



Sandi Kodrič,
mag. znanosti,
odgovorni urednik
Pravne prakse

Pravnik, filozof in esejist Boštjan M. Zupančič je iz prava diplomiral leta 1970 v Ljubljani, magistriral leta 1973 na Harvardu in tam tudi doktoriral leta 1981 iz pravne filozofije in kazenskega prava. Bil je profesor na PF ljubljanske univerze in na več ameriških univerzah. V letih 1993–1998 je bil sodnik Ustavnega sodišča Republike Slovenije, od 1998 do 2016 pa sodnik na Evropskem sodišču za človekove pravice v Strasbourg.

Intervju – prof. dr. Boštjan M. Zupančič

Odkrito o delovanju ESČP in stanju sodstva na sploh

¹ Ur. l. RS, št. 73/07 – UPB in nasl.

² <<https://ecij.org/geopolitics/echr/about-the-echr-full-interview-with-boštjan-m-zupancic?lng=en>>.

- **Za uvod, kako bi na kratko opisali svojo novo knjigo O evropskem sodišču za človekove pravice: kritična retrospektiva (1998–2019), ki je nedavno izšla pri GV Založbi?**

Bom določen. Pred kratkim sem imel zanimivo zadevo tu v Sloveniji. Dve sodnici na okrožnem sodišču sta v istem historičnem dogodku – ker je vsaj ena od obeh zagrešila težko logično napako v prosti presoji dokazov (271. člen ZPP)¹ – sprejeli diametralno nasprotni odločbi v škodo oz. v korist enega od obeh tožnikov. Boljšega dokaza, da se je pri presoji dokazov zalomilo, pač ne more biti. A zadeva je plezala po slovenskih instancah do ustavnega sodišča. Nobeno od teh sodišč napake kljub »očikolnosti« problema ni rešilo. Na višjih instancah (Vrhovno sodišče in Ustavno sodišče) so se vprašanja znebili, češ da gre za »dejstva«, in ne za »pravo«. V izvoru tega nonsensa je kartezijanska delitev na abstraktno in konkretno. Problem sem zaznal že med svojim službovanjem na ustavnem sodišču (1993–1998); ustava namreč tako opredeljuje njegove pristojnosti. Zakaj je to nesmisel? Zato ker pravnorelevantnih »dejstev« ni brez norme oz. pravne kvalifikacije, ki je ena od tisočev možnih kombinacij; te določujejo zgornjo premiso sodniškega silogizma. In obratno, te zgornje premise ni brez selektivne percepcije dejstev, pač izhajajoč iz izbrane pravne kvalifikacije. Tu gre za t. i. antinomijo, ker naj bi bile abstraktne norme različne od konkretnih dejstev in obratno, konkretna dejstva različna od abstraktne norme. Toda dejstva ne morejo biti pravnorelevantna brez norme (pravne kvalifikacije). Norme ne morejo biti rabne (aplikabilne) brez selektivne percepcije dejstev. V praksi se to najlepše pokaže pri zmedbi o tem, kaj je to, za potrebe *ne bis in idem* (*double jeopardy*), »isti historični dogodek«. V zadevi *Zolotukhin proti Rusiji* je ESČP pogrnilo na celi črti. V pingpongu med normami (pravnimi kvalifikacijami) in dejstvi se pač na koncu ne ve, kaj je kura in kaj je jajce. Norme generirajo relevantna dejstva? Dejstva generirajo relevantne norme?

Slovenska sodišča tega ne razumejo. Mehanično vztrajajo pri zavračanju zadev, češ da gre za konkretna »dejstva«, in ne za abstraktno »pravo«. V gornji zadevi sta se tako Vrhovno kot Ustavno sodišče znebili zadeve tudi zato, ker za dokazno pravo še nikoli nista slišali. Absurdni logični zdrsi padejo v sobesedilo dokaznega

procesnega prava, slednje pa definitivno v kontekst *fair trial* (t. i. poštenega sojenja, kar ni isto). Pri nas in iz istega razloga tudi na ESČP problem obravnavajo kot arbitrarnost (*l'arbitraire*), kar je povsem nedoločna kategorija. Velik del knjige je posvečen dešifriranju podobnih problemov, značilnih za kontinentalno pravo, ki tu že stoletja – po Montesquieuju itd. – caplja na mestu.

- **To zveni dokaj filozofsko. Bo vaše delo imelo praktično uporabno vrednost za sodnike, odvetnike, tožilce itd.?**

A seveda bo imelo ... Samo to je odvisno od njihove resnosti in seveda od njihovega IQ-ja. V Franciji, kjer je bila knjiga najprej objavljena, je že močno odjeknila. Predstavitev knjige na YouTubeu je imela 53.000 ogledov. Nekomu se je tudi posvetilo, da je delo tempirana pravna bomba. Izdelala sva obširen intervju,² ki bo zdaj objavljen celo v Le Figaroju. Angleška in italijanska izdaja sta šele dobro izšli. Mimogrede, pavšalna delitev na »teorijo in prakso«, češ da sta preveč različni ena od druge, je samo dokaz, da praktiki teorije ne razumejo, je ne znajo uporabiti.

- **V knjigi je tudi poglavje o »občutku za pravičnost« ...**

Po 21 letih službovanja na obeh sodiščih zadnje instance nekomu *a priori* ni nič bolj jasno, kaj je to občutek za pravičnost. Mu pa postane očitno, kako pravni formalizem – tudi zgoraj opisani – kolidira s pravičnostjo. Zdaj, ko sem neodvisni pravni svétnik, mi je to očitno z zoperstavljenega zornega kota. A to je vedno tako. Kot je rekel Tolstoj v Ani Karenini:

»Vse družine, ki so srečne, so srečne na isti način. In vse, ki so nesrečne, so nesrečne na tisoč različnih načinov.«

Tudi v medicini je podobno. Zdravja niti WHO (Svetovna zdravstvena organizacija v Ženevi) pravzaprav ni zmožna definirati. Opredeljenih bolezni pa je danes preko 40.000. Za kaj gre? Krivico prepoznamo, pravičnosti pa nismo sposobni opredeliti? Piaget in Kohlberg s Harvarda sta občutek za pravičnost poenčila s subjektivno avtonomnostjo osebnosti. V pravu se to imenuje »avtonomna pravna presoja« (*autonomous legal reasoning*), ali, če hočete, s kognitivno sposobnostjo in z moralno pokončnostjo sodnika, kar celo terja tudi Evropska konvencija. Le da nihče ne ve, kaj naj bi to pomenilo.

Grški *spoudaios* in kitajski *ženren* sta starodavna pojma. Gornjo pokončnost opredeljujeta ne filozofsko, marveč metafizično. Zenbudizem opredeljuje to kot *satori*, kitajsko *pinjin* oz. *wú*. Za Krišnamurtija tega ni mogoče ne ubesediti ne razložiti: vprašanje, pravi, ki ga ni mogoče postaviti ... Tudi Kohlberg na koncu nad tem obupa. Je pa v pravni praksi očitno, koliko tega občutka nekdo nima. Očitno so moja *a priori* nezadostna pojasnila o tem vendarle zanimiva; pravkar so poglavje prevedli v ukrajinskem Lvovu. Je pa IQ sodnika potreben pogoj. Na ESČP se je zgodilo naslednje. Neka sicer sijajna anglosaška sodnica, ki je bila prej profesorica filozofije, je po sejah prihajala v moj kabinet do konca zgrožena nad tem, kar se je bilo dogajalo pri deliberacijah. Dvakrat sem jo vprašal, v čem je po njenem mnenju problem. Obakrat mi je odgovorila: »Če so pa tako bebavi ...«

na katero lahko projicirajo čisto vse, kar jim pade na pamet. Pred nekaj meseci so pri predsedniku Pahorju organizirali debato na temo svobode izražanja. Mene kot edino kompetentnega seveda niso povabili; bi jim pokvaril amatersko preigravanje.

Onstran tega so zlasti na Zahodu iz človekovih pravic napravili ideologijo, nekateri trdijo, da religijo, s katero manipulirajo vpreženi masovni mediji.

To ima svoj ulteriorni namen, kar se vidi pri Marakeškem paktu,³ ki je sicer *soft law*, a kjer bodo zdaj iz migracij poskusili napraviti »človekovo pravico«. Namen je s sklicevanjem na »človekove pravice« uničiti moralno in pravno suverenost evropskih narodov. To je Soroseva agenda. Čista subverzija, manipulacija. Nekaj podobne-



³ <<https://undocs.org/A/CONF.231/3>>.

⁴ Poročilo je v celoti dostopno tukaj: <<https://static.eclj.org/pdf/ECLJ+Report%2C+NGOs+and+the+Judges+of+the+ECHR%2C+2009+-+2019%2C+February+2020.pdf?>>>.

⁵ Med drugimi je omenjen tudi albanski sodnik Darian Pavli, ki je, denimo, podal ločeno mnenje v nedavni zadevi *Hudorovič in drugi proti Sloveniji*.

- **V knjigi zavzamete stališče, da človekovih pravic ni možno opredeliti. In vendar se vsi ves čas sklicujejo na človekove pravice. Kako si to razlagate?**

Takole pavšalno bi seveda lahko rekli, da so človekove pravice pač tisto, kar piše v Konvenciji – od svobode izražanja do pravice do življenja. Konvencija skupaj z vsemi Protokoli ima nekako 11.000 besed. Država pristopnica prebere Konvencijo, jo podpiše in ratificira – pogosto v naivni veri, da ve, kaj je podpisala. To kajpak ni res. Ko jo je bila podpisala, je ratificirala dobesedno na stotine precedensov ESČP, *prvič*, in *drugič* se je s *carte blanche* podredila prihodnji pristojnosti Sodišča. Država torej sploh ne ve, kaj je ratificirala. Razlog za to je, da je »človekova pravica« pač vse, o čemer se ESČP postopi soditi – celo če oktroira človekove pravice podjetju, korporaciji kot v zadevi *Comingersoll proti Portugalski*. Ker se torej *a priori* ne ve, kaj so človekove pravice, to zelo koristi vsem, ki ta pojem po svoje interpretirajo, jaz bi rekel, da ga zlorablajo. Npr. razne (tudi) od Sorosa financirane organizacije kot pri nas npr. Mirovni inštitut in drugi. Človekove pravice so kot belo platno,

ga se je *in cameo* pokazalo pri potencialno zanimivi zadevi, kakršna je bila *Blokhin proti Rusiji*, kjer je šlo za vprašanje mladoletnikovega statusa, kot smo to na US dobro presodili v zadevi Ljuba Sirca, še preden sem odšel v Strasbourg. Po drugi strani ESČP ni sposoben oz. zmožen ugrizniti npr. v prej omenjeno dokazno-procesno vprašanje in v pravico do življenja.

- **Ko ste ravno omenili Sorosa, vas je kaj presenetilo nedavno poročilo,⁴ ki pravi, da je na ESČP službovalo veliko sodnikov, ki so bili tako ali drugače neposredno povezani s Sorosevimi organizacijami?**

Ta informacija izvira iz alarmantnega poročila, ki ga je februarja 2020 po večmesečnem raziskovanju objavil European Center for Law and Justice (ECLJ), katerega član sem, iz Strassbourga. Najmanj 22 sodnikov, ki so službovali na ESČP med letoma 2009 in 2019, je (bilo) tesno povezanih s sedmimi NVO, ki so (bile) pred Sodiščem izredno aktivne. 12 sodnikov je tesno povezanih s Sorosevo Open Society Foundation, sedem s Helsinškim komitejem itd.⁵ Pri tem Soroseva Open Society Foundaton financira ostalih šest nevladnih organizacij,

ki jih omenja Poročilo. Poročilo je bilo predloženo Sodišču, ki pa se nanj ni odzvalo. Zdaj je bilo preposlano predsedniku Parlamentarne skupščine Sveta Evrope.

Poročilo ECLJ je, če se milo izrazim, zaprepaščajoče.

Toliko in toliko sodb ESČP, pri katerih so sodelovali suspektni sodniki in sodnice, bi – po lastni doktrini ESČP o nepristranskosti – moralo biti razveljavljenih. Postavljajo mi vprašanje, kaj se tu da narediti. ECLJ v Poročilu predlaga svoje ukrepe, a jasno je, da je situacija globoko zavožena.

- **Imate praktičen nasvet za potencialne pritožnike na ESČP?**

Imam. Procesnopravno velja – poleg tega da morajo biti izčrpana vsa pravna sredstva vključno z US –, da je treba vsaj na zadnjih instancah plasirati argumente, ki jih nameravate uveljavljati na ESČP. Pravzaprav je tudi na US edini argument, mimo katerega ne morejo, precedens z ESČP. Rok po odločbi US je šest mesecev in maksimalno število znakov v obrazcu je 20.000. Toda Pravilnik sodišča (*Rules of Court*) dopušča še 20 strani dodatnega memoranduma. Odvetniki za koncipiranje tega pravnega mnenja pogosto pridejo k meni, ker ga je treba vložiti v enem od obeh (najbolje v obeh) uradnih jezikih, ki sta francoščina in angleščina. Če tega ne storite, ste na Sodišču na milost in na nemilost prepuščeni slovenskemu oddelku. Materialnopravno je omenjeno mnenje (memorandum) tisto, kjer vsaj jaz odpiram vprašanja, ki bi za Sodišče morala biti zanimiva. To ne more biti odvisno od triažnih pravnih »sester« na oddelku, priti morate do pravega »doktorja«. Je pa žal res, da teh vprašanj, če z judikaturu ESČP niste seznanjeni, skoraj ne morete odpirati. Če ste »zanimivi«, kot je temu včasih rekal sodnik dr. Janez Šinkovec na US, če je v memorandumu nekaj njegove »soli«, potem bi moralo biti bolj verjetno, da bodo zadevo sprejeli. Je pa precej odvisno prav od Oddelka in nacionalnega sodnika. Pri zadevah, ki sem jih pisal sam, bi rekel, da je z zanimivi argumenti lažje uspeti glede drugih držav, na drugih Oddelkih in pri drugih nacionalnih sodnikih.

- **Lahko primerjate kakovost »današnjih« sodb ESČP s tistimi iz prvega obdobja?**

Kakovost sodb se slabša, kar v največji meri pripisujem upadu kvalitete sodnikov. V začetni fazi delovanja so bili tam veliki sodniški kalibri. Takrat je bila kvaliteta vsake izdane sodbe na tapeti kot prvorazredna tema. Najbrž bi tedanja raven tudi ostala, če bi imeli takratni sodniki doživljenjski mandat. Takrat sodišče še ni bilo kontaminirano s Sorosevo metodo »*strategic litigation*«, ko prek svojih ljudi v odločanje sodišču potiska teme, ki so v subverzivnem interesu njegove t. i. »odprte družbe«.⁶

Zdaj se sodniki menjajo na devet let, kar je premalo. Leto ali dve traja, da novi sodnik spozna delovanje sistema, in kmalu je mandata konec. Jaz sem bil tam 18 let in na koncu nisem več vedel, kdo je kdo. Vendarle jih je 47. Menjavajo se kot v hotelu: *check-in, check-out*.

Velik vpliv na končne izdelke imajo pravniki sekretariata. Na sejo malega senata pride že koncept (*draft*) sodbe, spisa pa sodniki sploh ne vidijo. Za učinkovitost to sicer ni slabo. Šele če zadeva pride na veliki senat, se sodnikom razmnožijo vsi materiali, kot je to pri nas običaj na Ustavnem sodišču. Pričakuje se, da sodnik preuči vse gradivo pred sejo ...

- **Kako danes gledate na svoje profesorsko obdobje in na službovanje na US RS in ESČP?**

V retrospektivi bi rekel, da od pravnega študija v Sloveniji in na Harvardu nisem imel kaj dosti. Mi tudi ni ostalo v spominu. Tisto, kar mi je najbolj koristilo, je bilo rimsko pravo – seveda pri profesorju Viktorju Korošču in njegovem učbeniku – ter politična ekonomija pri sijajnem profesorju Aleksandru Bajtu. Muka je bila, ko sem na Harvardu začel pisati disertacijo, pri čemer sem sicer uničil par starih pisalnih strojev. Takrat so bila merila še jasna in stroga. Če nisi prodril vsaj z eno izvirno idejo, doktorata ni bilo. A iz petne žile potegniti idejo, to ni mogoče. Obzorje se mi je odprlo, ko sem začel predavati v New Yorku, zlasti ker to niso bila predavanja, marveč sokratični dialog, ki na strani profesorja terja tako adrenalin kot stoodstotno osredotočenost, koncentracijo. Večkrat se mi je na primer zgodilo, da sem šel v predavalnico virozen, ven pa sem prišel zdrav: to je ta neverjetni pozitivni stres. Takrat so se mi pričeli obrestovati predhodni študiji in pod tem stresom so prišle tudi ideje, nekako tri, kar je za disertacijo zadostovalo. To so bila najsrečnejša leta mojega profesionalnega življenja. V predavalnici sem bil kot riba v vodi in pri študentskih ocenah sem bil vedno najboljši. V tem pogledu bi mi moralo biti žal, da sem se vrnil v Evropo, a žal je v vsem ostalem, razen pri organizaciji dela, Amerika globoko plitva.

Ko sem začel predavati na ljubljanski pravni fakulteti, tega dialoga praktično ni bilo. Za ta namen smo sestavili *case-book* »Ustavno kazensko procesno pravo« (UKPP),⁷ a sem že po par poskusih ugotovil, da je ta materija za naše študente prezahtevna. Uvedel sem sprejemni izpit in par let je bilo bolje, a potem so izpit odpravili in raven je danes tam, kjer je.

Službovanje v prvi ekipi na US je bilo muka, od katere sem si živce v Strasbourg odpočival dve leti. V začetku je bilo na ESČP zanimivo, ker je bilo med sodniki nekaj velikih kalibrov, kasneje je bilo službovanje depresivna tlaka. Tolažil sem se s tem, da sem pisal na desetine ločenih mnenj. Moj bivši dekan s Harvarda, ki je sedaj v Hongkongu, in drugi so jim sledili, a na ESČP so nekatera imela vpliv, a nekatera tudi ne. V knjigi to obelodanam. Zaradi porasta mediokritete je bilo na koncu službovanje v Strasbourg mučno, povratak v Slovenijo je bil oddahnenje. Kot sem že omenil, delujem zdaj kot »*independent legal consultant*« (neodvisni pravni svetovalec), vsaj polovično za tujino. Trenutno sem ekspert libanonske vlade, imam primere iz Evropskega parlamenta, iz Italije, iz bivše Jugoslavije, iz Nizozemske itd.

Predavam, če me kam povabijo, a s Pravno fakulteto v Ljubljani nočem imeti nič. Odklonil sem tudi profesuro na Katoliškem inštitutu, bolje prva zamera kot zadnja. Ključno bi na koncu bilo vprašanje, ali mi je žal, ker sem bil vse življenje, razen v ZDA, v slabi družbi, da sem sploh šel študirat pravo. Odgovor je subjektivno da in objektivno ne. Funkcija abstraktnega mišljenja je pri meni primarna, to je objektivno. A tisto, kar vas subjektivno zanima, v tistem nikoli ne boste res dobri.

- **Zdaj ko je brexit izvršeno dejstvo, kako resno jemljete napovedi vladajočih britanskih konservativcev, od Therese May do Borisa Johnsona, da bo Združeno kraljestvo izstopilo iz Sveta Evrope (ker k članstvu ni več zavezano zaradi Evropske unije)?**

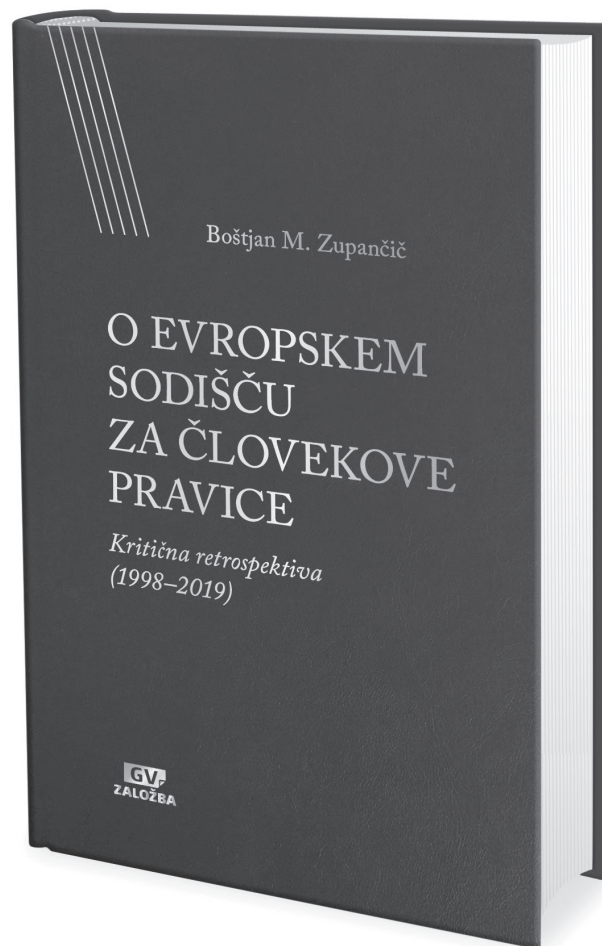
Mislim, da bo do izstopa Združenega kraljestva prišlo prav kmalu. Navsezadnje gre za suverenost. Velika Bri-

⁶ Glej Zupančič, B.: Un ancien juge de la CEDH réagit après les révélations de Valeurs actuelles, 4. marec 2020, dostopno na <<https://www.valeursactuelles.com/politique/le-scandale-soros-un-ancien-juge-de-la-cedh-reagit-apres-les-revelations-de-valeurs-actuelles-116637>>.

⁷ Zupančič, B. M., in drugi: Ustavno kazensko procesno pravo: sodni primeri, dokumenti, komentarji in gradiva s področja ustavnega in mednarodnega kazenskega procesnega prava slovenskih, evropskih, severnoameriških in mednarodnih sodišč, 3. izdaja, Pasadena, Ljubljana 2001.

tanija ima starodavno pravno tradicijo in za suvereno državno ni ravno smiselno, da bi se odpovedovala velikemu delu svoje sodne suverenosti in »plačevala *bianco menico*«, s tem ko bi bila še naprej slepo podrejena vsem prihodnjim odločitvam, ki bodo nastajale v Strasbourg – zlasti če upoštevamo vse bolj dvomljivo kakovost tamkajšnje judikature.

Morebitni izstop Združenega kraljestva iz Sveta Evrope bo imel resne posledice tudi za ESČP, ki je pod njegovim okriljem. Združeno kraljestvo je namreč eden največjih vplačnikov v njegov proračun. Ko bo britan-



ski finančni prispevek izostal, se bo proračun ESČP bistveno zmanjšal ali pa bodo druge članice morale pokriti primanjkljaj.

Mimogrede, letni proračun ESČP 70 milijonov je že danes nižji od zneska, ki ga Soros letno razdeli svojim »nevladnim« organizacijam po Evropi. Del problema je prav to, da je Svet Evrope tisti, ki administrativno obvladuje ESČP. Strokovni sodelavci sodišča so kadrovske, finančno in pokojninske v celoti odvisni od Sveta Evrope, sodnik pa nima nobenega vpliva na to, kdo bo njegov strokovni sodelavec pri posamezni zadevi. Za razliko od Sodišča EU, kjer si sodnik lahko sestavi lastno ekipo sodelavcev.

- V knjigi ste se dotaknili tudi svobode izražanja oziroma t. i. sovražnega govora, ki je bilo lani pri nas spet na tapeti. Najprej s t. i. »prelomno« sodbo Vrhovnega sodišča, ki naj bi domnevno »postavila stvari na pravo mesto«, potem pa še z idejami o spremembi zakona o medijih, po katerih naj bi pravico za sankcioniranje t. i. sovražnega govora v medijih in na spletu dobil inšpektorat za medije.

Še malo prej, konec leta 2018, je bil aktualen primer Strehovec,⁸ ko so duhovniku dr. Tadeju Strehovcu kot odgovorni osebi očitali javno spodbujanje sovraštva in nestrpnosti zaradi objave na portalu 24kul.si. O tistem obtožnem predlogu tožilca Marka Godca sem napisal pravni memorandum, kjer sem argumentiral, da gre za pravni napad, montiran proces ali pa drugače rečeno za manipulacijo s kazenskim pravom.⁹ Sodišče se je potem neelegantno zne bilo te zadeve, ko je čez nekaj mesecev tožilka Ana Kirn umaknila obtožni predlog, češ da ni dokazov, da je obtoženi bil dovolil objavo spornega članka ali morda celo bil njegov avtor.

Glede lanske »prelomne sodbe« VS RS pa se strinjam z argumentirano kritiko te sodbe, ki jo je v Pravni praksi objavila vrhovna sodnica Barbara Zobec.¹⁰ Mislim, da je obstoječe navodilo Vrhovnega državnega tožilstva¹¹ iz leta 2013 povsem primerno postavilo mejo med svobodo izražanja in razpihovanjem nasilja po 297. členu KZ-1.

Razmejevanje izvira že iz precedensa v ameriškem primeru *Brandenburg v. Ohio* iz leta 1969 in pozneje iz zadeve ESČP *Ilinden proti Bolgariji* (združeni zadevi 29221/95 in 29225/95). V tej zadevi sem sodeloval v malem senatu in ga tudi razlagam v knjigi: da je omejevanje svobode izražanja upravičeno, mora biti prisotno »konkretno ogrožanje javnega reda in miru«.

Je pa treba dodati, da pri teh vprašanih zdaj ESČP tudi udarja mimo, kot denimo v primeru *E. S. proti Avstriji*. V tem primeru je inkriminiralo blasfemijo, ko je odločilo, da Avstrija ni kršila tožnične svobode govora s tem, ko jo je kazensko obsodila za izjavo o Mohamedovi pedofiliji.¹² Ta zadeva žal ni prišla pred veliki senat, ker je ni spustil skozi panel petih sodnikov.

Lanskoletna novela Zakona o medijih,¹³ ki je sicer zdaj *ad acta*, bi pomenila očitno uvajanje cenzure. Inšpektor naj bi arbitrarno odločal, ali je šlo pri posamični objavi za kršitev 14. člena Ustave. Neverjetno.

- V pravnem memorandumu o parlamentarnih preiskovalnih komisijah¹⁴ ste omenili tudi t. i. »rezultatsko sojenje«, ki ga je bil izpostavil ustavni sodnik DDR. Klemen Jaklič v odklonilnem ločenem mnenju ob odločitvi o Zakonu o tujcih,¹⁵ kasneje pa je ta koncept »rezultatskega sojenja« na nek način v bran vzle nekdanji ustavni in vrhovni sodnik Franc Testen.¹⁶

Za moje obdobje na Ustavnem sodišču RS (1993–1998) lahko rečem, da rezultatskega sojenja ni bilo. Nasprotno. Debate so bile burne; ogenj in žveplo. Odločanje ni bilo ideološko predeterminirano. Rezultatsko sojenje je primitivno in ga sploh ne bi smelo biti. Argumenti se sicer delijo na intrinzične (spadajo v kontekst obravnavane materije) in ekstrinzične (kamor spadajo tudi vsi, ki pomenijo prepovedano diskriminacijo, npr. spol, veroizpoved, spolna usmerjenost), pri čemer ekstrinzični kriteriji sploh ne bi smeli priti v debato pri odločanju. Če se odloča (tudi) na podlagi ekstrinzičnih kriterijev, je to moralno zavržno in *a priori* pristransko.

Res je, da ima pri sodnikih (kot pri vseh) svojo vlogo tudi intuicija. Intuicija je »prislovični« rep, ki maha s psom.

Vendar intuicija ni vnaprejšnje ideološko opredeljevanje.

Ne pomeni, da si se vnaprej odločil, »kaj je prav«.

Bolj gre za to, da vidiš poanto, ki jo v nekem trenutku odločanja še nisi zmožen artikulirati. Tudi na ESČP se ne spomnim niti enega primera rezultatskega sojenja. Vse je bilo odvisno od argumentiranja na sami seji. Tehnika se je na koncu lahko nagnila na eno ali na drugo stran.

⁸ Valentan, S.: Primer Strehovec: ko javno udejanjanje verske svobode postane kaznivo dejanje, PP, št. 43/2018, str. 11–13.

⁹ Zupančič, B. M.: Pravni memorandum v zadevi III K 28491/2017, Okrožno državno tožilstvo v Ljubljani v. dr. Tadej Strehovec in Zavod za družino in kulturo življenja, september 2018, <[http://24kul.si/media/datoteke/20180908%20Memorandum%20FINAL%20v%20Zadevi%20RS%20v%20Tadej%20Strehovec%2008%2018%20\(210\)%20format%20Gothic.pdf](http://24kul.si/media/datoteke/20180908%20Memorandum%20FINAL%20v%20Zadevi%20RS%20v%20Tadej%20Strehovec%2008%2018%20(210)%20format%20Gothic.pdf)>.

¹⁰ Zobec, B.: O »prelomni« sodbi VS RS v zvezi s kaznivim dejanjem po 297. členu KZ-1, PP, št. 46/2019, str. II–VIII.

¹¹ Št. Ktr2/13-13-GHJ-T/vg z dne 27. februarja 2013.

¹² Tožnica je na javnem predavanju o islamu izjavila: »56-letnik in šestletnica? [...] Kako temu rečemo, če ne pedofilija?«. Sodba je predstavljena tudi v Kunej, Š.: Blasfemija v Strasbourg: o pravnih okvirih dovoljene kritike religij, PP, št. 47/2018, str. 6–8 (op. ur.).

¹³ EVA 2019-3340-0008, <<https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=10493>>.

¹⁴ Zupančič, B. M., in Pevec, A.: Pravno mnenje glede eventualnih parlamentarnih preiskav, zadevajajočih določene disfunkcionalnosti v slovenskem pravosodju, PP, št. 4/2020, str. II–XXIV.

¹⁵ Določbe ZTuj-2 so v neskladju z 18. členom Ustave, PP, št. 40-41/2019, str. 29–36.

¹⁶ Testen, F.: K nekemu ločenemu mnenju (2. del), PP, št. 47/2019, str. 11–12.

- **Kritični ste bili tudi do nedavnega ravnanja sodstva v primeru Novič.**

Zadnje dogajanje v zvezi z razveljavitvijo oprostilne sodbe Milku Noviču je zame nezaslišano, v angleščini bi rekel *flabbergasting*. Da je sodstvo padlo tako globoko ... V prejšnjem sistemu pod takratnimi sodniki (leta 1976 sem bil pripravnik na Okrožnem sodišču v Ljubljani) se to ne bi moglo zgoditi. Zdaj sodnice na Višjem sodišču v Ljubljani hočejo, da zadeva zastara. Neovržena domneva krivde bo na dr. Noviču ostala, predvsem pa bo tožilstvo razbremenjeno dolžnosti, da išče pravega krivca.

Samostojnost tožilcev, ki je bila pri nas uvedena, je zgrešena. Ta samostojnost omogoča, da se vsaka tožilka povsem po lastni volji odloča, kaj bo preganjala in česa ne. Včasih ni bilo tako; imeli smo javnega tožilca in njegove namestnike. V ZDA je še vedno tako. Po monokratičnem načelu odloča okrožni tožilec (*district attorney*). Njegovi namestniki (*deputy district attorney*) delajo po njegovih navodilih. Ne morejo po lastni volji opustiti pregona.

Zato se nanje ne da pritiskati po politični liniji, kar pri nas ni izključeno.

- **Že dolga leta se pri nas, zlasti zaradi medijsko odmevnih dolgotrajnih kazenskih postopkov, vrstijo poskusi za ukinitve sodne preiskave in preiskovalnih sodnikov (ki so bili ukinjeni v večini evropskih držav) ter prehod v bolj adversarni sistem. Večji del kariere ste se ukvarjali ravno s kazenskim pravom. Menite, da bo v Sloveniji v doglednem času prišlo do prenove kazenskega postopka?**

V našem sistemu, ki je v jedru še vedno inkvizitoren, preiskovalni sodnik zasleduje hipotezo o tem, kaj naj bi se bilo zgodilo. Toda takoj, ko ima nekdo hipotezo, ki jo lahko potrdi ali ovrže, je *a priori* pristranski, pa če se tega zaveda ali ne. Ljudje smo namreč nagnjeni k potrjevanju svojih hipotez (*confirmation bias*).

Pravo pa ni znanost, v kateri bi s ponovljivimi poskusi lahko potrdili ali ovrgli znanstvene hipoteze. V pravu gre za historični dogodek, ki je poniknil v preteklost.

Resnica v pravu zato nikoli ni dokončno ugotovljena.

Spremembe sistema kazenskega postopka – prav zato, ker gre za sistem – pa ne morejo biti posamične, parcialne. Pravi čas za sistemsko prenovo kazenskega postopka je bil takoj po osamosvojitvi. Takrat je bil pravosodni minister dr. Rajko Pirnat. Bil sem z ekipo asistentov in sodelavcev pripravljen napisati nov ZKP popolnoma na novo. Edino na tak način seveda lahko dobimo koherenten zakon, saj v njem vsaka določba vpliva na kup drugih.

Za honorarje zunanjih sodelavcev, mojih nekdanjih kolegov iz Zagreba in s Harvarda, bi potrebovali 200.000 takratnih nemških mark – to je z današnjega vidika drobiž. Pirnat je ta predlog zavrnil in iz projekta ni bilo

nič. Nato je bil sprejet ZKP iz leta 1994, ki je bil le malo popravljen jugoslovanski zakon in ga je, tako sem slišal, na raznih mestih dopolnjeval Štefan Horvat. Potem je bilo treba vgraditi še kup sprememb zaradi odločb US RS, ESČP in pozneje še direktiv EU.

Tako imamo »srače gnezdo« namesto zakona, ki bi lahko bil koherenten.

Enega od poskusov parcialne prenove ZKP je potem vodil moj nekdanji študent Goran Klemenčič. Tudi njemu ni uspelo (zaradi upiranja pravosodja).

- **Najbrž ste v medijih zasledili nedavne ponovne zaplete¹⁷ pri izbiranju slovenskih sodnikov Splošnega sodišča EU. Je postati sodnik pravica ali privilegij?**

Gre za dve skrajnosti, vmes pa je sivo področje različnih nians. Članek o tem sem pred časom objavil v Boston University International Law Journal.¹⁸ To vprašanje sem v primeru *Majhen* odprl že na slovenskem Ustavnem sodišču.¹⁹ V tistem primeru sem zagovarjal stališče, da je stremljenje postati notar stvar privilegija, tj. da imenovanje na mesto notarja zagotovo ni pravica in da je v diskrecijski pravici Ministrstva za pravosodje. Torej da ministrstvo ni obvezano niti pojasnjevati svojih motivov za odločbo. Postati notar ali sodnik torej ni pravica. Vendar pa je veliko odvisno od specifičnega pravnega okvira in predpisani postopek imenovanja mora biti brezhiben.

Problematico smo obravnavali tudi na ESČP. Do primera *E. B. proti Franciji* sodišče ni zaznavalo razlike med pravico in privilegijem. V njem je šlo za možnost ženske (konkretno, partnerice v lezbičnem paru), da posvoji otroka. V ločenem mnenju sem plasiral, da posvojitve ni pravica, marveč privilegij. Takrat sem prvokrat vpeljal to razlikovanje in zdi se, da je to mnenje imelo določen vpliv na poznejša odločanja.

Nekoliko drugačen je bil poznejši primer *Boulois proti Luksemburgu*. Šlo je za možnost pogojnega odpusta. Tudi tam je bilo ugotovljeno, da to ni pravica, ampak privilegij, vendar je bilo odločanje za ESČP olajšano, ker je že luksemburški zakon izrecno navajal začasno odsotnost iz zapor kot privilegij.

- **Knjigo ste v zadnjem poglavju sklenili dokaj pesimistično. Globalno gledano omenjate propadanje normativne integracije, subverzije v institucijah, v Sloveniji pa tudi moralni kolaps sodstva.**

Bojim se, da se pri moralnem kólapsu slovenskega sodstva ne da nič narediti. Pravičnost je v glavnem logika. Logika zahteva kognitivni IQ, pa tudi moralna avtonomija je odvisna od IQ-ja. Včasih rečem:

»Če bi imela pravna fakulteta dva semestra matematike, bi imela Slovenija danes pravno državo.«

Na pravno fakulteto se ne bi vpisovali »piflarji«, imela bi drugačno reputacijo in matematika bi naredila selekcijo med študenti po sposobnosti, tako kot jo je nekoč Bajtova politična ekonomija. Potem bi imeli drugačne diplomante prava in drugačno sodstvo.

¹⁷ Glej npr. Turk, B. J.: Saj se vendar ni svet podrl, če niste bili izvoljeni, PP, št. 3/2020, str. 12–13.

¹⁸ Zupančič, B. M.: Of rights and of privileges: the morality of duty vs. the morality of aspiration, Boston University International Law Journal, vol. 34, št. 2/2016, str. 211–232. Dostopno na <<https://www.bu.edu/ilj/files/2016/06/BIN201.pdf>>.

¹⁹ US RS odločba, št. U-I-344/94, z dne 1. junija 1995, z odklonilnim ločenim mnenjem B. M. Zupančiča.