontinentalnega sistema je bila vedno pravni formalizem in tako ima glagol »sprevreči«, kar se nadejamo dokazati, daljnovidno in zlovesčo konotacijo.

<sup>12</sup> **Lennon, Thomas M., John M. Nicholas, John Whitney Davis**: Problems of Cartesianism. McGill-Queen's Press 1982, str. 4.

<sup>13</sup> Latinski glagol »*abstraho, is, ere*« dobesedno pomeni »proč potegniti«. Tako hkrati pomeni odstranitev domnevno nebitvenega in zadržanje bistvenega. Seveda pa so merila za to, kaj je (ni) bistveno, odločilna za izid, to je za abstrakcijo ali abstraktno definicijo. Merila za to, kaj je bistveno, pa so pogosto brez vednosti samega misleca vnaprej določena z njegovim namenom.

<sup>14</sup> Kodifikacija terja predvsem razčlenitev sestavnih elementov določenega pravnega področja, na primer kazenskega prava. Sestavni elementi so odvojeni v splošni del zakonika, kot če bi jih matematično postavili pred oklepaje. Ti elementi nato veljajo za vse sestavne dele »posebnega dela« zakonika, kar pomeni, da je vsaka glavna premisa, uporabljena v praksi, kombinacija teh sestavnih elementov iz splošnega in posebnega dela zakonika. Zakonik tako ni golo preformuliranje prava, ampak sofisticirana kombinatorna struktura, ki se uporablja za oblikovanje glavnih premis v pravnih silogizmih. Prvi, resnično sofisticiran zakonik te vrste je bil *le Code Napoléon*.

<sup>15</sup> Mímogrede, Lon L. Fuller je uporabil to razumevanje pri zasnovi svojega razlikovanja med »moralo dolžnosti« in »moralo aspiracije«, namreč pravo se ukvarja z vsakdanjimi in običajnimi zadevami, ki jih je sposobno opredeliti, ni pa sposobno opredeliti »moralne aspiracije«, ker je pač zunaj običajnega. V tretjem kolenu dobimo razliko med pravico in privilegijem, ki sem jo predstavil v svojem ločenem odsklonilnem mnenju v *E. B. proti Franciji* in je bila soglasno potrjena v *Lambois proti Luksemburgu*. Za več glej **Boštjan M. Zupančič**, Owl of Minerva, zadnje poglavje.

Kot bomo videli na koncu tega eseja, velja enaka miselna površnost za »človekove pravice«, ki jih mnogi včasih tudi dojemajo kot nekaj resničnega, namreč kot nekaj, kar ima pristno in idiosinkratično »bistvo«.

Kot bomo videli, to prepoznavanje »bistva« človekovih pravic, pogodbe, kaznivega dejanja in tako naprej morebiti sploh ne bi bilo potrebno. Nepogrešljivo je za filozofa, morebiti je potrebno za znanstvenike – postavlja pa se vprašanje, ali se je pravu sploh treba znajti nekje med filozofijo in znanostjo. Z drugimi besedami, osredotočenost prava – golo reševanje odnosnih sporov – je vse preveč povprečna in vsakdanja, da bi lahko ponudila poglobljeno raziskavo »bistev« njegovih predmetov poizvedovanja. Seveda lahko poiščemo recimo bistvo stola, lahko ga opredelimo in tako naprej, ampak čemu, razen da bi se pretvarjali, da je »stol« zelo pomembna téma. Kontinentalna pravna miselnost je surrealistično pretenciozna, kar je že samo po sebi neprijetno, vendar pa postane resnično sporna, ko pomeša, kar pogosto počne – tu govorim na podlagi osebnega poznavanja problema – tako zdravo pamet kot tudi smisel za pravičnost.

Nasprotno pa je pogled odvisen od tega, kako na splošno opišemo družbeno funkcijo pravnega procesa, ki je lahko nepretenciozna, kar dejansko v splošnem pravu tudi je, ali pa je lahko zahtevnejša. Tu je treba besedno zvezo »manj pretenciozen« uporabiti zato, ker nezahtevno običajno pravo (*Common Law*) ne kaže potrebe po obravnavanju bistev stvari, in to iz čisto preprostega razloga: anglosaško pravo – celo z njegovim poimenovanjem »sistem« oklevam – skromno šteje za svojo poglobljeno nalogo razreševanje vseh vrst sporov. Manj je obremenjeno z vsakovrstnimi teorijami; ne potrebuje jih. Da bi lahko to podprli, moramo razumeti, da v obeh sistemih – če naj bi bila obdarovana s sodniki, ki bi bili široko, kar koli bi že to pomenilo, izobraženi in popolnoma pošteni – zakoni, ki opredeljujejo vse vrste stvari, načeloma niti ne bi bili potrebni. Kot bomo videli, je to zelo lahko dokazati, kajti Evropsko sodišče za človekove pravice je bilo ob svojem nastanku v petdesetih letih dejansko v prav tem položaju *tabulae rasae*.

Sodnik, ki meni, da ni njegova stvarna naloga nič drugega kot razrešitev spora, s katerim se ukvarja, bo uporabil svojo inteligenco, zdravo pamet in domišljijo – ter razrešil nesoglasje. Če lahko to doseže, ne da bi kdaj doumel, na kaj se je spor sploh nanašal, mu to ne bo preprečevalo, da ne bi bil mojster v razreševanju sporov, kar je tudi njegova edina naloga. Če to na primer ne bi držalo, sodnik v zadevah zasebnega prava ne bi mogel sprejeti poravnave med strankami (*compromissum* v rimskem pravu) kot legitimen izid adverzativnega scenarija.

Običajno pravo si tako niti ne domišlja, da bi bil miselni sistem; nekako se izmaže ter je popolnoma stvarno in pragmatično. To je »sistem«, v katerem bo sodnik predsedoval sodnemu postopku, ne da bi se pretirano vznemirjal zaradi tehničnih podrobnosti; preprosto si bo prizadeval doseči in prilagoditi ravnovesje preudarkov, nato pa bo s svojim *fiat* adversarnemu scenariju naredil konec.<sup>16</sup>

Lahko bi rekli, da je to vzorec – »idealen tip«, kot bi to poimenoval Max Weber – vloge sodnika. Ob zanašanju na njegovo inteligenco in smisel za pravičnost pooblašča sodnikovo zdravo pamet in njegovo domišljijo ter je predvsem strokovna, če namreč res menimo, da je hitra, veljavna in pravnomočna razrešitev sporov glavni cilj pravnega sistema. Pri taki vrsti sistema je torej popolnoma nepomembno, ali je opazovana stvar pes ali mačka. V naši zgodbi je poanta ta: marsovec se bo sprehajal po cesti, zagledal mačko in rekel: »O, kako lep pes ... !«

Toda učinek zgodbe je drugje. Glede na epistemološki pragmatizem običajnega prava in odsotnost kartezijske nadutosti, ker ni potrebe po prizadevanju za doumevanje »bistva« stvari in dokler obstaja le stvarna in skromna, to je netrascendentna potreba po razrešitvi spora —, je metafora pretiranih definicij poanta prisposodbe. Vendar pa predhodno omenjena stvarna in skromna potreba po razrešitvi spora ne pomeni, da je sistem manj inteligenten ali razumskorigorizen. Kot bomo videli v nadaljevanju, zahteva tak sistem dejansko večji razumski vložek, prav tako kot kitajski sistem pismenk, če ga primerjamo s 25 črkami, ki jih imamo na Zahodu.

V običajnopravnem sistemu se zato stvari, kot so psi in mačke, ne opredeljujejo, ampak se na psa preprosto pokaže in reče: »Vidiš, to je pes!«

Torej, ko se marsovec sprehaja po cesti in zagleda mačko, morebiti poreče: »Kako čuden pes ... !« – vendar bo vsaj opazil, da to ni žival, o kateri so ga poučili, da jo prepozna. Zoološka taksonomija si prizadeva izčrpno opisati razlike med mačkami in psi, kar je dejansko tudi razlika med naravoslovjem in znanostjo. Zato je naravoslovje vedno pred znanostjo, če na primer pomislimo na Darwina, ko opisuje različne vrste rastlin in živali, da bi nato prišel do »znanstvenega« pogleda na naravno selekcijo. Seveda pa pravo ni tu, kot so kontinentalni pravniki naučeni podzavestno sprejeti, da bi pojasnjevalo stvari. Bolj skromno in praktično je tu zato, da s takojšnjim, veljavnim, dokončnim itd. razreševanjem nesoglasij ohranja družbeno stabilnost. Postavlja se torej vprašanje, zakaj kontinentalni sistem razkazuje to »znanstveno« ambicioznost, medtem ko lahko običajno pravo brez težav shaja brez nje.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Že sama narava razsodbe zahteva, da je ta pravnomočna; ker se ukvarjamo zgolj s spori, je v pravu pravnomočnost razsodb dosti pomembnejša kot njihova vsebina. Zato tudi formula v kontinentalnem pravu, po kateri pravnomočnost prevlada, v zasebnem pravu celo nad resnico: *Res judicata pro veritate habetur*. (»Za pravnomočno razsodbo se neizpodbitno predpostavlja, da pomeni resnico.«)

<sup>17</sup> V primerjalnem smislu opažamo v običajnem pravu značilen odpor do teoretičnega ekskurza. Seveda je pretirano reči, da nima anglo-ameriški pravni sistem nobene »teorije«; če pa jo že ima, je njen okvir popolnoma drugačen od tistega v kontinentalni pravni teoriji. Po drugi strani pa se lahko ta »teorija« – sklicujem se na večino člankov, objavljenih celo v vodilnih ameriških pravnih revijah – zlahka omeji na čisto »trosenje analogij«, kot je to poimenoval R. M. Unger s Harvard Law School, brez kakršne koli razlagalne vrednosti.

To ni brez neprijetnih posledic, ker ostaja »teoretična« raven horizontalna v tem smislu, da se ne dvigne nad sodno prakso; zato tudi kritično sklicevanje na »trosenje analogij«. Tako ostaja sodna praksa »strukturno odprta«, kar na primer ameriškega vrhovnemu sodišču omogoča, da se pomakne naprej in nato spet nazaj – recimo v primeru izključevalnega pravila in privilegija zoper samoobtožbo – preprosto zato, ker povezava med obema ni bila nikoli »strukturno zaprta«, namreč obrazložena in s tem zacemtrirana kot *fait accompli*.

S stališča kontinentalnega prava je na dlani, da pravna teorija običajnega prava, s častnimi izjemami, praktično ne obstaja, ker preprosto ostaja na enaki ravni abstrakcije kot sodna praksa, kar bi lahko bila njegova izjemno bogata izkustvena vsebina. Za kontinentalnega pravnega teoretika je to zlata jama!

## Dva različna načina razmišljanja

Max Weber je bil tisti, ki je govoril o običajnem pravu kot sistemu, v katerem pravnik prepozna podobnosti med različnimi zadevami, kot da bi hotel potegniti »parataktične kartotečne kartice«. To samo pomeni, da se v običajnem pravu, ki je podobno kitajskega sistemu pismenk, ambiciozno ne zatekamo v abstraktne definicije (»stolov«); enostavno se spomnimo zgodbe neke zadeve. Pravnik nato reče: »A, seveda, to me spominja na zadevo tega in tega, v kateri je sodišče zavzelo tako in tako stališče ...«

V običajnem pravu začnemo s tem asociativnim spominom, ki spominja na De Bonovo lateralno razmišljanje,<sup>18</sup> ne da bi nujno poskušali »vrednotiti«, kaj je zadeva na višji ravni kartezijske abstrakcije, namreč, s katero višjo ravno abstrakcije (abstraktnejšega doumevanja) naj bi se vzorec dejstev logično ujemal.

Zelo dober primer tega je t. i. *objestno in zavestno neupoštevanje nespametnega človekovega tveganja*, kategorija, ki izhaja iz zgodbe primera z ameriškega zahođa, kjer je nek deček stal na vrhu mostu in metal kamne na vlake, ki so vozili pod mostom. Pri tem je bil en potnik ubit, fant pa obtožen uboja. Seveda to ni bil umor; manjkal je naklep. Direktni naklep je bil nadomeščen s tem, kar so tedaj opisno poimenovali »objestno in zavestno neupoštevanje nespametnega človekovega tveganja«.

To postane toliko zanimivejše, če vemo, da se v kontinentalnem sistemu to imenuje *dolus eventualis* in da je bilo ponujenih veliko teorij, da bi obrazložili razliko med direktnim naklepom (*dolus directus*) po eni strani in malomarnostjo (*culpa*) po drugi, kjer je »objestno in zavestno neupoštevanje nespametnega človekovega tveganja« umeščeno med ti dve kategoriji. Sploh pa bi se lahko vsaka malomarnost prav lahko opisala ne le kot odsotnost dolžne skrbnosti, ampak kot neka vrsta duševne opustitve dejanja. Te teorije so zelo zanimive. Mejijo na filozofijo intencionalnosti (šola intencionalnosti Univerze v Gradcu z *Meinung* kot njenim glavnim zagovornikom); vprašanje pa je, ali prispevajo kar koli bistvenega k pravičnemu razreševanju sporov.<sup>19</sup> Končno obstajajo za uporabo teorije *dolus eventualis* preproste formule, vendar pa bi lahko do teh praktičnih rešitev prišli po inteligentni bližnjici, namreč brez pretirane filozofiranja o zadevi, ki je vsakdanja in običajna.

Običajno pravo pa lahko shaja brez vsakršnih teorij tudi zato, ker se v vsakem primeru porota po sojenju končno umakne v zaprt prostor in lahko čisto mogoče prezre vsa sodnikova navodila. Ker se razsodbe porotnikov ne razlagajo ali utemeljujejo, so tudi pritožbe iz materialnih razlogov, ki se nanašajo na materialno kazensko pravo, v običajnem pravu praktično izključene. Ali je zaradi tega običajno pravo manj pravično?

Sistem precedensov bi se zato zdel agnostičen in v nekem smislu neodločen; nikoli si ne prizadeva »razumeti« v kontinentalnem pomenu besede, namreč v pomenu besede *razumevanje*, ki je tako značilna za kontinentalne pravnike. Obratno pa ne bi kontinentalni pravnik rekel ničesar o zadevi, na katero ga spominja ta, ki jo obravnava; nemudoma bi se zatekel k zapomnjeni *definiciji*, ki jo je dobil iz zakonika ali nekega drugega – sodna praksa izvzeta – pravnega vira. Miselna asociacija se tu ne dogaja med podobnima vzorcema dejstev. Ne, je vertikalna, če jo primerjamo s horizontalnim načinom asociacije med različnima običajnopravnima zadevama. V kontinentalnem sistemu se skače s konkretnega na abstraktno in nazaj, vendar pa se pravnik ne spominja zadeve, katere precedens bi ga spomnil na trenutno situacijo.<sup>20</sup>

Zato je jasno, da imamo tu opravka s popolnoma različnima načinoma razmišljanja. Kot opazko k tej primerjavi bi lahko omenili formulo, ki je zelo priljubljena med običajnopravnimi pravniki in pravi, da je pravo v običajnem pravu težko najti, ampak ko ga najdemo, ga ni težko uporabljati. Obratno bi veljalo za kontinentalni sistem, seveda z vidika anglosaških pravnikov, za katerega bi rekli, da je na celini pravo lahko najti, ampak ko ga najdemo, ga je težko uporabljati.<sup>21</sup>

In kako razložiti to formulo? Ni vprašanje, ali je pravo uporabljati lažje ali ne. Vprašanje je raven abstrakcije, namreč, če je norma zelo abstraktna, bo vrzel med abstraktnim in konkretnim težko premostiti, medtem ko je horizontalno sklicevanje na drugo zadevo na zelo specifični konkretni ravni. Tu se ni treba spustiti z vzvišene visoke ravni abstrakcije na specifično in konkretno zadevo. Povedano drugače, horizontalno sklicevanje je vsekakor bolj odločujoče za izid zadeve, kar spet pomeni, da je tak sistem, čeprav pogosto strukturiran, vseeno predvidljivejši, namreč, da ponuja visoko raven pravne varnosti. Ta rek anglosaških pravnikov ponazarja temeljno razliko med horizontalnim in vertikalnim načinom razmišljanja.

Kontinentalni sistem zahteva, lahko bi rekli »predpostavljaj«, nenehno skakanje s konkretnosti določene zadeve na abstraktne definicije, najdene v nekem zakonodajnem aktu, in nazaj. Prav lahko bi rekli, da so kontinentalni pravniki mojstri abstrakcije, ker ni njihov posel nič drugega, kot že omenjeno skakanje med tem, kaj je abstraktno in kaj konkretno. Ali povedano drugače, dober kontinentalni pravnik je tisti, ki je dobro podkovan v uporabi abstrakcij in njihovem prilaganju določenemu vzorcu dejstev. Po drugi strani pa ta sposobnost domala predpostavlja kognitivno oviro, kjer resnična konkretizacija teh abstrakcij prevzame oblast nad njimi; v abstraktne miselne konstrukte so zatopljeni tako globoko, da začnejo verjeti, da so ta posploševanja, na primer pogodba ali umor, resnična. Treba bi jih bilo spomniti na varljivost teorij in njihovo

<sup>18</sup> De Bono: *Lateral Thinking: Creativity Step by Step*. Harper & Row, 1970.

<sup>19</sup> Pravijo, da se je modro izogibati zdravnikov z znanstvenim nagnjenjem. Tak zdravnik je zmožen postaviti »znanstveno« odkritje nad dobro počutje pacienta. Ta seveda pričakuje zgolj učinkovit odgovor na svojo zdravstveno težavo. Mimogrede, psihološki testi, izvedeni v Združenih državah, kažejo, kar je res presenetljivo, da je od vseh strok najustvarjalnejša pravna stroka. Nasprotni izid bi dobili na celini.

<sup>20</sup> Vse do nedavnega – ker zadeve niso bile zapisane ali razširjene (razen kot *la jurisprudence* v francoskem sistemu) – je kontinentalni pravni sistem deloval kot sistem brez spomina in se zato ni bil sposoben učiti iz lastnih izkušenj. Nedaven prihod nacionalnih ustavnih sodišč po eni strani in sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice po drugi sta edini izjemi glede predstave, da obstajajo sodišča zgolj zaradi uporabe, ne pa tudi zaradi ustvarjanja prava.

<sup>21</sup> »Težko ga je uporabiti« zaradi precejšnje vrzeli med abstraktno normo in konkretnim vzorcem dejstev, ki se zdi običajnopravnemu pravniku zaradi njegove nedovzetnosti za abstraktno razmišljanje bolj nedorečen, kot dejansko je.

odvisnost od moči države s pomočjo formule Thomaasa Hobbesa: »*Ko civilno pravo preneha, tudi zločini (in drugi konstruktivi) prenehajo*«, namreč obstajati.<sup>22</sup>

## Pravni formalizem

Kontinentalni pravni formalizem je oblika očaranja z abstrakcijami, kjer je pravnik toliko vložil v razvoznane zakonodajnih definicij, da se zdaj ni voljan odrediti miselni praksi, katere igri se reče skakanje s konkretnega na abstraktno in nazaj.

Pravni formalizem je bolezen kontinentalnega prava. Poleg tega je tudi institucionalizirana oblika nespameti, kjer je Wittgensteinova jezikovna igra zreducirana na omejeno skakanje med konkretnim in abstraktnim, pri čemer je prostor skoka »strukturalno zaprt« in nasproten »strukturalno odprt« . Povedano drugače, kontinentalni sistem je »strukturalno zaprt« ter skrajno in refleksivno konservativen, ker ovira golo odpiranje vsakršnih novih vprašanj. Protagonistom v sodnem in pravnem procesu na splošno prepoveduje, da bi bili zdravorazumski in ustvarjalni, namreč da bi našli nove rešitve, ki bi bile logične, naravne in pravične. Če je bil to namen »delitve oblasti«, kjer je bil po Montesquieuju sodnik zgolj trobilo prava, je bilo to vsekakor doseženo.<sup>23</sup>

Ozkost prostora naj bi ubila izvornost pri razreševanju problemov in prav to je bil namen absolutističnih vladarjev od Justinijana v 6. stoletju po eni strani do nemškega Friderika II. po drugi strani. Zgodovinsko je bilo dokazano, da je hotel Justinijan zmanjšati moč pretorjev in da je bil Friderik II. s svojim *Landesgericht* odločen ukiniti vsaj pravnike, če že ne tudi sodnike. Zamisel za tem kazuističnim zakonodajnim projektom je bila, da postane avtonomno pravno razmišljanje nepotrebno, kajti vsi odgovori na konkretna vprašanja naj bi se zagotovili vnaprej – v abstraktni obliki.

Če je danes, kot je pokazal profesor Kuhn, pravni formalizem tudi »tranzicijska« bolezen srednje in vzhodne Evrope, je to tesno in vzročno povezano z nekdanjo »diktaturo proletariata«, kjer naj bi pravo po Marxu in Pašukanisu vsekakor »odmrlo« .

Pravne nedoslednosti, ki prihajajo iz srednje in vzhodne Evrope, so zdaj vsakdanja hrana sodnikov Evropskega sodišča za človekove pravice. Lahko bi dejali, da je odpravljanje skrajnih posledic pravnega formalizma – primitivizma zdaj glavna opora njihovi službi. Eden vodilnih anglosaških pravnikov je nekoč dejal, in to ne brez razloga, da je prav zdaj dejanska vloga Sodišča obravnavanje zadev, ki prihajajo iz srednje in vzhodne Evrope. Vseeno pa ne smemo pozabiti, da je vzhodnoevropski pravni formalizem zgolj okrepljena oblika njegovega starejšega brata, namreč kontinentalnega

pravnega pozitivizma – formalizma. Njun protidemokratski izvor je isti.

Namen je bil vedno zmanjšati moč sodnikov in jih stisniti v strukturalno zaprt referenčni okvir, v katerem naj bi sicer »uporabljali pravo«, vendar ne bi imeli nobenega prostora za zamišljanje novih rešitev za nove probleme. Ljudje pozabljajo, da se je rimsko pravo prav ob svojem nastanku zgodilo kot akumuliranje sodnih in posebnih primerov zamišljanja posebnih in izvornih rešitev ter drugih izhodov v sili pri reševanju določenega problema, s katerim se je spoprijemal sodnik, če je želel spor razrešiti. Zadeva, ki jo običajno navajam, je *Lex Rhodia de Iactu* v rimskem pravu.

## *Lex Rhodia de Iactu*<sup>24</sup>

V rimskih časih so ladje plule po Sredozemskem morju in prevažale pšenico, amfore z oljnim oljem in vinom, cedrovino itd. Če je ladjo zajel vihar, ki ga je povzročil veter meltemi (μετέμει), je moral poveljnik čez palubo odvreči največji in najmanj vreden tovor. Med viharjem je poveljnik tako sklenil, da se znebi dodatnega tovora, zaradi česar je ladja postala lažja, možnosti, da prestane neurje, pa so se povečale. Nevihte meltemi ne trajajo dolgo. Ko se je morje spet umirilo, je ladja mirno zaplula, recimo, v pristanišče Rodos. Stvari so se zdaj spet umirile, vendar pa je bila izguba tistih, katerih tovor je bil odvržen, očitna. Njihov tovor je bil odvržen zato, da bi se rešil drug tovor. Seveda se je tistim, ki so utrpeli škodo, to zdelo nepravično, ker je bil njihov tovor žrtvovan zaradi tega, da bi se rešil tovor drugih.

Po sprožitvi pravnega spora zaradi nadomestila te škode se je *praetor* spoprijel z vprašanjem, ali so tisti, ki so izgubili tovor, upravičeni do uveljavljanja odškodnine od tistih, katerih tovor je bil rešen, tako da se pravično porazdeli, čeprav *ex post facto*, škoda, ki jo je povzročila *vis major* oziroma naravna nesreča. Sodnik je menil, da je pravično, namreč logično, da se škoda prerazporedi, kar je bilo vsekakor pošteno. Ta porazdelitev tveganja *ex post facto*, podobna današnjemu zavarovanju, je bila rešitev zelo specifičnega problema.

Tako postane *Lex Rhodia de Iactu* značilen primer zelo specifične težave pri iskanju zelo specifičnega odgovora. Ko pa je bila rešitev najdena, je postala pravilo, pravilo pa je postala s posplošenjem situacije in odgovorom nanjo. Sodnikova obrazložitev je bila *precedens* v tem smislu, da bi se lahko v nekem trenutku v prihodnosti pojavile podobne, vendar ne enake situacije, v katerih bi bilo treba dejanska tveganja prerazporediti med tiste, ki bi utrpeli škodo zaradi nevihte s točo, suše ali neke druge oblike *vis major* itd. V takih drugačnih primerih bo pravnik seveda pomislil na *Lex Rhodia de Iactu* kot vzorčni primer razreševanja podobnih okoliščin.

<sup>22</sup> "[T]he civil law ceasing, crimes cease: for there being no other law remaining but that of nature, there is no place for accusation; every man being his own judge, and accused only by his own conscience, and cleared by the uprightness of his own intention. When therefore his intention is right, his fact is no sin; if otherwise, his fact is sin, but not crime. Thirdly, that when the sovereign power ceaseth, crime also ceaseth: for where there is no such power, there is no protection to be had from the law; and therefore every one may protect himself by his own power: for no man in the institution of sovereign power can be supposed to give away the right of preserving his own body, for the safety whereof all sovereignty was ordained. But this is to be understood only of those that have not themselves contributed to the taking away of the power that protected them: for that was a crime from the beginning." Thomas Hobbes: Leviathan, Chapter XXVII entitled On Crimes, Excuses and Extenuations.

<sup>23</sup> Značilna besedna zveza v francoskem pravnem jeziku je »*appliquer le droit*«, pri čemer »*appliquer*« pomeni skoraj samodejno zanikanje sodnikovega lastnega kognitivnega vložka: on je tu zgolj zato, da uporablja pravo. V zadnjih desetletjih je ta glagol »uporabiti« začel dobivati ustvarjalne pomene – vendar zelo plašno. V francoski ustavni teoriji je velik strah še vedno strah pred »*le gouvernement des juges*« .

<sup>24</sup> Dobesedno Zakon o odvrženju, glej na primer <[http://openlibrary.org/books/OL19331299M/Lex\\_Rhodia\\_de\\_iactu](http://openlibrary.org/books/OL19331299M/Lex_Rhodia_de_iactu)>.

Ko gledamo na rimsko pravo z današnjega vidika, bi lahko dejali, da je bilo njegovo delovanje zelo podobno delovanju običajnega prava. Pravniki so si zapomnili zadeve, namreč, v nekem smislu so bile citirane in sodniku predlagale rešitev s sklicevanjem na prvotno zadevo. To bi čisto lahko poimenovali pravno izročilo; z ene generacije pravnikov na naslednjo se je prenašalo tudi ustno.

Nato je prišel Justinijan. Lahko se dokaže, da namen njegove kodifikacije iz 6. stoletja ni bil preprosto zbrati vse empirične podatke, ki so se nakopičili do tedaj, ampak nasprotno – namen je bil odvzeti moč sodnikom in jih pripraviti do tega, da upoštevajo pravila, kot so bila destilirana iz prejšnjega empiričnega gradiva. Dejansko je Justinijan povzročil škodo zaradi tega, ker je s svojim preformuliranjem prava zavrgel veliko gradiva, empiričnega gradiva, da bi lahko destiliriral vsebino svojega preformuliranja.

Izražen namen preformuliranja sta bili kodifikacija in ureditev empiričnih ugotovitev sodnikov, tako da bi jih bilo lažje najti in se nanje sklicevati, kar je hval vredno. Po drugi strani pa je bilo treba zaradi racionaliziranja sistema vreči čez palubo veliko tega, kar ni ustrezalo vnaprej zasnovanemu modelu tega, kar so Justinijanove Digestae dejansko morale biti – kajti konec koncev je bil namen sodnikom odvzeti pravice oziroma jih zavezati *abstraktni* pravni normi. Predstavljajte si, da bi kitajski sistem pismenk z enako strateško poenostavitvijo skrajšali na 25 črk zahodne abecede. Ali bi bil to še vedno isti sistem oziroma ali bi s semiotičnega vidika še vedno ohranjal isto, strukturno odprto bogastvo pomenov, bogastvo, ki izhaja predvsem iz dvoumnosti njihovega simboličnega jezika?

In res, razlika med kontinentalnim sistemom destiliranih pravnih norm po eni strani in bogato, semiotično, asociativno strukturno odprto naravo anglosaškega pravnega referenčnega okvira po drugi pravzaprav pojasnjuje temeljno, zelo globoko razliko med načinoma razmišljanja, svojstvenima delovanju dveh primerjanih pravnih sistemov.

## Pomanjkljivosti občega prava (*common law*)

Če ga primerjamo s kontinentalnim sistemom in njegovimi procesi, ima seveda tudi anglosaški sistem nekaj pomanjkljivosti. Da obče pravo v primerjavi s kontinentalnim očitno bolje deluje, lahko na eni strani zlahka opazimo pri učinkovitosti vseh pravnikov Združenega kraljestva in Irske ter tudi pravnikov iz drugih občepravnih sistemov, tudi tistih, ki delajo na Evropskem sodišču za človekove pravice, na drugi strani pa pri zagotavljanju hitre in prefinjene pravičnosti v državah s tradicijo občega prava – od Združenega kraljestva in Irske pa vse do Cipra.

Pri pojasnjevanju pomanjkljivosti anglosaškega pravnega sistema sem uporabil naslednjo prisposodo.

Predstavljajte si zelo zapleten pletež lokalnih cest, v katerem je veliko točk povezanih z veliko drugimi točkami takega sistema in v katerem niso vse ceste enako primerne, ali pa cest oziroma avtocest ponekod sploh ni. Da bi se znašli (v takem sistemu precedensov), morate biti že zelo dober voznik. Ureditev zahteva visoko stopnjo inteligentnosti, veliko trdega dela in precej domišljije.

Prav tako je zanimivo opaziti, da po eni strani tako slab sistem cest ne le zahteva boljše voznike, ampak take voznike pravzaprav vzgoji, po drugi pa je zanimivo videti, da evropski kontinentalni sistem abstraktnih avtocest med svojimi vozniki ne opravi tako dobre »naravne selekcije«. O tem govorim kot profesor prava, ki je poučeval v obeh sistemih, poleg 20-letnih izkušenj v vlogi sodnika na sodiščih zadnje stopnje. Zlahka sem videl razlike med izkupičkom pravnega sistema, ki mu pritrjuje ustavno sodišče, in sistemov, ki jim pritrjuje Evropsko sodišče za človekove pravice.

Glede tega je zanimiva zadeva *Burden in Burden proti Združenemu kraljestvu*. V njej je prišlo do pritožbe pred sodiščem v Strasbourgu proti sodbi britanske Lordske zbornice, ker je po izčrpanju domačih pravnih sredstev postalo jasno, da Lordska zbornica svoje sodbe ni mogla narediti za zavezujočo za zakonodajalca Združenega kraljestva. Sestri Burden sta mnogo let živeli v skupnem gospodinjstvu in s staranjem so prišle skrbi glede davka na dedovanje, ki bi ga morala plačati preživela sestra, če bi druga umrla. Sestri sta se zato počutili diskriminirano, saj so bili posamezniki v registriranih partnerskih skupnostih – čeprav zaradi istospolne usmerjenosti ne poročeni v običajnem pomenu besede – oproščeni plačila davka na dedovanje, če bi eden od partnerjev umrl, sestri, ki sta bili v povsem analognem položaju, pa te ugodnosti ne bi mogli uveljavljati.

Na Kontinentu bi bila to klasična zadeva, ki bi jo reševalo ustavno sodišče. V ZDA bi vprašanje enakega zakonskega varstva zaradi enotne jurisdikcije obravnavalo Vrhovno sodišče ZDA, verjetno po manj strogem testu enakega varstva, saj bi šlo za socialno-ekonomsko zadevo. Pravi razlogi, zaradi katerih sestri, ki sta živeli v istem gospodinjstvu, nista bili upravičeni do enakih davčnih ugodnosti, so se skrivali v tem, da je bilo tako za britansko davčno upravo bolj pripravno, saj je registrirano partnersko skupnost lažje dokazati, skupno življenje v gospodinjstvu pa je dejansko vprašanje, ki ga davčna uprava ne more vnaprej razbrati iz davčne napovedi. Rezultat torej ni bil samo diskriminatoren, ampak je bil očitno neracionalen, pri čemer je šlo zgolj za to, da se je davčni upravi olajšalo delo.<sup>25</sup>

Vendar je ta zadeva zanimiva zaradi še nekega drugega razloga. Odvetniku Davidu Panicu, ki je zadevo pripeljal v Strasbourg, je uspelo prepričati Lordsko zbornico, da je odločila sestrama v prid. Lordska zbornica se je torej strinjala s pritožnicama, vendar njena odločitev za britanskega zakonodajalca ni bila zavezujoča. Odvetnik se je zato obrnil na Evropsko sodišče za

<sup>25</sup> Tudi v nekaterih drugih zadevah je Sodišče dalo prednost lažšanju birokratskega dela. Na primer v neki nizozemski zadevi očitno sobivanje obdolženca in njegove žene po občem pravu ni bilo dovolj, da bi lahko žena uživala status privilegirane priče – da ji torej ne bi bilo treba pričati proti svojemu možu. Čeprav je tak privilegirani status »pomembnega drugega« vzniknil iz privilegija zoper samoobtožbo, Sodišče tega privilegija ni hotelo razširiti tudi na partnerstvo, ki ni bilo uradno registrirano. Tudi to je očitno izraz pravnega formalizma.



človekove pravice, da bi pridobil zavezujočo sodbo, ki bi jo bil parlament Združenega kraljestva dolžan izpolniti. Ne glede na dejstvo – v tej zadevi sem napisal ločeno odklonilno mnenje –, da Panicu v Strasbourgu ni uspelo, je bilo zelo zanimivo opazovati, kako je bila ta dobro pripravljena zadeva obravnavana v notranjem pravnem sistemu Združenega kraljestva in kako dobro pripravljena je prišla pred Evropsko sodišče za človekove pravice. Vprašanje iz te zadeve je bilo zelo dobro zagovarjano in samo vprašanje je bilo vrhunsko sodobno pravno vprašanje. Tako se lahko vprašamo, zakaj podobna vrhunska sodobna pravna vprašanja ne pridejo iz držav, kot so Nemčija, Francija, Švedska, Italija, Španija in druge.

Nekaj let pred zadevo *Burden in Burden* se je pojavilo podobno zanimivo vprašanje v zvezi z londonskim letališčem Heathrow.<sup>26</sup> Na splošno Evropsko sodišče za človekove pravice do zdaj še ni obravnavalo veliko okoljevarstvenih vprašanj. Dve zadevi sta prišli iz Romunije, vendar je zadeva *Hutton proti Združenemu kraljestvu* zanimiva, ker je bilo v njej obravnavano zvočno onesnaževanje. Soseske okoli letališča Heathrow je, razumljivo, nenehno motil hrup letal, ki so vzletala in pristajala, vprašanje pa je bilo, ali lahko ti prebivalci zahtevajo odškodnino za očitno zmanjšanje kakovosti življenja zaradi letališkega hrupa. Po 8. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah vprašanja ne bi mogli opredeliti neposredno kot okoljevarstveno zadevo, saj Konvencija nima take določbe. Spet je zanimivo videti, da je tako vprašanje prišlo iz države z občepravnim sistemom, čeprav imajo povsem enake težave z zvočnim onesnaževanjem tudi prebivalci drugih evropskih letališč.

Če taka zanimiva vprašanja prihajajo iz Združenega kraljestva, bi lahko rekli, da sistem deluje dobro. Znano je denimo, kako pogosti so samomori v francoskih zaporih, a kljub temu so zadeve, ki se nanašajo na to problematiko, pred Evropskim sodiščem za človekove pravice zelo redke. Tako je videti, da francoski sistem iz nekega razloga ne odkriva pomembnih vprašanj, ki bi potem lahko prišla pred Evropsko sodišče za človekove pravice.

Samo z opazovanjem končnega rezultata, tj. s spremljanjem vprašanj, ki prihajajo iz različnih nacionalnih jurisdikcij, in upoštevanjem, v kakšnem stanju so prišla v Strasbourg, ne moremo veliko ugotoviti o delovanju nacionalnega pravnega sistema ali sklepati o njegovi zmožnosti oziroma njenem pomanjkanju, da jih proizvaja. Kljub temu je notranjemu opazovalcu očitno, da iz nekega razloga občepravni sistem prideluje vrhunska pravna vprašanja, ki jih drugi sistemi na Kontinentu očitno niso sposobni ustvariti.

V pravni teoriji je samoumevno, da pravni proces v katerikoli kulturi zaostaja za dejanskim dogajanjem v družbi, kar pomeni, da se bo konkreten problem oziroma spor, ki bi ga bilo možno rešiti po pravni poti, reševal s precejšnjo zakasnitvijo. Ta zakasnitev, še zlasti v Strasbourgu, je normalna, saj preteče precej let, preden so izčrpana vsa domača pravna sredstva, in ko torej postane dopustno reševanje zadeve na mednarodni

ravni. Pa vendar je družbena stabilnost, ki je glavni smisel pravnega reševanja sporov, prizadeta, če se te zakasnitve preveč razbohotijo.

Bistvo torej ni v tem, ali iz posameznih jurisdikcij prihajajo zanimive ali nezanimive zadeve, ampak v tem, ali njihova rešitev dejansko pripomore k družbeni stabilnosti. V omenjeni zadevi *Burden in Burden* bi na primer rešitev davčnega problema odpravila kratek stik v nacionalnem sistemu, kar bi vsaj v enem majhnem delu pripomoglo k družbeni stabilnosti, torej k pravičnosti. Prav tako bi odprava težave s hrupom okoli letališča Heathrow prinesla zadoščenje številnim okoliškim prebivalcem, ki zaradi tega trpijo že leta. Tudi to bi pripomoglo k družbeni stabilnosti, če bi ta problem ustrezno rešili. Na koncu je treba vnovič spomniti na vprašanje, ali je posamezen sistem, v tem primeru občepravni, zmožen ustvarjanja pravih vprašanj ali ne.

Prav tako je treba omeniti, da se večina sodnikov Evropskega sodišča za človekove pravice strinja s tem, da so, prvič, angleške zadeve najbolj zanimive, in drugič, da so angleški odvetniki daleč najsposobnejši. Tudi nekdanji sodniki menijo enako.

Zato je na videz iracionalna drža britanskih politikov v zadnjem času vsaj presenetljiva. V mislih imam napade na Evropsko sodišče za človekove pravice in njegovo pristojnost zaradi sodbe v zadevi *Hirsch*, s katero je to britanskim zapornikom podelilo volilno pravico. Čeprav je šla sodba v tej zadevi, s katero se ne strinjam, predaleč, kar pomeni, da bi bilo treba ugotoviti, da gre za vprašanje, ki je v polju proste presoje države pogodbenice, kljub vsemu ne bi smela biti zadosten razlog za tako velik dvom v Evropsko sodišče za človekove pravice.

Politično nadlegovanje Sodišča je – čeprav je iracionalno – kljub vsemu dobro utemeljeno na drugih razlogih. Ti razlogi v ničemer niso povezani z davkom na dedovanje ali volilno pravico zapornikov. Ti razlogi se nanašajo na to, kar sem doslej opisoval kot »pravni formalizem«, ki je, milo rečeno, v neposrednem silogističnem navzkrižju s prefinjenim pravnim sistemom, ki je utemeljen na sklepanju po analogiji. Ta kulturni konflikt je večplasten in tukaj ne bomo odkrivali vseh njegovih številnih vidikov. Spomnim se sodnika iz jurisdikcije z občepravno tradicijo, ki mi je pred leti o Francozih pravil: »Šesto let smo se jih trudili razumeti, vendar nam ni uspelo ... < Z drugimi besedami, še zlasti na področju, o katerem tukaj razpravljam, je praktično nemogoče razvozlati prav vse točke trka med tema dvema vidikoma zahodnih pravnih kultur. Vendar če britanski poslanec Evropskega parlamenta sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice poimenuje »tiste idiotske sodbe«, postane očitno, da je ta nezdržljivost realna in da jo je treba razumeti, če jo hočemo upoštevati. Upoštevati pa jo je treba, in to čim prej, saj je lahko sicer prihodnost Evropskega sodišča za človekove pravice ogrožena. Če ostanemo samo na površju, se razlogi za to morda zdijo muhasti in arbitrarni. Če pa razumemo miselnost, ki jih poraja, začnemo dojemati, da razlike v teh nesoglasjih niso niti

<sup>26</sup> *Hutton proti Združenemu kraljestvu*, št. 28014/02, 17. december 2002.

muhaste niti arbitrarno določene. Pri tem ne gre le za trk dveh pravnih sistemov; gre za čelno trčenje dveh kulturnih in civilizacijskih vidikov.<sup>27</sup>

Verjetno ni treba posebej poudarjati, da je vsak pravni sistem sestavni del neke konkretne kulture, pravzaprav civilizacije v celoti. V posamezni družbi normativne strukture, torej prava, ne moremo obravnavati neodvisno od moralne in etične strukture. Če na primer trdimo, da je kazenski zakonik neke države njen minimalni moralni zakon, s tem nekaj poveemo o razmerju med materialnim pravom na eni strani ter etiko in moralo na drugi. Z vidika problema, o katerem razpravljam, je zanimivo, da razlike med materialnima zakonoma države s tradicijo občega prava in kontinentalne države niso tako bistvene. Povedano drugače, inkriminacije v občeppravem sistemu se večinoma prekrivajo z inkriminacijami v kontinentalnih državah. Pomembnih razlik v »materialnem« pravu pravzaprav ne bomo našli.

Tukaj gre za »pravni postopek« (ang. *legal process*), vendar ne v smislu posameznega postopka, na primer pravdnega ali kazenskega. Sklicevanje na pravni postopek na splošno je značilnost občeppravnega sistema; kontinentalni pravni miselnosti je povsem tuj. V državah z občeppravnim sistemom imajo izrazi, kot sta »pravo v akciji« (ang. *law in action*) ali »pravni postopek« točno določen pomen, saj se na splošno nanašata na dinamične vidike dogajanja v pravni sferi. Kot sem že pojasnil, ta dogajanja iz dneva v dan in od zadeve do zadeve pripomorejo k organski rasti sistema. V tem smislu sistemu prinašajo koristi predvsem prispevki sodnikov in drugih pravnikov, ki so njegov del, saj mu – razen na nekaterih področjih – ne zapoveduje zakonodajalec. Treba je razmeti to »organsko« značilnost občeppravnega sistema, v katerem se pravo poučuje iz primerovnikov (ang. *casebooks*) ter v tem smislu empirično in vodoravno, ne pa doktrinarno in navpično.

Če se zdaj vrnemo k naši prisposodbi cest in avtocest, po katerih mora danes posameznik najti svojo pot, to tudi z GPS-napravami, kot sta Lexis ali Westlaw, ki ponujajo medsebojne zveze in številne ohlapne povezave semiotičnih nejasnosti, ni preprosto. Nejasnost je cena, ki jo je treba plačati za strukturno odprtost prava. Še enkrat je treba poudariti, da je taka nejasnost prepričljiv pokazatelj epistemološke nepretencioznosti; sistem ne goji ambicije po jasnem opredeljevanju pojmov.

Na drugi strani pa je videti, da je kontinentalni sistem v nekem poenostavljenem smislu podedoval filozofijo monad znamenitega nemškega filozofa in iznajditelja infinitezimalnega računa Gottfrieda Leibniza (1646–1716). Za Leibniza je monada enota (v našem primeru mišljenja), ki se povsem ujema z ambicijo vsakega

kontinentalnega zakona, v katerem naj bi vsak njegov člen nastopal kot monada, ki ga lahko rekombiniramo z drugimi monadami – tako kot iz posameznih črk abecede tvorimo besede – v katerokoli zgornjo premiso, ki bi jo lahko sistem potreboval za ustrezen opis nekega konkretnega vzorca dejstev. V pripravljalnih delih Napoleonovega *Code Civil* najdemo izrecno omenjanje takih rekombinacij. Avtorji *Code Civil* so zagotovo poznali Leibnizovo teorijo, saj struktura zakonika, ki ga tvorijo posamezni členi kot monade, daje milijarde kombinacij (»monad«) in tako daje gradivo za tvorjenje silogističnih zgornjih premis, ki bodo primerne za vsak vzorec dejstev, ki mu bo ustrezala ena od kombinacij.<sup>28</sup>

Sistem naj bi deloval skozi zakonik. Zakonik ponudi abecedo določenega števila monad, pravniki pa jih morajo uporabiti. Uporabijo jih tako, da monade kombinirajo v zgornjo premiso, ki ji ustreza določen dejanski stan.

Razen tega v tem procesu, ki naj bi bil zavezan načelu zakonitosti kot v kazenskem pravu, ni jasno, kaj je jaje in kaj kokoš. Pravnik je soočen s posebnim vzorcem dejstev; ugotovi, da gre pri tem vzorcu za kršitev norme – zato ker je bolj ali manj nezavedno rekombiniral več vidikov enega člena in različnih členov v zgornjo premiso. Dana zgornja premisa nato poskrbi za selektivno zaznavo dejstev, pravniki torej nekatera dejstva vidijo kot pravno relevantna. Po drugi strani pa druga dejstva, ki bi ob drugačni zgornji premisi bila lahko relevantna, postanejo nepomembna. Ker so ob izbrani premisi nepomembna, se jih preprosto zavrže oziroma so pravniki zanje slepi.

Francoski eksistencialist Albert Camus se v svojem romanu *Tujec* najbolje ponorčuje iz tega; obdolženca na koncu obsodijo, ker na materinem grobu ni točil solza! Ta »pravna kvalifikacija« (fr. *qualification juridique*) je ključni korak pri delovanju vsakega pravnega sistema. Vnovič se lahko vprašamo, kaj to pravzaprav pomeni. Po tem, ko se v realnem svetu zgodi dogodek, ki pritegne pozornost prava, ga morajo pravniki zaznati bodisi kot relevantnega bodisi kot irrelevantnega. Če ga zaznajo za irelevantnega, dogodek zgine s pravnega obzorja. Če pa ga zaznajo kot relevantnega, ga morajo pristojni pravniki »pravno kvalificirati«.

## O normah in dejstvih

Vzemimo dogodek, kot ga v romanu *Zločin in kazen* opisuje Dostojevski. Zgodba je dolga in zapletena, vendar jo lahko v pravu takoj zreduciramo na pravno kvalifikacijo »povzročitev smrti«. Tako »monado« iz posebnega dela kazenskega zakonika izberemo kot začetno pravno kvalifikacijo. Kvalifikacija povzročitve smrti postane očitna v trenutku, ko je najdeno truplo odehuhinje, naslednje vprašanje pa je, ali je bil Razkolnikov

<sup>27</sup> Mimogrede naj pripomnim, da moči posamezne kulture ali civilizacije ne merimo po njeni vojaški moči niti po njenih prizadevanjih po indoktrinaciji (kulturnemu imperializmu) pripadnikov drugih kultur. Moč posamezne kulture merimo natanko po tem, koliko se pripadniki drugih kultur pozitivno identificirajo z njo. Tako je na primer francoski predsednik Chirac dolžan zapustiti nogometno tekmo, ker začnejo pripadniki arabske skupnosti žvižgati, ko zaigra Marseljeza; podobno se lahko nemška kanclerka Angela Merkel pritožuje nad tem, da Turki iz tretje generacije v Nemčiji zavračajo nemško kulturo. Kanclerka pri tem izda temeljni problem nemške kulture. Nasprotno, vsi prišleki v Združene države Amerike mahajo z ameriško zastavo in vsi si v vsakem vidiku želijo čim prej postati – Američani. Težko je oceniti, ali se prišleki na britansko otočje odzivajo podobno kot prišleki v Ameriko. Ugibamo lahko, da pozitivna identifikacija najverjetneje ni tako močna. Kljub temu pa splošna nagnjenost k uporabi angleškega jezika – v nasprotju s francoskim in nemškim – kaže na nekakšno moč angleško govoreče civilizacije v nasprotju s starimi kontinentalnimi civilizacijami.

<sup>28</sup> O tem sem razpravjal v *Criminal Law: The Conflict and the Rules*, doktorska naloga, Harvard Law School, 1980.

v trenutku povzročitve smrti prišteven. Na tej točki imamo že dve monadi, rekombinirani v eno zgornjo premiso, ki bo določala nadaljnjo percepcijo in apercipijo tega, kar je zdaj postalo to, čemur pravimo »pravno relevantna« dejstva. Glede na opredelitev neprištevnosti je naslednje vprašanje, ali ima Razkolnikov shizofrenijo. Pri tem gre za dejansko vprašanje, o katerem naj bi pričal psihiater. Ko pa je diagnoza enkrat postavljena, sledi vprašanje vzročne zveze<sup>29</sup> med duševno boleznijo na eni strani in dejanjem Razkolnikova na drugi. Katere monade so v igri na tej stopnji? Opredelitev povzročitve smrti bo odvisna od ugotovitve storilčeve prištevnosti. Ta pa bo odvisna od opredelitve duševne bolezni in ugotovitve vzročne zveze med duševno boleznijo in njenim vplivom na povzročitev smrti oderuhinje. Najmanj kar lahko rečemo, je, da gre v tem procesu za učinek ping-ponga med stvarnostmi, ki jih nadrobno opisuje Dostojevski, in redukcionističnim oblikovanjem zgornje premise, kot se z vidika kazenskega prava iz njega norčuje Camus. Pri tem moramo upoštevati, da je »povzročitev smrti« zelo splošna opredelitev, ki je podvržena kompleksnim spremembam in lahko na koncu privede do umora ali nedolžne povzročitve smrti. Z drugimi besedami, povzročitev smrti ni monada, saj ta izraz vključuje še številne druge monade, ki jih je treba rekombinirati v ustrezno zgornjo premiso, ki bo vsaj približno in reduktivno ustrezala temu, kar se je v resnici zgodilo pri odvzemu življenja oderuhinje.

## Mit zakonitosti

Eden od silogističnih mitov kontinentalnega pravnega sistema je mit zakonitosti. T. i. načelo zakonitosti je do obisti silogistično, saj potrjuje značilno kontinentalno utvaro, da pravo povsem in vnaprej določa, kaj naj bi bilo kaznivo, v nasprotju s tem, kar naj ne bi bilo kaznivo.

Mit izhaja iz leta 1764, njegov avtor pa je Césare Beccaria. V svoji razpravi O zločinih in kaznih je Beccaria postavil ideal »geometrijske natančnosti«, s katero mora biti kaznovalna narava vsakršnega ravnanja znana v naprej – v občepravnem sistemu bi temu rekli »zah-teva po predhodnem obvestilu« –, ker je konceptualno določena v zakoniku, ki obravnava kazniva dejanja. V tem času, tj. tik pred francosko revolucijo leta 1789, je bila Beccariina razprava oster odgovor na samovoljno aristokratske justice, katere sodnike niso omejevale toge omejitve razsojanja glede nekega domnevnega kaznivega dejanja.

Pri zlorabah aristokratske justice pred francosko revolucijo gre za zgodovinsko vprašanje. Dejstvo je, da je Voltaira knjižica 25-letnika tako prevzela, da je trdil, da o funkciji kazenskega prava ni možno reči ničesar več.<sup>30</sup> Od tedaj v kontinentalnem pravu vlada ta silogistični arhetip. Načelo zakonitosti v prvem odstavku 7. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah je tako – v nasprotju s kazenskoprocesnimi določbami – edina določba Konvencije, ki obravnava materialno kazensko pravo. Edina določba je zato, ker z eno samo omembo načela zakonitosti zajame celotno kazensko materialno pravo.

Nasprotno pa obče pravo temelji na procesnih garancijah, poštemem sojenju in drugih kavtelah, določenih v 5. in 6. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah, ki odločilno nista tipična temelja kontinentalnega varstva obdolženca. Zanimivo je tudi videti, da sta v anglosaškem pravnem sistemu pravzaprav samo dva pravna teoretika načela zakonitosti namenila nekaj več pozornosti. Eden od njiju je Jerome Hall in njegova knjiga Splošna načela kazenskega prava (*The General Principles of Criminal Law*), drugi pa George Fletcher in njegovo delo Ponoven razmislek o kazenskem pravu (*Rethinking of Criminal Law*).<sup>31</sup>

Kot sem že poudaril, garantistična funkcija načela zakonitosti, ki je v kontinentalnih sistemih tako temeljna, v anglo-ameriškem pravu ne pomeni kaj dosti. Razsodbo v kazenskem postopku sprejme ločena porota, ki za svojo odločitev ne poda razlogov. Zato nikoli ni mogoče ugotoviti, koliko so porotniki dejansko upoštevali sodnikove smernice, poleg tega pa se na sodbo porote zato nikoli ni mogoče pritožiti iz materialnih razlogov, saj razmerje med vzorcem dejstev, kot ga je morda ugotovila porota, na eni strani in kazenskopravno normo, ki naj bi bila zavezujoča za sodbo o krivdi ali nedolžnosti s strani porote, na drugi strani, preprosto ni znano.

Ameriški pravni inštitut je s pripravo Vzorčnega kazenskega zakonika leta 1962 opravil veliko nalogo pri kodificiranju ameriškega kazenskega prava, večina zakonodajalcev ameriških zveznih držav pa ga je tudi sprejela.<sup>32</sup> Ko je bil ta Vzorčni kazenski zakonik sprejet kot kazenski zakonik zvezne države New York, sem tam ravno poučeval pravo. Še vedno se živo spomnim, kako so se nekdanji študentje po diplomih vračali k meni in mi pripovedovali, kako kazenskim sodnikom ni jasna funkcija kazenskega zakonika in njegovo temeljno načelo zakonitosti. Spomnim se študenta, ki je bil pripravnik pri nekem sodniku v mestu New York in ki mi

<sup>29</sup> Vprašanje vzročne zveze je že samo po sebi zelo zapleteno. V pravu je vzročna zveza predmet velikih polemik. V znanosti govorimo o potrebnih pogojih in izvedenci, ki pričajo o »vzročni zvezi« med dvema dogodkoma, so običajno nagnjeni k temu, da govorijo samo o tem, da neko dejstvo »ni nekompatibilno« z nekim drugim dejstvom. Poleg tega so teorije »pravne vzročnosti« že same po sebi zavajajoče, in sicer tako, da je ameriški vzorčni kazenski zakonik vzročnost – ker je ta pojem zavajajoč – zvedel na vprašanje *sine qua non* potrebnega pogoja. S tega vidika se lahko vsak potreben pogoj šteje kot pravno relevanten vzrok, če bi lahko zanj krivili storilca po drugih določbah zakonika.

<sup>30</sup> O tem širše v knjigi *Criminal Law: Its Nature and its Function*, <<http://www.bostjanmzupancic.com/#!BOOKS/csgz>>.

<sup>31</sup> Ko sem v Združenih državah poučeval kazensko pravo, sem kot dodatni učbenik uporabljal Hallovo knjigo. Študentom je bila všeč, vendar je eden od kolegov dejal, da je »mnogo preabstraktna«. Ta knjiga je skupaj s Fletcherjevo knjigo resnično opazna izjema v tem, da ta predmet obravnava na, kot bi temu lahko rekli, »evropski način«.

<sup>32</sup> Glejte **Herbert Wechsler**, *The Challenge of a Model Penal Code*, 65 Harvard Law Review 1097 (1952); profesor Wechsler je bil glavni poročevalec.

Zanimivo je, da je eden glavnih pomislekov glede vzorčnega kazenskega zakonika, še zlasti v Združenem kraljestvu, prav načelo zakonitosti in posledičen predeterminizem. Britanska porota je *de facto* pristojna, da izreče oprostilo ali obsodilno sodbo tudi takrat, ko niti ena niti druga ni določena z zakonom. Če bi bilo načelo zakonitosti izvršljivo, kar v porotnem sojenju ni, bi to pomenilo zlasti to, da obsodba ne bi vzdržala. Vse to seveda izvira iz Velike listine svoboščin (*Magna Carta*) iz leta 1215 in fraze »sodba enakorodnih mož«: »Svobodnjak ne bo odveden, zaprt ali pregan s posesti, izobčen, izgnan ali kako drugače uničen; prav tako ne bomo šli nađenj in ne bomo nikogar poslali nađenj, razen po zakoniti sodbi njemu enakorodnih mož ali po pravu dežele.« (Velika listina svoboščin, kot je bila spremenjena leta 1297, slovenski prevod: **Boštjan M. Zupancič** (ur.): *Ustavno kazensko procesno pravo*. Tretja, spremenjena in dopolnjena izdaja. Pasadena, Ljubljana 2001, str. 15).

Očitno je, da to pomeni mešanje sodne funkcije porote s pozitivno ali negativno zakonodajno močjo za (de)inkriminiranje določenega ravnanja, ki bi bilo z vidika kontinentalnega načela zakonitosti povsem nesprejemljivo. V porotnih sojenjih se to verjetno ves čas dogaja, in sicer da porota pravzaprav deluje kot zakonodajalec v konkretni zadevi, o kateri mora odločiti. In, presenetljivo, to nima tako nevzdržnih posledic, pred katerimi vlada na Kontinentu tako velik strah.

je pripovedoval, kako je njegov sodnik določbo zakonika o »védenju« storilca razumel dobesedno. Sodnik je namreč mislil, da se ta določba nanaša na storilčevost »znanje« in ne na, kot je razumel študent in kar sem pojasnil že zgoraj, na eventualni naklep. To morda zveni zabavno, vendar domnevam, da škoda za obdolženca ni bila očitna, saj porota tako ali drugače svojo odločitev vedno sprejme brez upoštevanja pojmovnih nians v materialnem kazenskem pravu.

Z drugimi besedami, mit, ki izhaja iz načela zakonitosti, je v občepравниem sistemu preprosto napačen. Zadozne garancije izvirajo iz procesnega varstva. Poleg tega očitno laična porota, ki pri svoji nalogi uporablja zdravo pamet, pomeni enako učinkovito varstvo ali pa še učinkovitejše kot zapletene miselne tehnike, ki se uporabljajo na Kontinentu za vnaprejšnje kodiranje z Beccariino »geometrijsko natančnostjo« tistega, kar bo kaznivo.

Na Kontinentu vnovič lahko opazimo konceptualno preobremenjenost, ki ji vlada mit o konceptualnih omejitvah in formalni logiki kot o glavnemu braniku pred sodno nezanesljivostjo in zlorabami. Po drugi strani in zgodovinsko gledano je spet očitno, da je pri tem šlo za zgodovinski pretiran odziv, na primer na aristokratsko justico pred francosko revolucijo, saj je kontinentalna Evropa od tedaj zagozdena v mitu konceptualnega varstva.<sup>33</sup>

Res je nenavadno, da sta enak mit in podobna potreba po zagotavljanju varstva pred samovoljo in norostjo nekaterih sodnikov na Kontinentu še vedno tako razširjena. Medtem pa je neskončna množica teoretikov prispevala k diferenciaciji tega konceptualnega okvirja. Komentar nemškega kazenskega zakonika nam razkrije, kako obsesivno-kompulzivno je bilo to delo zadnjih 150 let.

Zato je še toliko bolj ironično ugotoviti, da sistem na drugi strani Rokavskega preliva deluje enako dobro ali morda še bolje, hkrati pa obdolženca varuje s sodnikovim in porotnim občutkom za pravico in pravzaprav brez vsakršnega zavezujočega konceptualnega okvirja.

Če bi v podatkovnih bazah Lexis ali Westlaw iskali sklicevanja na »načelo zakonitosti« v anglo-ameriškem pravu, bi lahko iz maloštevilčnih zadetkov sklepali, da to ni ravno nekaj, kar bi imelo osrednjo vlogo v delovanju anglo-ameriškega kazenskega prava.

Prav tako je zanimivo ugotoviti, da so pritožbe, ki zatrjujejo kršitev 7. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah pred Evropskim sodiščem za človekove pravice, redke. Nemška zadeva, ki je opisana v nadaljevanju in ki zadeva nekdanje politike iz Vzhodne Nemčije, ki so morali po združitvi Nemčije odgovorjati za svoja dejanja pod sovjetskim sistemom, je ena redkih, ki obravnava to, kar bi lahko poimenovali »načelo zakonitosti«.

Druga, bolj zanimiva zadeva, je *Kononov proti Latviji*.<sup>34</sup> V njej je šlo za vprašanje, ali bi moral biti obdolženec ruskega porekla, ki živi v Latviji, spoznan za odgovornega za ravnanja med drugo svetovno vojno, čeprav takrat niti Latvijo niti Sovjetsko zvezo ni zavezoval noben mednarodni sporazum o hudodelstvih zoper človečnost, denimo takih, ki jih je bil obtožen Kononov. Razpravni senat, ki sem mu takrat predsedoval, je odločil, da je šlo za kršitev, in se je pri tem strogo držal načela zakonitosti, ki prepoveduje uporabo kazenskega prava *ex post facto*. Veliki senat je sodbo razpravnega senata spremenil, pri čemer se je skliceval na drugi odstavek 7. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah, ki je očitno zrahljal varstvo načela zakonitosti; pravzaprav je dopustil uporabo kazenskega prava *ex post facto*.

Pravna teorija te zadeve ni temeljiteje analizirala in odziv nanjo ni bil tak, kot bi moral biti, saj je pri njej šlo za frontalni napad na načelo zakonitosti, ki se ga v kontinentalni miselnosti tako zelo malikuje. Če naj ta zadeva kaže na karkoli (v to sicer dvomim), je to zrahljanje sledenja silogističnemu varstvu, ki ima tradicionalno osrednjo vlogo v kontinentalni doktrini.<sup>35</sup>

Stopimo zdaj korak naprej v naši regresivni analizi. Ko uporabimo besedo »dejstva«, podzavestno predpostavimo obstoj norme oziroma natančneje zgornje premise, skozi katero prepoznamo situacijo.<sup>36</sup> Thomas Hobbes je v svojem delu *Leviathan* poudaril to formulo, po kateri trdi, da »dejstva« kot taka pravzaprav ne obstajajo. Genialno je opazil, da so kazniva dejanja to, čemur danes pravimo virtualni pojavi, in da obstajajo samo, dokler za normo stoji moč. To nam omogoča, da neko dejanje poimenujemo »kaznivo dejanje«.

V primerjavi s tem, kar sem že pojasnil, je to radikalna trditev, saj ne le razlikuje med pravno relevantnimi in pravno nerelevantnimi dejstvi, ampak dejstva povsem odstrani. To bi bilo lažje razumeti, če bi govorili o davčni utaji, ki je na primer v davčnih oazah preprosto ni.

<sup>33</sup> Pri tem naletimo na delujoč sistem pozitivne povratne zveze. Ker je pristop kontinentalnega prava pozitivistično-formalističen, je vstop v pravniški poklic zrcalna podoba prav te težnje. Poleg tega pravno izobraževanje na evropskih pravnih fakultetah krepi prav ta formalizem, saj je ves sistem usmerjen v tak način delovanja. Evropske pravne fakultete prav tako ne uporabljajo sprejemnih izpitov, kot je na primer v ZDA sprejemni izpit za pravne fakultete (*Law School Admission Test – LSAT*), ki se ga uporablja že vse od leta 1947, torej zadnjih šestdeset let. Posledica te selekcije pred vstopom na fakulteto, utemeljene na testih, ki so bili vedno znova potrjeni, je povsem drugačna sestava pravniškega poklica. To še zlasti drži, če se zavedamo, da je inteligenčni količnik kot psihološki kazalnik v visoki korelaciji z nekaterimi drugimi osebnostnimi značilnostmi. Iskreno povedano, lahko gre preprosto za to, da so evropski pravniki – kot skupina in posamično – preprosto manj inteligentni.

<sup>34</sup> *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, sodba velikega senata z dne 17. maja 2010.

<sup>35</sup> Prava razlaga za povsem nesprejemljiv končni izid, vsaj z vidika načela zakonitosti kot dela kazenskega materialnega prava, v zadevi je *Kononov* je drugje. Vse to je namreč povezano z nastankom »mednarodnega kazenskega prava«. Mednarodni pravni strokovnjaki, kot je bil pokojni Antonio Casese, so bili navdušeni nad razvojem te nove veje mednarodnega prava.

Kot je postalo očitno na primeru Mednarodnega kazenskega sodišča (MKS) in še zlasti glede njegovih polovičnih procesnih in materialnih pravil, ki jih Združene države upravičeno niso želele sprejeti, »mednarodno kazensko pravo« preprosto ni legitimna oblika kazenskega prava. Poleg dejstva, da se v pravni teoriji razpravlja o tem, ali je mednarodno pravo, zato ker nima lastne prisilne moči, sploh kaj več kot dogovorjeno mednarodno pogodbeno pravo, in da ga lahko vsakdo z zadostno močjo, kot so denimo nekdanji predsednik Bush in Združene države Amerike, preprosto ne upošteva. V primeru mednarodnega kazenskega prava pa imamo še dodatno težavo, ki ne zadeva le prisile za njegovo izvajanje – čeprav je ta pri kazenskem pravu pomembnejša –, ampak ima to pravo preprosto pomanjkljivosti v svoji strukturi.

<sup>36</sup> To je povezano z vprašanjem »dejstev«, kolikor »pravno relevantna dejstva« obstajajo samo, če obstaja normativna zgornja premisa, ki neko dogajanje določa kot pravno relevantno. Kot je poudaril že Hobbes, ob drugi normi ta ista dejstva preprosto ne obstajajo.

V zvezi s tem je zelo zanimiva zadeva *Regina v. Mudarubba*, v kateri se je nek avstralski aborigin čutil dolžnega ubiti žensko, ker je ta prekršila tabu s tem, ko ga je poimenovala »karlu«, kar se nanaša na ženske spolne organe. Aborigin se je torej podredil kategorični normi svojega plemena, angleški sodnik, ki ga je obravnaval, pa je deloval s povsem drugačnega vidika. Z drugimi besedami, »dejstva« za aborigina so bila nekaj povsem drugega kot »dejstva«, ki jih je zaznaval zahodnjaški sodnik. Zanj je v tem primeru šlo za umor, za aborigina pa je pri povsem enakem vzorcu dejstev šlo za hvalevredno dejanje.

»Pravno relevantna dejstva«, ki se nanašajo na to neobstoječe kaznivo dejanje, tako tudi ne obstajajo. Preprosto jih ni, da bi jih preučili z vidika norme, glede na to, da niti norma ne obstaja.

Filozofsko gledano je tako zaradi razlike med percepcijo in apersepcijo. Pri percepciji gre za preprosto opazovanje nekega dogodka v realnem svetu, na katerega ne vplivajo kognitivna očala, skozi katera bi bil lahko ta videti drugačen. Če bi na primer majhen otrok luno opazoval kot sploščen kos zlata, ki lebdi na nebu, bi to bila percepcija. Če bi isti otrok razumel, da je ta kos zlata pravzaprav objekt krogelne oblike, bi začel videti (apercepcija) trirazsežno podobo lune oziroma bi začel nanj gledati kot na veliko kroglo, ki lebdi okrog Zemlje. Drugače povedano, če otrok te informacije ne dobi, ostane njegova zaznava na bolj prvobitni ravni, brez informacij o »dejstvih« in njeni pravi naravi.<sup>37</sup>

Če ne bi bilo kazenskoopravne norme, ki umor opredeljuje kot umor, bi morali drugače nasloviti tudi zgodbo Dostojevskega o zločinu in kazni. Thomas Hobbes pa naredi še nekaj korakov naprej, saj je po njem opredelitev tega kaznivega dejanja sicer lahko uzakonjena, vendar če se tega zakona iz nekega razloga ne izvaja, tudi kaznivo dejanje preneha obstajati in zavlada nekaznovanost. Če bi si morda kdo mislil, da je to zgolj filozofski in povsem hipotetični eksperiment, je treba spomniti na zadevo *Krenz, Kesler in Streletz proti Nemčiji*,<sup>38</sup> v kateri so komunistični protagonisti več let uživali v nekaznovanosti, ker se je Vzhodna Nemčija odločila, da ne bo izvajala pravil o umoru in drugih oblikah povzročitve smrti. Opredelitev je bila zapisana v zakonu, vendar je bila »družbena praksa« taka, da se je oblikovala domneva, podobna pravni zmoti, po kateri so protagonisti pričakovali, da bodo povsem normalno nagrajani za povzročitev smrti posameznika, ki skuša prebegniti v Zahodno Nemčijo. V tem delu so »državljanski zakoni« Thomasa Hobbesa tako prenehali obstajati – in z njimi tudi ta kazniva dejanja.

Šele po vnovični uvedbi pravnega reda z Zahoda so ta kazniva dejanja, zakopana v desetletjih odobravanja, spet zaživela. Zanimivo je, da si v tem primeru protagonisti v svojem zagovoru nikoli niso drznili trditi, da so bili v pravni zmoti, čeprav je njihovo predvidevanje, da ne bodo kaznovani, izhajalo iz uradnega odnosa oblasti – to je bistveno, če bi se želeli sklicevati na pravno zmoto. Če bi bili pri tem uspešni, bi bilo to enako, kot če omenjenih zakonov sploh ne bi bilo. Realno vprašanje pravne zmote je Evropsko sodišče za človekove pravice povsem spregledalo, čeprav ga nič ne bi oviralo pri tem, da to vprašanje kvalificira samo.

## Ekspertni sistem?

Vrnimo se zdaj k vprašanju konceptualizacije dogajanja v pravnem procesu. Kot sem prikazal, je kontinentalni pravni sistem nagnjen k popolni in neizpodbitni

konceptualizaciji pravnih pojavov. Zato bi bilo normalno pričakovati, da bo ta sistem poskušal izrabitati ta stari trend in ga obrniti sebi v prid tako, da ga bo z vidika formalne logike prevedel v računalniški sistem, katerega rezultati bi bili prav tako logično neizpodbitni.

Po drugi strani pa bom trdil, da bi se občepravni sistem že davno lotil avtomatizacije svojega pravnega procesa, če ne bi naletel na notranjo negotovost sistema, utemeljenega na analogiji in ne na silogizmu. To pravnim protagonistom preprečuje, da bi sistem reducirali v nekakšno neprepustno formalno logiko.<sup>39</sup> Izvrsten primer informatizacije miselnih procesov so t. i. ekspertni sistemi, ki so običajno tako zgrajeni, da olajšajo naloge na primer na področjih računovodenja, prava, medicine, finančnih storitev, proizvodnje in človeških virov. Posamezno problemsko področje je običajno preveč kompleksno, da bi lahko ustrezne rešitve zanj iskali v tradicionalnih algoritmihi. Temelj uspešnega ekspertnega sistema je odvisen od vrste tehničnih postopkov in razvoja, za katere so zadolženi tehniki in področni strokovnjaki. Tako ekspertni sistemi običajno ne vračajo končnih odgovorov, ampak dajo probablistična priporočila.

Milo rečeno je presenetljivo, da je kontinentalni sistem še vedno povsem nezmožen organizirati svoje zgornje premise, tako lepo zgrajene v Kelsnovi piramidi, ki je ponos vsakega kontinentalnega pravnika, v dobro delujoč »ekspertni sistem«, kot ga na primer že zadnjih 30 let uporabljajo v medicini. Med letoma 1998 in 2012 sem večkrat predlagal pripravo vprašalnika, ki bi ga uporabljali pravniki Evropskega sodišča za človekove pravice. Tak vprašalnik bi omogočil standardizirano obdelavo predhodnih procesnih vprašanj. Nikoli mi ni bilo jasno, zakaj se ta zamisel ni prijela, čeprav bi Sodišču s 140.000 zadevami zaostanka omogočila rešitev tega velikega problema. Če bi me vprašali, zakaj se to ni zgodilo, bi za to moral pokazati na krivca v tradicionalnem evropskem pomanjkanju dovetnosti za nove ideje, ki je za staro Evropo tako značilno. Z drugimi besedami, kontinentalni sistem avtocest očitno res vzgaja slabe voznike.

Vrnimo se k naši glavni temi – primerjavi kitajskega sistema pismenk, ki jih je morda okrog 35.000, na eni strani in okoli 25 črk zahodnih abeced na drugi. V sistemski teoriji preklap s 35.000 pismenk na 25 znakov poimenujemo »strateška poenostavitve«. Vpeljava informatiziranega ekspertnega sistema na Evropskem sodišču za človekove pravice bi bil podoben primer strateške poenostavitve.

To prisposodbo razširimo in se vprašajmo, zakaj Kitajci ne želijo izvesti te »strateške poenostavitve« in preklepiti na zahodno abecedo. Domnevam, da tega ne želijo iz podobnih razlogov, kot bi jih navedel anglo-ameriški pravnik, če bi ga vprašali, ali bi v svoji državi podprl uvedbo silogističnega kontinentalnega sistema. Če to dolgo in kompleksno zgodbo skrajšamo, lahko ugotovimo, da ima kitajski sistem pismenk precej bolj odprto strukturo kot pa fonetični sistem, ki

<sup>37</sup> To je poenostavljena različica bolj zapletene razlage t. i. protislovja med teorijo in dejstvi, kot ga je precej podrobneje predstavil R. M. Unger s harvardske pravne fakultete v svoji knjigi *Knowledge and Politics*, the Free Press International, 1973.

<sup>38</sup> Št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, sodba velikega senata z dne 22. marca 2001.

<sup>39</sup> Kljub temu sta pravni iskalni orodji Westlaw in Lexis neprimerljivo naprednejši in učinkovitejši kot karkoli podobnega v kontinentalnih sistemih.

ga uporabljamo na Zahodu. Gre za podobno semantično bogastvo, kot ga denimo nosi večplastna prispevka, če jo primerjamo s pusto in nedvoumno izjavo.

Vendar ima ta zgodba tudi drugo plat. Sistem je nedvomno manj determinističen glede izida zadeve preprosto zato, ker ni utemeljen na silogistični logiki zaprte strukture. To pa ne pomeni nujno, da je tak sistem arbitraren.

To bom pojasnil z drugega vidika. Predstavljajte si sistem, kot sem ga že omenil in v katerem so sodniki popolno inteligentni in absolutno pošteni. V takem pravem sistemu zakoni sploh ne bi bili potrebni! Sistem ne bi bil formalno zavezujoč. Sistem bi se zanašal zgolj na inteligentnost sodnika in njegovo poštenje. Tak sistem ne bi bil determinističen v formalnem smislu, potreboval pa bi visoko stopnjo zaupanja, ki bi jo dobili le, če bi bili sodniki resnično inteligentni in pošteni. Odvisno od tega, **kdo** bi bili v takem sistemu sodniki, njihova samovolja in nepredvidljivost ne bi bila samovolja in nepredvidljivost; to vprašanje bi bilo preseženo zaradi njihove verodostojnosti, zanesljivosti itd., ki bi bila čez čas bogato izkazana. Še enkrat je treba poudariti, da je treba na to gledati v kontekstu prave funkcije pravosodja, ki ni deljenje nekakšne transcendentne pravičnosti. Njegova funkcija je namreč preprosto v tem, da rešuje spore hitro in učinkovito ter tako ohranja družbeni mir in harmonijo.<sup>40</sup>

## Dve radikalno različni vrsti sodstva

*Razlika med azerbajdžansko in francosko ali nemško pravičnostjo je manjša kot razlika med francosko ali nemško pravičnostjo in pravičnostjo občepравnih sistemov.*

Razlogi, zakaj kontinentalne sodne birokracije ne uživajo zaupanja svojih strank, so torej zgodovinski. Zgodovinsko gledano kontinentalno sodstvo ni izkusilo avtonomije, ki bi bila enakovredna drugima dvema neodvisnima vejama oblasti. Razlog za to je zgodovinsko pomanjkanje demokratične tradicije, tradicije, ki ji danes pravimo zavore in ravnovesja, itd.

Očitno je, da ta obratni učinek pomanjkanja suverenosti sodstva še naprej ustvarja zelo pozitivistično in formalistično procesuiranje zadev. Ta formalizem in pozitivizem izhajata iz prirojenega in kroničnega pomanjkanja občutka varnosti. Z drugimi besedami, sodniki v takem sistemu se ne počutijo varno. Njihovo zanašanje na formalno logiko je torej oblika odpora s tako dolgo tradicijo, da zdaj predstavlja že vrsto varljive kompetentnosti in lažne strokovnosti.

Če to stališče posplošimo, preprosto pridemo do naslednje ugotovitve. V sistemu vlada dobesedno kompulzivno-obsesiven formalizem.

Če se zdi, da gre le za namišljen sistem, ne pozabimo, da z antropološkega vidika večina prvobitnih družb svoje težave in spore rešuje *sine lege* in z zanašanjem na vaše starešine. Če pa se ta primer morda

zdi preveč oddaljen, se lahko vendar spomnimo na Evropsko sodišče za človekove pravice v 50. letih prejšnjega stoletja. Takrat je delovalo v skoraj popolnem pravnem vakuumu, saj razen Konvencije ni imelo nobenega drugega formalnega predpisa, na katerega bi se lahko naslonilo.

Vendar ni to moja poanta. Tukaj imam v mislih pozitivni krog, ki se je zagnal v Angliji s sprejetjem Velike listine svoboščin leta 1215, s katero je bila sodna oblast podeljena, kot je poudaril Max Weber, zemljiški gospodi. Anglo-ameriška pravica ima patricijski izvor. Če to drži, potem ne preseneča, da je stopnja zaupanja v tako vrsto sodstva neprimerljivo višja kot pa stopnja zaupanja v kontinentalne sodne birokracije. Slednjim preprosto manjka tradicija avtonomne veje prave oblasti, kar pa pomeni, da pripadniki sodstva, kar še zlasti velja za države Vzhodne Evrope, nimajo tistega občutka varnosti, ki po navadi spremlja tradicijo samoodločbe in posledično moči.

Nasprotno, odvisnost kontinentalnega sodstva od pozitivizma in pravnega formalizma, ki sta izraza tega zgodovinskega pomanjkanja avtonomije, krči njihov mentalni manevrski prostor, saj je veliko prostora namenjenega formalistični intelektualni gimnastici in zelo malo pristnemu upoštevanju pravičnosti.

Avtoriteta kontinentalne sodne birokracije v moderni pravdarski družbi je rekordno nizka. Njen sloves je tako klavrn, da bi večina kontinentalnih pravnikov, tako tožnikov kot tudi tožencev, raje stopila pred računalnik kot pa pred sodnika. Pravzaprav je zelo verjetno, da bo zaradi nuje v niti ne tako oddaljeni prihodnosti do tega tudi prišlo. Tudi s tehničnega vidika si v kontinentalnem sistemu take informatizacije niti ni tako težko predstavljati.

## Širše primerjave

Ko primerjamo dva pravna sistema, pravzaprav primerjamo dva civilizacijska vidika, kar je več kot samo primerjava dveh kultur. Občeppravna kultura izvira iz zibelke svobode – Anglije. Od tam se je razširila po vsem svetu, kar pomeni, da države od ZDA do Cipra, od Kanade do Avstralije itd. pravzaprav aktivno sodelujejo v procesu ustvarjanja in poustvarjanja neke vrste podatkovne baze občeppravne kulture. To še zlasti velja zato, ker občeppravne države že od pamtiveka delujejo s spominom, ki je vgrajen v njihov sistem. Vsaka odločitev vsakega sodnika je na nek način prispevek h kolektivnemu spominu sistema in je – to je bistveno – prispevek k delovanju sistema kot celote.

Nasprotno pa kontinentalni sistem zakonov umetno ustvarjajo zakonodajalci. Ta do nedavnega spominskega vložka tistih, ki delajo v sistemu, sploh ni prenesel. Tako denimo od Montesquieuja in njegovega dela O duha zakona dalje sodnikova odločitev ne prihaja v kolektivni spomin sistema in se ne beleži v poročevalcih iz preprostega in v bistvu političnega razloga, in sicer zato ker je ustvarjanje prava strogo pridržano zakonodajnemu organu. Kot sem že poudaril, je

<sup>40</sup> Drugje sem pisal o tem sklepu, ki bi ga lahko strnili takole. Monopolizacija moči s strani kralja ali katerega drugega vladarja je lahko učinkovita kratkoročno, dolgočasno pa je za ohranjanje družbenega miru potrebna ločena veja oblasti, ki nenehno rešuje manjše spore in tako ohranja družbeni mir.

sodnik v takem sistemu zgolj trobilo zakona oziroma – če smo natančnejši – zakonodajalca.

Zanimivo je ugotoviti, da so si vsi »politični voditelji«, začeni z Justinijanom v petem stoletju, neizprosno prizadevali krniti oblast sodnikov in jim jemati moč ustvarjalnega prispevanja k reševanju sporov. To nezaupanje izvršilne veje oblasti je povsem nelogično, saj kaže na nerazumevanje funkcije vladavine prava, ki je prvenstveno namenjena ohranjanju družbene stabilnosti. Hitra in dokončna rešitev vseh sporov v družbi je nujen atribut vladarjevega miru. Z drugimi besedami, vladar lahko zelo preprosto monopolizira moč in uvede svoj »mir«, saj je vladarjev mir pravzaprav njegov celoten monopol moči v državi. Vendarle pa vladarjev prevzem moči in njena monopolizacija, ki sicer lahko sprva res prinese mir, še ne pomenita, da so bili tudi drugi viri konfliktov v družbi rešeni enkrat za vselej. Če sodstvo v katerikoli družbi, celo v najbolj prvobitnih plemenih, ne zagotovi učinkovitega reševanja sporov, se bodo posamezniki začeli zatekati k samopomoči, kar pa se bo sčasoma izrodilo v anarhijo.<sup>41</sup>

S tega vidika je očitno, da je moč sodstva pravzaprav element moči vladarja oziroma v sodobnem jeziku moči izvršilne veje oblasti. Zgodovinsko gledano je vladar del svoje oblasti delegiral sodnikom, ki pa niso imeli svoje policije ali vojske in so se morali zanašati na vladarjevo moč, da poskrbi za izvajanje njihovih odločitev. Slednje pa so svojo obligatornost črpale iz vladarjeve oblasti. Celo z antropološkega vidika je odločitev plemenskega rabsodnika smiselna le, če za njeno izvršitev jamči na primer pritisk skupine, plemena itd. Z drugimi besedami, poseben položaj sodstva v kateremkoli kontekstu hkrati pomeni podelitev moči za sprejemanje odločitev, torej podelitev moči, za katero metaforično rečeno ni vojske ali policije, ki bi ji dala izvirno moč.

## Pravičnost in pravni formalizem

Ugotovimo lahko, da je jedro problema uresničitve razmerja med kompleksnimi pojmi pravičnosti, tj. med pravično in logično rešitvijo sporov na eni strani in formalno pravičnostjo na drugi. Formalna pravičnost je lahko povsem v sozvočju z materialno pravičnostjo. Posledica tega je, da je odločitev v nekem konkretnem primeru tako formalno kot tudi materialno zadovoljiva. V praksi se to pogosto tudi res zgodi. Kljub temu pa so številni primeri, v katerih obstaja razkorak med tem, kar je etično po merilih materialne pravičnosti in kar je etično po merilih formalne pravičnosti. Če formalna pravičnost v adversarnem postopku ne bi dala pravičnega rezultata, je odločevalec, v tem primeru sodnik, postavljen pred naslednjo dilemo. Lahko se odloči povsem formalno ne glede na nepravilen izid zadeve, lahko pa njegova odločitev izhaja iz materialne pravičnosti in potem tvega spremembo na instanci – kjer pa se lahko enaka dilema zlahka ponovi.

Bistvo te »boleznine« je v tem, da ta dilema verjetno nikoli ne bo prodrla v zavest formalističnega sodnika: materialnega vidika konkretne zadeve se preprosto ne zaveda dovolj in se instinktivno postavi na stran

oblasti in oblike zgornje premise, za katero je bil izurjen, da jo spoštuje.

Mimogrede, tak pristop je precej povezan s sodnikovim odnosom do oblasti. Pokazalo se je, da s tega vidika obstajata dve vrsti sodnikov. Eno skupino tvorijo sodniki, ki so že psihološko protiavtoritarni, drugo pa tisti, ki se že instinktivno raje postavijo na stran oblasti. Psihološke raziskave sodnikov Vrhovnega sodišča ZDA so pokazale, kako je njihov odnos do avtoritete odločilen za njihovo odločanje v konkretnih zadevah. Podobno opažam korenite razlike v odnosih sodnikov Evropskega sodišča za človekove pravice. To je še toliko bolj nerazumljivo zato, ker se je celo Evropsko sodišče za človekove pravice znašlo med tema dvema sistemoma in ker že njegove korenine zgodovinsko in funkcionalno kažejo na protiavtoritaren odnos. Navsezadnje je toženka pred Evropskim sodiščem za človekove pravice vedno država pogodbenica, tožnik pa je vedno posameznik, ki se bori proti oblasti te države. Že cilj ustanovitve Evropskega sodišča za človekove pravice je bil ustvariti oblast, ki ni avtoritarna in ki bo sposobna popravljati nepravilnosti, ki jih proizvedejo nacionalni pravosodni sistemi.

Politično in zgodovinsko gledano je bila ustanovitev Evropskega sodišča za človekove pravice protiavtoritaren odziv na nepravilnosti avtoritarnih sistemov med drugo svetovno vojno. Zdaj je že dokazano, da so bili avtorji Evropske konvencije o človekovih pravicah podaljšana roka ameriškega establišmenta iz 40. in 50. let 20. stoletja, ki je bil zaskrbljen nad morebitnimi novimi avtoritarnimi vzgibi v Evropi.

Konvencija in Sodišče sta bila zasnovana kot branik proti tem avtoritarnim vzgibom, ki so vso svojo moč pokazali v grozljivih anomalijah med drugo svetovno vojno. Poleg tega je civilizacija, osnovana na občem pravu, tudi na avtoritarne komunistične sisteme v sovjetskem imperiju gledala kot na že same po sebi nedemokratske in nezmožne prave in iskrene oblasti, utemeljene na vladavini prava.

Dejstvo je, da je bila Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP) poskus, da se v mednarodnem pravu kontinentalni pravni sistem oblije z elementi sistema s tradicijo občega prava. Spomnimo se samo izraza »pošteno sojenje«, ki v kontinentalnih sistemih pred drugo svetovno vojno sploh ni obstajal. S povsem jezikovnega vidika ima ta izraz še danes v kontinentalnih sistemih povsem drugačen pomen kot pa v občepравниh. Če nekdo v državi s tradicijo občega prava reče, da sojenje ni bilo pošteno, to nekaj pomeni. Če isti izraz uporabimo v kateri od držav s kontinentalnim pravnim sistemom, bo najverjetneje razumljeno kot šala. Razlog za tak sarkastičen odnos izvira iz večstoletne tradicije avtoritarnega sodnega sprejemanja odločitev, v katerem je bila zadnja stvar, ki bi jo lahko od sodstva pričakovali, materialna pravičnost.

Lahko bi naredili celo korak naprej in trdili, da bi v številnih kontinentalnih pravnih sistemih omenjanje pravičnosti jasno kazalo na naivnost tistega, ki izgovori to besedo. Na deset tisoče zadev pred Evropskim

<sup>41</sup> O tem sem podrobneje pisal v članku *From combat to contract* (Od boja do pogodbe), ki je bil objavljen v moji knjigi *The Owl of Minerva* (Minervina sova).

sodiščem za človekove pravice, ki še čakajo na obravnavo, so predvsem dokaz slabega glasu nacionalnih pravosodnih sistemov večine držav s kontinentalno pravno tradicijo in nezaupanja ljudi vanje. To še toliko bolj velja za tiste države, ki so se šele pred kratkim otresle sovjetskega komunističnega sistema. Drugače povedano, obstaja tesna povezava med vladavino prava na eni strani in demokratično tradicijo na drugi.

### Kaj so človekove pravice?

Upam, da je do zdaj že postalo jasno, da so človekove pravice kompleksen medkulturni pojav in da njihov pomen nikakor ni enoplasten. Človekove pravice so prav tako bojišče med dvema pravnima kulturama. Spopad teh dveh pravnih civilizacij lahko opazimo med razpravami na sejah senatov in velikega senata Evropskega sodišča za človekove pravice. Lahko bi rekli, da bi te razprave Roscoe Pound poimenoval »primerjalno pravo v akciji«. Ker imamo samo tri države s tradicijo občega prava, ki delujejo v kontekstu 43 drugih držav, njihovega glasu ne slišimo tako, kot bi ga morali v sistemu, ki je vsaj v dveh pogledih otrok občega prava. Prvič, že zamisel, da imamo skorajda nov pravni sistem, ki je utemeljen na precedensih, je bila do pred kratkim v katerikoli državi s kontinentalno tradicijo naravnost nezaslišana. Tak pogled se je nekoliko razrahljal, ko so začela ustavna sodišča od Slovenije do Turčije delovati tudi na podlagi svoje lastne počasi izgrajene sodne prakse. Drugič – in to sem že jasno pokazal –, duh Evropske konvencije o človekovih pravicah izvira iz anglosaške kulture, za kar obstajajo tako ideološki in politični kot tudi specifični pravni razlogi iz časa po drugi svetovni vojni (še zlasti glede na vsebino 5. in 6. člena EKČP).

Precej bolj zapleteno je vprašanje, ali človekove pravice kot pojav 20. stoletja na mednarodni pravni ravni izvirajo iz enega od obeh zahodnih pravnih sistemov. Morda bi bilo tudi smiselno premisliti, ali so človekove pravice po svojem izvoru v globljem smislu demokratične. Kot sem že poudaril, je tožnik pred Evropskim sodiščem za človekove pravice vedno posameznik, razen nekaj res zelo redkih meddržavnih primerov, v katerih je tako tožnica kot tudi toženka ena od 47 držav pogodbenic. S tega vidika, tudi upoštevajoč razmeroma nedavno zgodovino, je skoraj nezaslišano, da bi katerakoli država pogodbenica, ki je sama oblast, postala navadna toženka, ki se mora soočiti z navadnim državljanom. Čeprav smo se na to že navadili in zato tudi pozabili, za kako revolucionaren premik gre, je treba priznati, da je to nekaj zares presenetljivega.

Človekove pravice so torej po definiciji protiautoritar ni pojav, saj je tukaj, na Evropskem sodišču za človekove pravice, vsako nespodobno dejanje avtoritarne države (od Turčije in Rusije do Ukrajine in drugih) pod drobnogledom z vidika materialnih in procesnih dolečb Evropske konvencije o človekovih pravicah.

Predstavljeni pogled je pravzaprav to, za kar pri človekovih pravicah kot pravnem procesu sploh gre. Sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice je register kršitev posameznih pravic posameznih tožnikov, za katere so odgovorne samo države. Zato bi bilo lahko

očitno, da so človekove pravice, kot nastopajo v analih Evropskega sodišča za človekove pravice, z empiričnega vidika tiste posamezne posebne pravice, ki so podvržene temu, da jih kršijo države.

Če to obrnemo, lahko na človekove pravice po definiciji gledamo kot na nekaj, česar drug posameznik ali skupina posameznikov ne more kršiti. Samo organizirana država je lahko s svojimi vzvodi moči kriva takih kršitev. To pomeni, da so človekove pravice po definiciji tisto, kar je podvrženo viktimizaciji s strani države. Vzemimo na primer 2. člen, ki prepoveduje umor. Če nekdo komu drugemu vzame življenje, s tem država ne krši njegove človekove pravice, razen če je malomarna ob preiskovanju kaznivega dejanja, katerega posledica je bila izguba življenja. Prav ta ista izguba življenja postane vprašanje človekovih pravic samo tedaj, ko je na nek način, vsaj procesno, vpletena tudi država. Z vidika žrtve je to nelogično. Žrtvine človekove pravice, v konkretnem primeru njena pravica do življenja, bi bile kršene ne glede na to, kdo je moral. Evropsko sodišče za človekove pravice je obravnavalo številne primere iz Turčije, v katerih so bili Kurdi ubiti ali pa so izginili, in ker je bila za to odgovorna turška država, je v ozkem pomenu šlo za kršitve človekovih pravic.

### Pravice in pravna sredstva v njihovem procesnem kontekstu

Kot je poudarila že Hannah Arendt, so po drugi strani pravice procesni pojav, za katerega je videti, da je tako imenovani dostop do sodišča bistven. Dostop do sodišča očitno pomeni, da je država dolžna zagotoviti forum, v katerem se je glede zatrjevanih pravic možno pravdati. Preden pozornost namenimo temu vprašanju, si najprej pogledimo, kaj sploh pomeni beseda pravica.

V sistemu s kontinentalno pravno tradicijo je vsaka pravica opredeljena z iskanjem njenega »bistva«, kar je zavajajoče. Prav tako je opredeljena z vidika upravičenja, torej neodvisno od procesnega konteksta. Nasprotno pa je v sistemih s tradicijo občega prava pravica neločljivo povezana s prav tistim procesnim kontekstom, znotraj katerega je zatrjevana. Pravica kot upravičenje se mora nanašati na varljivo bistvo tega, kar naj bi sploh pomenila. Vzemimo za primer lastninsko pravico, ki je s 1. členom Prvega protokola prav tako vključena v Evropsko konvencijo o človekovih pravicah, čeprav je tam navedena kot pravica do premoženja. V rimskem pravu je bila lastninska pravica opredeljena kot absolutna *ius utendi et abutendi re sua*. Tudi francoski *Code Civil* jo podobno opredeljuje kot najbolj absolutno pravico, ki jo lahko posameznik uživa ali pa se ji odpove, kolikor to ne nasprotuje pravilom in pravni ureditvi. Podani opredelitvi se zdita dovolj jasni, vendar ne upoštevata preprostega dejstva, da se pravica glede lastnine aktivira šele, ko njeno izključujočo naravo ogrozi druga oseba. Dokler se v posameznikovo lastnino ne posega, so lahko te čudovite opredelitve pedagoške, vendar pa ne pojasnijo prave narave lastnine kot upravičenja. Do tega pride šele, ko se vanjo poseže, kar pomeni, da je treba na sodišče vložiti tožbo. To pa pomeni,



da se sproži cel procesni postopek uveljavljanja pravnega sredstva zaradi posega.

Povedano nekoliko drugače, lastninska pravica je povsem nepomembna, dokler se vanjo ne posega, torej dokler v enačbo ne vstopi še procesno vprašanje pravnega sredstva, s katerim se zahteva njeno varstvo. V praksi se tako glede večine lastnine v neki družbi ni treba vračati k njeni opredelitvi. To pomeni, da te opredelitve nimajo nikakršne pojasnjevalne vrednosti, dokler se ne sprožijo sodni postopki zaradi poseganja v to pravico. Zato se zdi, da pravica kot upravičenje brez sodnega postopka in pravnega sredstva – če je to sploh potrebno –, ne pomeni kaj dosti. Glede tega bi lahko dodali, da sta pravica in pravno sredstvo dve plati iste medalje.

Pravica, za katero ni predvideno pravno sredstvo, torej *restitutio in integrum* ali vsaj nekakšna oblika odškodnine, je torej samo opredelitev brez praktične vrednosti. Člen 13 EKČP na primer od nacionalnega prava posamezne države pogodbenice zahteva postopek, ki omogoča tako pravno sredstvo. Če sta pravica in pravno sredstvo za njeno zavarovanje dve plati iste medalje, to pomeni, da mora obstajati postopek za uporabo takega sredstva. Iz tega pa lahko sklepamo, da je postopek za uporabo pravnega sredstva bistvo pravice.

Drug primer za to lahko najdemo v kazenskem pravu. Večina kontinentalnih teoretikov bo »pomen«, ki se nanaša na prepovedano ravnanje, iskala v materialni opredelitvi posameznega kaznivega dejanja. Vendar bistvo opredelitve znakov konkretnega kaznivega dejanja, t. i. *corpus delicti*, ni v njegovi ontološki opredelitvi, ki bi lahko imela pojasnjevalno vrednost in bi jo lahko jemali resno samo, če si kaznivo dejanje predstavljamo kot konkretiziran pojav v smislu, da umori, požigi, tatvine ipd. dejansko obstajajo. V kontinentalni pravni tradiciji je to tudi zares prevladujoči pogled, pozablja pa se, da je bistvo opredelitve kaznivega dejanja zgolj procesna opredelitev dokaznega bremena tožilca. Razen če tožilcu uspe prepričati sodišče ali poroto onkraj razumnega dvoma, da konkretno kaznivo dejanje izpolnjuje vse znake, kot so podani z njegovo opredelitvijo – kar je pravi pomen domneve nedolžnosti, ki se jo v praksi Evropskega sodišča za človekove pravice dosledno napačno razume –, obdolženca ni mogoče obsoditi. Če to drži, iz tega logično, celo neizprosno, sledi, da bistvo opredelitve nekega konkretnega kaznivega dejanja nikakor ne more biti v nekem statičnem smislu »pojasnjevalno« in predmet zgolj materialnega kazenskega prava. Z drugimi besedami, bistvo opredelitve je hevristično v smislu, da je procesno in da zaživi le takrat, ko je konkretna oseba osumljena storitve kaznivega dejanja, kar predpostavlja težbo oziroma obtožni akt, ki podrobno opiše dokazno breme na strani tožnika.

To nas pripelje do preproste ugotovitve, da je »bistvo« kaznivega dejanja povsem nepomembno, če ga ne zaznavamo v kontekstu obtožbe, v kateri tožnik nosi izčrpno dokazno breme. Drugače povedano, kaznivo dejanje umora je brez uveljavljanja njegove opredelitve povsem nepomembno. Ob tem se spet spomnimo na zadevo *Streletz, Krenz in Kessler proti Nemčiji*. Šlo je za to, da je bila v Nemški demokratični republiki

opredelitev umora posameznikov, ki so skušali prebežniti čez mejo v Zahodno Nemčijo, več desetletij v nekakšnem mirovanju. Ne le, da storilci niso bili kaznovani, za svoja dejanja so bili celo nagrajeni.

Nemški filozof Friedrich Hegel v svojem delu *Osnovne črte filozofije* prava izrecno trdi – seveda s filozofskega, pa vendar ustreznega vidika –, da norma, ki se ne izvaja, preneha biti norma. Ob tem se je treba prav tako spomniti na Immanuela Kanta, ki je trdil, da je treba umor na samotnem otoku kaznovati, pa čeprav je pri njem šlo za zadnja preživela človeka. Omalovažujoče bi bilo trditi, da so to samo odvečna filozofska modrovanja. Tudi omenjena filozofa sta namreč ločila materialno vprašanje inkriminirajoče norme (v konkretnem primeru umor) od pristnega procesnega konteksta. Malo prej sem trdil, da je lastninska pravica povsem nepomembna, če se je ne krši in če zaradi tega ni sprožen sodni postopek za saniranje situacije. Zelo podobno je v kazenskem pravu, v katerem mora biti norma prekršena in kršitelja je treba po pravu preganjati, da bi lahko sploh zaživel.

Morda se sliši dialektično, če trdim, da je treba normo prekršiti, da bi ta zaživel. Vendar je »dialektično« premočna beseda za opis namena večine pravnih norm, če trdim zgolj to, da je vsaka norma namenjena hipotetični situaciji, v kateri bo kršena. Če to rokavico obrnemo okoli, ugotovimo, da je norma v mirovanju in zato v večini situacij, v katerih ni nobene možnosti, da bi bila kršena, ostaja nepomembna.

Predstavljajte si naslednji skrajni normativni zapovedi: »Dihajte!« in »Ne dihajte!«. Najprej takoj ugotovimo, da sta obe brez vsakršnega pomena, pa vendar sta obe postavljeni na nekakšen kontinuum med redundantno v prvem primeru in nemožnost v drugem. Upam si trditi, da so vse norme v kateremkoli pravnem sistemu na nek način postavljene med ti skrajnosti. Na primer kanibalizem v večini zahodnih pravnih sistemov ni niti inkriminiran, saj je tako malo verjeten. Nietzsche je v svojem delu *H genealogiji morale* trdil, da nam prepovedi v posamezni kulturi – mislim, da je pri tem govoril o rimski družbi – povedo nekaj o tem, kako ta kultura resnično deluje. Če se prav spomnim, je Nietzsche govoril o rimski prepovedi pitja vina in hkrati trdil, da je običaj poljubljanja znotraj družine obstajal zaradi preverjanja družinskih članov. To najverjetneje ne drži, težko bi pa bilo ne videti, da norma obstaja zgolj zato, ker je potrebna, saj bi bila sicer precej verjetno kršena. Na drugi strani pa norma, za katero je malo verjetno, da bi bila kršena, kot je na primer kanibalizem, najverjetneje ne bo del pravnega reda.

Kategorični imperativ, da moramo dihati, v tem smislu ni le redundanten, ampak povsem brez pomena. Na drugi skrajnosti imamo formulo iz rimskega prava *ultra posse nemo tenetur*, ki v civilnem pravu pomeni, da nihče ne more biti odgovoren za posledice, ki so onkraj njegove oblasti.

Ta formula velja tudi na sploh in pomeni preprosto to, da ni smiselno naložiti zahteve, ki je nikakor ni mogoče izpolniti. Stara maksima, ki pravi, da bo moder vladar ukazal le tisto, za kar obstaja velika verjetnost,

da bo tudi izvršeno, je smiselna le med obema skrajnostma – redundanco norme na eni strani in neizvedljivostjo na drugi.<sup>42</sup>

Namen opisa spektra med redundanco in nemogočo normo je bil pokazati globoko povezanost norme z morebitnimi težavami, na katere naj bi ta odgovarjala. V situacijah, v katerih je zaradi omenjene redundance ali nemožnosti malo verjetno, da bo prišlo do težav, ni prostora za normativno urejanje. Če upoštevamo, da je pravo usmerjeno zgolj v reševanje sporov, takoj postane jasno, da nerazumevanje izvira iz ločitve navidezno etičnih materialnih vprašanj od njihovega praktičnega procesnega konteksta. Pravo ni etično sredstvo. Pravo se sproži le takrat, ko je neka norma domnevno prekršena in ko obstaja, kot temu pravijo na Evropskem sodišču za človekove pravice, verjeten zahtev ali, kot se je temu reklo v rimskem pravu, *legitimitas ad causam*, torej pravna podlaga, utemeljena na dokazih *prima facie*, da zahtev ni očitno neutemeljen. Vsa ta nerazumevanja izvirajo iz preprostega dejstva, da se etično iskanje vsebine in pomena norme izvaja nekako »transcendentalno« in da se ob tem zanemarja skrajno realistično funkcijo prava, ki se zažene le takrat, ko obstaja procesno izražen zahtev za zavarovanje neke konkretne pravice. V tem kontekstu nikakor ne moremo pretiravati, če rečemo, da je prav vsaka pravica zrcalna podoba njenega pravnega sredstva. Če ni pravnega sredstva in če ni postopka, preprosto ni pravice. In kako se to kaže pri tako imenovanih človekovih pravicah?

## Človekove pravice v svojem »bistvu«

Hannah Arendt je nekoč trdila, da bistvo človekovih pravic izvira iz dostopa do nekakšnega foruma, ki lahko razsoja o zahtevku glede zatrjevanja kršitve. To se sicer sliši zelo zvaneče, vendar še kako drži za prav vsako pravico. Pravica, ki obstaja samo na papirju, ne pomeni prav nič brez možnosti vpletanja nekega foruma ali nekega razsodnika ali sodišča, ki bo po zahtevku tožnika sprejelo odgovornost razsojanja. Trditve tožnika morajo biti utemeljene na normativni konstrukciji, ki je materialno »na papirju«, vendar je to le začetek postopka, v katerem, kot sem že poudaril, materialna pravica zaživi šele procesno.

Naredimo korak naprej in si predstavljamo situacijo, v kateri materialne pravice niso niti opredeljene in se tožnik ne more sklicevati na nikakršen opis svojega upravičenja. Celo v taki situaciji lahko še vedno govorimo o »pravici«, ne glede na ohlapnost tožnikovega sklicevanja na nepravilnost, ki jo je domnevno utrpel. V taki situaciji bo sodišče najverjetneje ugotovilo, morda na temelju logike in etike, da je tožnik res utrpel nepravilnost.

Drugače povedano, sodišče bo najverjetneje tudi takrat, ko ni materialnega sklicevanja na pravico, ugotovilo »kršitev«. Taka ugotovitev potem postane precedens in v podobni zadevi, ki mu bo sledila, bo lahko naslednji tožnik že zatrjeval pravico v svoji materialni formulaciji, ki je pa do pred kratkim še sploh ni bilo. V pravni zgodovini so tako nastale pravice, saj na začetku zagotovo ni bilo norme, na katero bi se tožnik lahko skliceval.

Predstavljajmo si zdaj obratno situacijo, v kateri imamo najbolj prefinjen in dobro opremljen skupek pravic, določen v nekem materialnem in kompleksnem zakonu, hkrati pa nimamo foruma, pred katerim bi se lahko prizadeti, ki je prepričan, da mu je bila katera od teh pravic kršena, potegoval za svoj prav. Če take »pravice« nimajo foruma in postopka, pred katerim in s katerim jih lahko prizadeti uveljavlja, so brez vsakršnega pomena. Če se morda zdi primer nerealističen, naj opozorim na dejstvo, da so skoraj vse komunistične države imele pravice materialno »na papirju«, vendar pa forumi, pred katerimi bi jih njihovi naslovniki lahko uveljavljali, niso delovali, kot bi morali.<sup>43</sup> Zato v stvarnosti vladavina prava v teh državah najpogosteje ni zagotavljala varstva posamičnih upravičenj. To torej pomeni, da te pravice sploh niso obstajale, saj je pravzaprav vsaka pravica in ne samo »človekova pravica« odvisna od praktične možnosti njene uveljavitve pred sodiščem ali katerimkoli drugim forumom, ki bi iskreno odločal o upravičenju prizadetega in bi bil pripravljen odločiti, ali je posameznik resnično utrpel nepravilnost ali ne.

Če to, o čemer sem do zdaj razpravljal, drži, iz tega izhaja, da postopek brez materialnih pravic lahko obstaja, vendar materialne pravice brez postopka ne morejo obstajati.

## Pravičnost proti nepravilnosti

Z vidika dozdejšnje razprave o razmerju med prvotnim in procesnim ter zgodovinsko drugotnim in »materialnim«, si pogledjmo zdaj vprašanje pravičnosti v preprosti obliki in v procesnem kontekstu. Če bi se pojavil ugovor, češ da smo pravično od nepravilnega vedno razlikovali na podlagi izrecnih in v naprej podanih materialnih meril – celo filozofi, začenši z Aristotelom, so to vprašanje vedno tako obravnavali –, bi nanj odgovoril procesno in v tem smislu realistično.

Ustavno sodišče, ki se je pojavilo šele pred kratkim, je na primer začelo svojo lastno sodno prakso graditi iz povsem procesnih temeljev, saj ima na začetku svojega delovanja – vsaj z vidika materialnih meril – *tabulo*

<sup>42</sup> Mimogrede lahko obravnavamo situacijo, v kateri se Evropsko sodišče za človekove pravice znajde v mednarodnem krogu brez vsakršnih sredstev za zagotovitev izvršitve njegovih odločitev. Zato Sodišče ne more zaukazati tistega, za kar je malo verjetno, da bo spoštovano. Značilen primer za tako ravnanje je sodba v zadevi *Lautsi proti Italiji*. V sodbi senata je Sodišče ugotovilo kršitev zaradi razpela, ki visi v vsaki italijanski učilnici. Z ameriškega ustavnega vidika je taka odločitev povsem smiselna, še zlasti glede na sodno prakso ameriškega Vrhovnega sodišča. V konkretnem primeru je to odločilo, da je šlo za kršitev v primeru, v katerem so bile pred uradom župana nekega mesteca na severu zvezne države New York postavljene jaslice, glede na to, da so bile te plačane iz davkoplačevalskega denarja. V evropskem kontekstu pa prenos take sodne prakse z analogijo ni smiseln, zaradi česar je veliki senat prvotno odločitev v zadevi *Lautsi proti Italiji* spremenil. Sprememba odločitve je bila nedvomno povezana tudi z negativnim odzivom javnosti po vsej Evropi na prvotno sodbo, kar pomeni, da bi bilo malo verjetno, da bi sodbo v Italiji ali drugje sprejeli in jo tudi izvršili.

<sup>43</sup> Dober konkreten primer je že večkrat omenjena zadeva *Streletz, Krenz in Kessler proti Nemčiji*. V tem primeru so bile vse materialne določbe o umoru itd. »na papirju«, med drugim seveda tudi zaradi mednarodne javnosti. Kljub temu niti policija niti tožilstvo niti sodišča teh umorov nikoli niso štela za kaznive. Razlog za to je bil v dejstvu, da so bila komunistična sodišča prežeta z vplivom Komunistične partije in da so morali sodniki poleg prava upoštevati tudi oziroma predvsem partijska navodila.

*raso*. Pet let sem bil ustavni sodnik<sup>44</sup> in lahko iz izkušenj povem, kako je bilo delovati v situaciji, ko imaš pred seboj le skopo besedilo Ustave in nič drugega v smislu materialnih meril, ki bi bila odločilna za oblikovanje sodb, ki so šele pozneje postale precedenčne in zato take, ki so vodile odločanje ustavnih sodnikov v prihodnjih zadevah.<sup>45</sup> Ne dvomim v to, da vsa sodišča, še zlasti pa sodišča zadnje instance, delujejo po McDougalovi formuli, po kateri je doslednost s preteklo sodno prakso ali celo s pozitivnimi normami drugotnega pomena, hkrati pa so končni produkti tega razsodnega procesa, torej pisne sodbe, da bi pridobile dovolj legitimnosti, začinjene z najrazličnejšimi sklicevanji na take in drugačne avtoritete.

To še ne pomeni, da se sodniki polno zavedajo, kako pridejo do svojih odločitev. Ob tem se lahko spomnimo na irskega filozofa škofa Berkeleyja in na njegovo razlikovanje tega, kako pride do neke odločitve posameznik – odločevalec, in tega, kako jo *ex post facto* utemelji. Ko beremo sodbe Vrhovnega sodišča ZDA, kjer sodniki sami pišejo svoje sodbe, zlahka najdemo te poskuse *ex post facto* utemeljitve stališč, zavzetih v sodbi. Zato je zanimivo omeniti, da morajo sodniki Evropskega sodišča za človekove pravice ob svečani prisegi zapriseči, da nikoli ne bodo razkrili vsebine razprav na senatih, med katerimi nastaja končno besedilo sodb.<sup>46</sup> Ali to morda diši po arbitrarnosti?

Skrajni primer te »akustične ločitve« je najverjetneje Vrhovno sodišče ZDA. Kot merila pri sprejemanju odločitev upošteva raznorazne »politike«, razvjen pa kaže drugačno podobo. S tega vidika gre nedvomno za posebnost. Pa tudi to neskladnost lahko razumemo, če upoštevamo dejstvo, da je prav vsaka sodba, ki jo to sodišče razglasi, v praksi tako kot zakon zavezujoča ne le za zvezna sodišča, ampak tudi za vsa sodišča na ravni zveznih držav, če gre za katero od »temeljnih vprašanj« v skladu s 14. amandmajem k ustavi. Ob tem lahko dodamo, da se v razpravi, ali sodišča ustvarjajo ali zgolj odkrivajo pravo, ki v ZDA teče že od pamtveka, za izrazom »odkrivanje prava« samo skriva prava narava vloge sodišč.

Vrnimo se k *Lex Rhodia de iactu*, o čemer sem pisal v drugem nadaljevanju tega prispevka. Ali je pretor v tem primeru, s katerim je ustvaril nesmrten precedens, pravo »odkril« ali ga je ustvaril? Rekel bi, da ga je »odkril«, saj dejanski stan, kot mu je bil predstavljen, logično sploh ni omogočal drugačne rešitve, kot jo je pretor »samo odkril«. Odkrita rešitev problema je elegantna in »logična« v smislu, da je inteligentno rešil spor. Če bi bil namreč pravni formalist-pozitivist,

bi se konservativno držal nekega precedensa ali norme in bi obe stranki v sporu odpravil z mehničnim sklicevanjem na obstoječo normo ali precedens. O čem pravzaprav govorimo, ko vztrajamo na tem, da je pretor pravo »odkril«, kar je nekako z danim dejanskim stanom že logično obseženo?

Ob tem je treba omeniti vplivno razpravo angleškega filozofa Barryja Strouda, ki obravnava to, čemur sam pravi »logična nujnost«.<sup>47</sup> Kot analitični filozof je Stroud trdil – kar je nadalje zanimivo tudi z vidika dokaznega prava –, da obstajajo situacije (pri tem ne omenja konkretno pravnega postopka), v katerih lahko posameznik svojega nasprotnika »logično prisili«, da prizna, da je njegovo stališče nevzdržno. Ob tem je treba opozoriti na dejstvo, da »logična prisila« v adversarnem postopku pripelje do pravičnosti, če je rešitev spora predvsem logična. *Lex Rhodia de iactu* je bila v tem smislu predvsem logična rešitev in, kot bi dejal Gottfried Leibniz, je imela celo matematično podlago. Za nas so ključne njene pravne implikacije.

Vsako prerekanje v življenju in pravu je na nek način vsaj zatrjevana – in osebno apercipirana – nelogičnost, ki jo prizadeti posameznik ali tožnik zatrjuje kot »nepravičnost«, ki naj jo logično reši tretja stran. Pravičnost je zelo težko opredeliti in vsi poskusi njenega definiranja se končajo s tako ali drugačno metafizično konotacijo.<sup>48</sup>

V nasprotju s pravičnostjo pa je razmeroma preprosto v vsakem posameznem konkretnem primeru razumeti, kaj je nepravičnost. Ne bomo pretiravali, če bomo rekli, da bo vsak prizadeti posameznik in tako potencialni tožnik v vsakem posamičnem primeru o nepravičnosti, ki se mu je zgodila, govoril kot o nečem nelogičnem, celo nesmiselnem. Vzemimo preprost primer tatvine, v katerem bo žrtev zelo očitno trdila, da odtujitev stvari od nje po eni strani krši normo kazenskega prava, po drugi strani pa se bo celo v tako preprosti situaciji prizadeti posameznik počutil, kot da je žrtev nečesa večjega, ne le kršitve neke pozitivne norme. Nelogičnost se torej zaznava kot kršitev temeljne vrednote, ker nekdo drug ni spoštoval svetosti zasebne lastnine. Iz tega logično sledi, da se nelogičnost, o kateri govorimo, nanaša na konflikt med ponotranjerno družbeno vrednoto in dejstvi, ki kažejo na kršitev te vrednote.

## Univerzalnost človekovih pravic?

Kot sem pojasnil že drugje,<sup>49</sup> »univerzalnost človekovih pravic« ne more obstajati na način, kot ga

<sup>44</sup> Na Ustavnem sodišču RS sem bil sodnik med letoma 1993 in 1998, torej preden sem prišel v Strasbourg. Morda se sliši presenetljivo, vendar se v takratnem sodišču, ki je imelo močno sestavo, vprašanje pravnega vakuuma nikoli ni pojavilo. Med razpravami se je občasno omenjalo »hermenevtično piramido«, vendar se ne spomnim niti enega samega primera, v katerem bi se sodniki zavedali pravnega vakuuma, v katerem naj bi odločali o konkretnih primerih, kaj šele, da bi se z njim ukvarjali. Seveda smo se nenehno sklicevali na Ustavo, predvsem v smislu resničnega namena njenih določb, vendar komentar Ustave, ki je bil objavljen šele pred kakim desetletjem, jasno kaže, da so bile vse pravne luknje brez vsakršnih težav zapolnjene že v nekaj letih.

<sup>45</sup> Presenetljivo tak začetek s *tabulo raso* v smislu pomanjkanja materialnih meril ni prav nič dramatičnega. Konkretni spori, ki jih obravnava novo sodišče, imajo nekako dovolj notranje logike, ki sodnikom omogoči, da najdejo pravično rešitev. Lahko bi naredili celo korak naprej in trdili, da sodna praksa, ki naj bi bila zavezujoča za naslednje generacije sodnikov v smislu *stare decisis*, pri odločanju v konkretnih zadevah ni na prvem mestu. Pred mnogimi leti, pisalo se je leto 1976, ko sem začel predavati v New Yorku, sem s profesorjem z Univerze Yale Myersom McDougalom med kosilom razpravljal o podobnih vprašanjih. Med drugim mi je odvrnil: »Dober pravnik bo vedno našel kljuko, na katero bo lahko obesil svoj klobuk!«

<sup>46</sup> Glej Dan Cohen, Meir, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 Harvard Law Review 625–627 (1984). Glej tudi izvrsten članek Luban, David, *The Publicity Principle*, v: *The Theory of Institutional Design*, Robert E. Goodin (ur.), Cambridge University Press, 1998, str. 154–198, prosto dostopen na <<https://www.law.upenn.edu/institutes/cepl/conferences/ethicsofsecrecy/papers/reading/Luban.pdf>> (16. 11. 2012).

<sup>47</sup> Stroud, Barry, *Wittgenstein and Logical Necessity*, v: *Meaning, Understanding and Practice*, Oxford University Press, 2000, str. 1–17.

<sup>48</sup> To vprašanje bomo obravnavali pozneje s sklicevanjem na pojem *spoudaios*, kot se pojavlja v Aristotelovih in pozneje v Plotinovih delih. Podobno omenjanje osebnih temeljev pravičnosti najdemo v taoistični filozofiji.

<sup>49</sup> *On Universality of Human Rights*, predavanje na Ustavnem sodišču Turčije, 22. september 2006, <[www.anayasa.gov.tr/files/others/kitap/zupancic.doc](http://www.anayasa.gov.tr/files/others/kitap/zupancic.doc)>.

zagovarja Thomas M. Frank z Univerze v New Yorku.<sup>50</sup> On se zavzema za materialni pogled na minimalne moralne standarde, iz katerih naj se globalno napolni vsebina človekovih pravic.

Tak materialni pogled neizbežno postane ideološko stališče, ki poleg vsega ne more biti koherentno, saj različne kulture različno gledajo – oziroma imajo različne hierarhične lestvice vrednot – na bistvo dostojanstva človekovega obstoja. Po drugi strani pa menim, da je **dostop do foruma** za razsojanje o sporih bistveni element človekovih pravic, drugi element pa mora biti logika, po kateri se spor rešuje. Če iz tega izhaja, da je nepravilnost enakovredna nečemu nelogičnemu in pravičnost logični rešitvi te nelogičnosti, kar je logika pravnega sredstva, potem zagovarjam prav to stališče. Hkrati menim, da je materialna univerzalnost človekovih ali katerihkoli drugih pravic ideološko stališče, ki ga je zelo težko obraniti. Po drugi strani pa je precej preprosto zagovarjati, da je dva in dva štiri na Kitajskem ali kjerkoli drugje na našem planetu.

S procesnega vidika je prav tako pomembno upoštevati, da gre pri vsaki taki situaciji nujno za trikotnik iz preprostega razloga, ker logična prisila Barryja Strouda sama po sebi pravzaprav ni dovolj, da se nasprotnika prepriča v priznanje, da nima prav. V nasprotju s tem pa je to lahko dovolj za matematiko ali katero drugo znanost, saj čista logika ali empirično preverljiva stvarnost govorita sami zase, ker je dejstvo, da – vsaj v znanosti – obravnavamo ponavljajoče se dogodke, katerih pripadajočo resnico, na primer o neki znanstveni zakonitosti, je mogoče vedno znova pokazati in dokazati.

V nasprotju s tem pa imamo v pravu opraviti z enkratnim historičnim dogodkom, v smislu, da ga je nemogoče ponoviti. Zato je v pravu vse toliko bolj odvisno od čisto logične prisile, kot jo zaznava tretja oseba v tem trikotniku – sodnik. Natanko toliko, kolikor je Stroudova logična prisila nezadostna sama po sebi, da bi prepričala stran, ki zagovarja nelogično, torej nepravilno stališče, mora biti tej tretji osebi podeljena moč, s katero lahko poskrbi za izvršitev njene rabsodbe.

Kot sem že pojasnil drugje, mora moč logike prevladati nad logiko moči. Če bi bila logična prisila v kateremkoli medosebnem sporu že sama po sebi dovolj prepričljiva – kot si bomo pogledali v nadaljevanju –, bi bila izvršitev rabsodbe s strani tretjega, ki je v tem primeru država kot nosilka monopola nad uporabo sile, povsem nepotrebna. Žal je že od nekdaj obstajalo toliko sporov, v katerih stranki ne bi bili tako zlahka prepričani, da je postala prisilna izvršitev »moči logike« neizogibna.

Evropsko sodišče za človekove pravice je od leta 1998 obravnavalo že veliko zadev, ki so zadevale nerazumno dolge zastoje v nacionalnih pravosodnih sistemih.

Začenši z italijanskimi primeri in pozneje z zdaj že znamenito pilotno sodbo v zadevi *Lukenda*, ki se je nanašala na številne zastoje v slovenskem pravem sistemu, se je moralo Evropsko sodišče za človekove pravice soočiti s problemom motenj v delovanju oziroma z okrnjenim delovanjem domačih sodstev.

Pri takih zastojih pri reševanju sporov pa ne gre samo za disfunkcijo, ampak gre za prava preddverja anarhije.

V sistemu, v katerem do pravice ni mogoče priti hitro in v katerem se reševanje zadev zavleče na več kot desetletje, prizadeta oseba – čeprav potrpežljivo čaka na pravico – vsaj za to vmesno obdobje dejansko postane žrtev nasprotne strani v sporu. Ta druga stran, ki se je z nezakonitim ravnanjem okoristila, se bo dejstva, da sistem ne deluje, seveda veselila. V posamičnem primeru velja, da je odlašana pravica zanikana pravica.

Če ta disfunkcionalnost postane vsesplošna, se začnemo soočiti s precej nevarnejšo situacijo, v kateri se bodo prizadeti posamezniki začeli zatekati k svojim lastnim sredstvom, saj bodo začeli uporabljati fizično silo, da dobijo oziroma dosežejo to, kar se jim zdi na njihov način pravično. Temu, vsaj v kazenskem pravu, strokovno pravimo samopomoč. Pomembno se je zavedati, da vladarjev mir, o katerem sem razpravljaval v drugem nadaljevanju tega prispevka, ni zadosten za odstranitev vseh sporov v neki družbi. Država lahko monopolizira vso uporabo sile, vendar še vedno ostane veliko očitnih razlogov, zakaj iz vsakodnevnega življenja vznikajo nove konfliktna situacije vseh vrst, ki jih je treba tako ali drugače v že omenjenem smislu logično rešiti in rešitve dosledno izvrševati. Če tega ne počnemo, dobimo vojno vsakogar proti vsem, torej anarhijo.<sup>51</sup>

## Skupne vrednote

Tukaj se bomo dotaknili vprašanja skupnih vrednot, saj resnično skupne vrednote predstavljajo osnovno logično premiso, na podlagi katere se je sporom mogoče izogniti, še preden se sploh razvijejo v formalni procesni kontekst. V že omenjenem primeru *Lex Rhodia de iactu* si lahko predstavljamo možnost, v kateri lastniki tovora, ki ni bil žrtvovan in bil odvržen čez krov ladje, spontano spoznajo, da ne bi bilo logično, če ne bi krili svojega deleža odškodnine. Rekli bi: »Resnično ne bi bilo pravično, če bi samo vi nosili breme, ki ga je naložila nevihta! Tudi mi moramo kriti delež izgube in prosim računajte na to, da smo pripravljeni kriti sorazmerno odškodnino.«

Za tako pošten odziv mora biti oseba, ki izreče te besede, spodobna v smislu, da »deli temeljne vrednote« preproste in logične človeške pozornosti. V smislu logike bi ta skupna vrednota spodobnosti in medosebne omikanosti potem postala premisa, na podlagi katere bi se obe strani precej preprosto sporazumeli o tem, kar je enostavno logično.

<sup>50</sup> Glej Frank, Thomas M., *Are Human Rights Universal?*, v: 80 Foreign Affairs 1 (januar/februar 2001), str. 191–294.

<sup>51</sup> To je seveda uporabniku prijazna predstavitev problema. Če vladavina prava ne bi zagotavljala pričakovanega varstva, bi na primer tuji vlagatelji oklevali pri svojih odločitvah o investiranju v državo, v kateri se ne morejo zanašati na sodišča, da bodo ta poskrbela za hitro in logično rešitev spora, do katerega bi prišlo med njihovim poslovanjem v tej državi.

Če bi se to zgodilo, ne bi bilo potrebe po pravnem postopku. Iz socio-psihološke predstave o »skupnih vrednotah« tako dobimo zanimivo razlago, zakaj v razviti družbi s ponotranjenimi moralnimi normami – v nasprotju s sodobno pravdarsko družbo – do večine sporov sploh ne bo prišlo. Poleg tega je pomembno razumeti, da pravo kot družbeni pojav v taki družbi potem obravnava pravzaprav droben skupek potencialnih družbenih sporov.

Do večine drugih sporov ne pride prav zato, ker si ljudje delijo skupne vrednote (kolikor si jih delijo) o tem, kaj je spodobno, iskreno, pravilno, pošteno itd. Iz tega pa se napajajo temeljne logične premise, na podlagi katerih se lahko spontano dogovorijo o rešitvi težave, če do nje pride.

V ostrem nasprotju s tem imamo sodobno narcisistično (kot bi jo opisal Christopher Lash) in pravdarsko družbo, v kateri človeška spodobnost in iskrenost ne moreta več preprečevati množičnega pojava raznovrstnih sporov, ki bi jih bilo mogoče odkrito in preprosto rešiti v civiliziranem medosebnem kontekstu.

Množičen pripad večinoma nepomembnih zadev, ki oblega Evropsko sodišče za človekove pravice je dokaz tako za široko razširjeno pomanjkanje verodostojnosti pravosodij posameznih držav pogodbenic kot tudi za predhodno odsotnost skupnih vrednot v teh pravnih kulturah. Število zadev na 100.000 prebivalcev iz posamezne države je vsaj približen statistični pokazatelj stopnje anomalije v tej državi.

V luči do zdaj pojasnjene so človekove pravice procesni varnostni ventil oziroma procesni kanal do sodne oblasti, ki naj bi bila na mednarodni ravni zmožna rešiti tisto, česar ni bilo mogoče rešiti doma. Zato je v tem kontekstu iskanje »bistva« človekovih pravic utvara, saj so tukaj človekove pravice praktično in mednarodno prav vse tisto, o čemer ni bilo mogoče pravilno razsoditi na nacionalni ravni.

## Pomen skupnih temeljnih vrednot v družbi

Pomen vrednot, ki jih imajo posamezniki v neki družbi, je na splošno podcenjeno vprašanje. Videti je, da pravni teoretiki in celo teoretiki družbenih ved ne cenijo razmeroma preprostega sociološkega dejstva, da formalni pravni postopki niso nič drugega kot nadomestek za neformalen, vendar temeljen dogovor in vzajemno razumevanje med ljudmi. Gre za nekaj, kar so zelo dobro razumeli celo v stari taoistični filozofiji. V eni od najverjetneje najstarejših zapisanih stvaritev človeškega duha, v I Čingju, uživa harmonija v medosebnih odnosih osrednje mesto v tej Knjigi sprememb in modrosti. Harmonija se v tem

primeru nanaša na omenjeno dogovarjanje in razumevanje tega, kaj je prav, dostojno, družbeno sprejemljivo itd. Kot sem že pojasnil, soglasje o tem, kaj je prav, dostojno in družbeno sprejemljivo, očitno pomeni, da bo prevladala taoistična »harmonija« in ne njeno nasprotje. Kaj to pomeni?

Več kot je nerešenih razhajanj v neki družbi, manj stabilen je družbeni kontekst, v katerem se ti spori pojavljajo. Monopolizacija fizične sile s strani države, čemur smo rekli vladarjev mir, bi preprečila Hobbesovo vojno vsakega proti vsem, kar je prvi korak k pomiritvi. Ko država vsili moč, s tem v družbo uvede temeljna pravila in red, torej prepreči anarhijo. Kljub temu nikakor ni očitno, da taka pomiritev, ki hkrati velja tudi kot vojno dejanje, kakorkoli pripomore k pristni rešitvi temeljnih nesporazumov med ljudmi. Tako je torej jasno, kot sem že pojasnil, da mora vladar takoj po vzpostavitvi nadzora nad močjo v družbi brez odlašanja vpeljati mehanizem, s katerim se bodo porajajoči spori med ljudmi in različnimi skupinami v družbi sproti – in seveda tudi z vso legitimnostjo – reševali.

Tej družbeni storitvi pravimo sodstvo. Bolj kot je resnično veja oblasti, večja verjetnost je, da bo pri opravljanju svoje funkcije učinkovito. V tem smislu je zanimivo ugotoviti, da vsilitev vladarjevega miru temelji na logiki moči, funkcija sodne veje oblasti pa nekoliko paradoksnost na podlagi moči logike. Eden od vidikov te tako imenovane »pravičnosti« je njena potreba po avtoritativni legitimnosti, sej le to lahko prispeva k integraciji temeljnih vrednot vpletenih ljudi.

V sociologiji temu procesu krepite skupnih vrednot pravimo normativna integracija. Pojem obsega razlikovanje med takimi normami, ki so razglašene z Zakonom, in vrednotami, ki so jih ljudje ponotranjili. V idealnem primeru naj bi pravni postopki v neki družbi odločujoče vplivali na ponotranjenje ali pa naj bi vsaj povečali vrednost tega, kar formalno deklarirane norme opredeljujejo kot družbeno sprejemljivo.

Pogoji, ki omogočijo, da se to zgodi, so zapleteno sociološko vprašanje. Eden od vidikov oziroma predpogojev za ponotranjenje formalno deklariranih norm je zagotovo neskladnost med vrsto vrednot, ki so v družbi dejansko skupne, in vrsto vrednot, ki so s pravnimi normami formalno deklarirane. Ob tem je treba omeniti tudi razlikovanje, na katerega je opozoril Lon L. Fuller in pri katerem gre za razliko med moralno dolžnosti in moralno aspiracij. Gre za to, da lahko glede dolžnosti najnižji skupni imenovalc določi Zakon, ne more pa zahtevati tega, kar je onkraj dogovorjenega najnižjega skupnega imenovalca. Moralnost dolžnosti se nanaša na minimalne moralne standarde, ki jih je treba v kateremkoli družbenem kontekstu jemati resno. Zato se jih tudi uveljavlja, njihove kršitve pa sankcionira.