



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

2 | 2004

Varstvo družbenih manjšin

O razlagi sodnih precedensov in sodb ter posebej sodb Evropskega sodišča za človekove pravice

*On the Interpretation of Legal Precedents and of the Judgments of the European
Court of Human Rights*

Boštjan M. Zupančič

Translator: Dean Zagorac



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/1522>

DOI: 10.4000/revus.1522

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 janvier 2004

Number of pages: 9-27

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Boštjan M. Zupančič, « O razlagi sodnih precedensov in sodb ter posebej sodb Evropskega sodišča za človekove pravice », *Revus* [Spletna izdaja], 2 | 2004, Datum spletne objave: 20 juin 2013, ogled: 05 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/1522> ; DOI : 10.4000/revus.1522

All rights reserved

O RAZLAGI SODNIH PRECEDENSOV
IN SODB TER POSEBEJ SODB
EVROPSKEGA SODIŠČA ZA
ČLOVEKOVE PRAVICE¹

Boštjan M. Zupančič²

Uvod

Naslov tega prispevka tvorita klasična pojma sodne prakse: koncept »sodbe« na eni in doktrina »pravne razlage« na drugi strani.

Sodba načeloma ni nekaj, kar je treba ali bi bilo sploh treba razlagati. Ravno nasprotno! Konkretna sodba *inter partes* – in to še posebej velja za evropsko pravno tradicijo – mora razlagati abstraktno pravno normo.³ Sodba mora biti torej že po opredelitvi nedvoumna in jasna, tako da razlaga sploh ne bi smela biti potrebna.

¹ Predavanje, delno prirejeno, ki ga je imel avtor na Ustavnem sodišču Turčije februarja 2004. Copyright © 2004 B. M. Zupančič.

² E-poštni naslov avtorja: bostjan.zupancic@echr.coe.int

³ Glej *Rekvényi v. Hungary*, sodba z dne 29. maja 1999, par. 34: "[M]any laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see the *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1) judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 31, § 49, and the *Kokkinakis v. Greece* judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 19, § 40). The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain (see, *mutatis mutandis*, the *Cantoni v. France* judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1628, § 32)." [poudarek je dodan] Glej, *infra* nn. 21 and 53.

Še več, sodbo, ki dopušča različne razlage, ter sodbo, ki ima vrsto različnih pomenov in je dvoumna, je težko ali pa sploh nemogoče izvršiti. Namen sodne odločbe, katere bistvo je dokončna odločitev o pravnem sporu, je, da jo izvršijo in ne, da bi jo razlagali. Ta namen izhaja iz potrebe po pravni varnosti.⁴ Pravnomočnost sodbe, katere koli sodbe, se izraža v maksimi rimskega prava *res iudicata pro veritate habetur*; neovrgljivo domnevo (včasih kot fikcijo) pravo vzpostavi ravno zato, da bi preprečilo nadaljnje razlage tako sodbe kot tudi resnice o zgodovinskem dogodku, povezanem z njo.

A tudi pravkar povedano je fikcija. Vzrok za nauk o strogi ločitvi abstraktnega od konkretnega v povezavi s piramido pravnih aktov izvira iz francoske revolucije leta 1789 in iz pretiranega odziva na samovoljo aristokratskega pravosodja *ancien régime*.⁵ Tudi pri Hansu Kelsnu, začetniku ideje o ustavnih sodiščih, je ta postulat, h kateremu so pozivali Montesquieu, Beccaria in drugi razsvetljenci, še vedno močno prisoten. Najstrožja delitev oblasti med zakonodajno in sodno vejo je skupaj z vedno manj realističnim kartezijanskim razlikovanjem med tem, kar je abstraktno (pravne norme), in tem, kar je konkretno (njihova razlaga in uporaba), še vedno izrazito prisotna.

V skladu s tem načinom razmišljanja je zgolj zakonodajna veja pristojna za ustvarjanje abstraktnih pravnih aktov, in sicer zgolj s to koncesijo, da bodo morda ti potrebni naknadne in dodatne sodniške razlage.⁶

Sodniki so pristojni za ustvarjanje konkretnih in izvršljivih pravnih odločb. Zgolj abstraktni pravni akti, ki jih ustvari zakonodajna veja, imajo učinek *erga omnes*. Odločbe sodišč imajo le učinek *inter partes*. Ostanek te neživljenjske in zavajajoče predstave je v prvem odstavku 46. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah, ki se glasi takole:

⁴ Potreba po pravni varnosti je tukaj retrospektivna; nanaša se na zgodovinski dogodek (spor), ki ga je treba nepreklicno urediti, rešiti, določiti. Kot bomo videli, se doktrina precedensov ukvarja prospektivno s potrebo po pravni varnosti. Potreba po razlagi sodb Evropskega sodišča za človekove pravice izvira iz potrebe po predvidenju njegovih odločb.

⁵ Glej Cappelletti, uvodno poglavje v: *Cappelletti and Cohen, Comparative Constitutional Law, Cases and Materials*, Indianapolis, New York, Charlottesville, vir. 1979.

⁶ Posledično je beseda »razlaga« v kontinentalnem pravu pridobila tako širok pomen, da daleč presega zgolj preprosto razlago, konstrukcijo ali pojasnitev abstraktne pravne norme. V nemškem jeziku pravniki za označevanje duševnega procesa, ki pelje od abstraktnega h konkretnem, uporabljajo natančnejšo besedo *Konstruktion*. V francoski pravni filozofiji in drugje je beseda »razlaga« že dolgo značilna, ki zajema vse, kar sodniki počnejo ustvarjalno, da najdejo rešitev resničnega problema, s katerim so soočeni. Če vse upoštevamo, pojem »razlaga« prav tako predstavlja redčenje ustvarjalnega pravnega procesa, torej njeno nezavedno reduciranje na preprosto pojasnjevanje. Tako so kontinentalni pravni poklici ponotranjili kategorični poziv Montesquieua, da naj bo sodnik zgolj »bouche de la loi.« (De l'esprit des lois, XI. 6) Nasprotno pa se v sodbah anglosaškega pravnega sistema besede, kot so »razlaga«, »konstrukcija« ipd., precej redkeje pojavljajo.

»46. člen – Obveznost in izvršitev sodb

1. Visoke pogodbenice se obvezujejo, da bodo spoštovale končno sodbo Sodišča v vsaki zadevi, v kateri nastopajo kot stranke.«⁷

Če bi bilo res, da so sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice strogo omejene na učinek *inter partes*, ne bi bilo potrebe po razlagi njihovega učinka *erga omnes*. Samo dokler imajo te sodbe vsaj *de facto* zavezujočo moč *erga omnes*, nastane potreba po razlagi njihovega pomena in pomembnosti.

V 19. stoletju so si razsvetljeni vladarji celinske Evrope – od Napoleona v Franciji, Friderika Velikega v Nemčiji, Leopolda Toskanskega v Italiji, Katarine Velike v Rusiji do Marije Terezije in njenega sina Jožefa II. v Avstriji – prizadevali ustvariti tako samozadostne in tako povsem samoreferenčne normativne sisteme, da bi bila postala razlaga abstraktnih zakonskih določb povsem odveč. Friderik II. je na primer v pruskem *Landesgerichtu* pod grožnjo kazni zaplembe vse lastnine prepovedal razlago določb njegovega zakonika. Tako kot drugod so razsvetljeni vladarji tudi na tem področju sledili Napoleonovemu zgledu.⁸ V današnjem jeziku bi rekli, da so si s svojimi kodifikacijami prizadevali ustvariti samozadostno virtualno resničnost.

Že od začetka je ta poskus popolnega ponovnega oblikovanja in kodificiranja dotlej empirično nakopičene praktične sodne modrosti od rimskega prava naprej – na Napoleona je sicer vplival Justinijanov *Corpus Iuris Civilis* – v pravni misli pomenil revolucijo.

Vendar ta ista miselnost in ponotranjene rezidualne vrednote⁹ danes zavrnilno zanikajo avtonomijo sodne veje oblasti. To zgodovinsko škodljivo zanikanje spoštovanja sodne veje je neločljiv del naše kontinentalne politične in pravne tradicije.¹⁰ Očitno je to neravnovesje v smislu ponovne vzpostavitve

⁷ Vendar glej: Dunajska konvencija o pogodbenem pravu iz leta 1969, 31. člen, Splošno pravilo razlage, par. 3(b): *There shall be taken into account, together with the context: (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation.* Glej *infra*, n. 37.

⁸ Devteronomij 4:2. *Ničesar ne dodajajte besedi, ki vam jo zapovedujem, in ničesar ji ne odvzemajte, da boste izpolnili zapovedi Gospoda, svojega Boga, ki vam jih zapovedujem!* Glej Ch. Perelman, *L'interprétation juridique*, XVII (1972) Archives de Philosophie du Droit 29–37, pri 33.

⁹ »Residual values«, vrednote preostale iz polpreteklih zgodovinskih obdobj. Izraz je uvedel Raymond Williams, angleški zgodovinar.

¹⁰ V resnici je seveda imela večina sodb vsaj višjih sodišč vedno učinek *erga omnes*. Francoska beseda »la jurisprudence« vsebuje prav ta pomen. Vendar se pravni sistemi še vedno pretvarjajo, da nižja sodišča niso zavezana k odločbam višjih sodišč. To zanikanje očitne stvarnosti izvira iz nekoliko navidezne delitve dela – po tektonski liniji splošno-posamično – med zakonodajno in sodno vejo oblasti. V Franciji to na primer izvira iz zgodovinsko obremenjenega strahu pred »vladavino sodnikov« (*le gouvernement des juges*). Glej Poralis, *infra* opomba 30.

zavor in ravnovesij med tremi vejami oblasti problem *par excellence*, ki ga morajo popraviti današnja ustavna sodišča.

Ker nad samovoljo zakonodajne in še posebno izvršne veje oblasti ni bilo zavore, je bilo in še vedno je – to neželjeno zanikanje moči sodne veje in spremljajoče zanikanje avtonomije pravnega odločanja – za vladavino prava uničujoče. Vse dokler je ustava v oblake odet abstrakten vrh Kelsnove piramide pravnih aktov, njenih določb ni mogoče neposredno sodno izpodbijati. Ustava je kljub dejstvu, da je dejanski vir vseh abstraktnih in konkretnih pravnih aktov, še vedno oddaljena in nedostopna matica pravnega sistema.

Posledica tega je, da se na ustavne določbe ni mogoče neposredno sklicevati in niti zakonodajni niti izvršni veji oziroma njunemu morebitnemu samovoljnemu izvrševanju oblasti ni mogoče neposredno oporekati na sodišču. Ker je vladavina prava nujna za politično stabilnost, saj politične delitve in razkole demokratičnega življenja prepoji z utemeljeno presojo, je ta funkcija, ki jo zdaj opravljajo ustavna sodišča, ključnega pomena.

Odsotnost ustavnosodnega pravljanja je škodila vsej celinski evropski zgodovini od 1789 do danes. Po grozodejstvih druge svetovne vojne je bila ustanovitev Evropskega sodišča za človekove pravice izraz obžalovanja in kesanja na eni strani in dejanje upa ter poskusa odrešenja na drugi. Ali so morda snovalci Evropske konvencije o človekovih pravicah menili, da bi lahko moč sodne veje in vladavine prava, ki jo ta prinaša, ustavila Hitlerja in Musolinija?¹¹ Tega ne vem, vem pa, da bi bili Miloševića v Jugoslaviji lahko ustavili, če bi bilo ustavno sodišče v Beogradu imelo takšno moč in uživalo takšno spoštovanje, kot ju žal ni.¹²

Neposredni sodni postopek za spoštovanje določb Konvencije v Strasbourgu, kjer se vse tri veje državne oblasti zlijejo v enega obdolženca, je jasen razcep od tradicije, v kateri posamezni državljani neposrednega postopka v povezavi s spoštovanjem najvišjega abstraktnega pravnega akta (Konvencije ali ustave posamezne države) niso mogli sprožiti.¹³ V jeziku ustavnega prava so posameznim zahtevam po obravnavi (*individual application*) v Strasbourgu analogne ustavne pritožbe (*Verfassungsbeschwerde* v Nemčiji, *certiorari* v Zdru-

¹¹ Kolikor mi je znano, to še ni bilo predmet poglobljenih raziskav. Od kod predpostavka leta 1945, da je vladavina prava najboljše sredstvo proti totalitarnemu režimu? Po eni strani je ta predpostavka neločljivi del ameriškega ustavnega prava.

¹² Gledano nazaj, to ni povsem iz trte izvita domneva. Vendar sta se tradicionalna samozaznava sodnikov in pomanjkanje njihovega poguma izkazala za odločilna dejavnika.

¹³ Kot je jasno razvidno iz pripravljanih del Konvencije, so bila sredstva, ki naj bi bila v skladu z 41. členom Konvencije na voljo Evropskemu sodišču za človekove pravice, zožena od začetne (neposredno zavezujoče) narave sodb Sodišča na denarno »pravično zadoščenje«.

ženih državah, *amparo* v Španiji itd.). Tudi iz tega razloga je posamezna ustavna pritožba z vidika ustavnega prava posamezne države najboljše preventivno sredstvo. Problematične zadeve namreč reši doma in ne omogoča sproženja postopka pred Evropskim sodiščem za človekove pravice v Strasbourg.

Jasno je, da se večina povedanega nanaša na moč. Na eni strani je zavračanje izvršne oblasti (celo danes), da bi svoje prerogative delila z zakonodajno in še posebej sodno vejo oblasti, simptom tako hiranja vladavine prava kot poslabšanja demokratične politične stabilnosti. Po drugi strani se moramo zavedati dialektičnega razmerja med močjo logike, ki je vladavina prava, in logiko moči, ki je domače pravo in red.¹⁴

V jeziku današnjega ustavnega prava govorimo o delitvi oblasti, o zavorah in ravnesjih med temi tremi oblastmi ter o njihovem vzajemnem nadzoru. Beseda »oblast« se v tem primeru nanaša na pooblastilo za razlago in na pooblastilo za zagotavljanje spoštovanja te razlage.

Ustava je družbena pogodba, ki zavezuje vse tri veje oblasti in ljudstvo. Evropska konvencija je pogodba, ki zavezuje države. Vsaka pogodba je v bistvu artikulacija in utrditev nekega sporazuma. To artikulacijo in to utrditev pravniki dosežemo z uporabo besed. Te besede tvorijo obliko pogodbe, medtem ko njeno vsebino tvori sam sporazum. Namen vnaprejšnje artikulacije sporazuma je preprečiti in razjasniti nesporazume, do katerih lahko pride kasneje.

Ko med strankama pride do nesporazuma, med njima sporazuma jasno ni več. Vsebina preteklega sporazuma je nepovratno izgubljena. Vendar njegova oblika, to je verbalna artikulacija preteklega sporazuma, na papirju ostaja. Ta preobrazba sporazuma v nesporazum in ta trajnost oblike v luči izginenja (netrajnosti) vsebine sta v središču vladavine prava in v vsem, kar je pravno.

Sodniki, ki rešujejo resnične spore v resničnem svetu, so tisti, ki obliko ponovno napolnijo s smiselno vsebino. Zato je nesmiselno predpostavljati, kot so to počeli razsvetljeni vladarji 19. stoletja, da je ali pravna razlaga odveč ali da je ta lahko povsem mehanična in silogistična. To, čemur pravimo »pravo«, je nakopičena praktična interpretativna modrost generacij sodnikov in drugih pravnikov. Dokaz za to je pravni nastanek rimskega prava. Bejrutski sodniki v 5. stoletju pred našim štetjem so bili tisti, ki so ga skovali, in ne Justinijan v 6. stoletju našega štetja.

¹⁴ Turški primeri, ki zadevajo nošenje foularda, so dober primer za manevrski prostor, ki ga Evropsko sodišče za človekove pravice prizna državi (tako imenovane *margins of appreciation*). Z besedami primerjalnega ustavnega prava je ta manevrski prostor analogen doktrini fundamentalnosti Vrhovnega sodišča ZDA, kjer se (v skladu s XIV. amandmajem) zvezno sodišče omeji na kršitve fundamentalnih ustavnih določb, drugo pa prepusti državnim vrhovnim sodiščem. To pomeni tudi, da zvezna instances zahteva spoštovanje zgolj fundamentalnih (minimalnih) standardov ustavnih pravic.

Z drugimi besedami povedano, pojem pravne razlage nosi velik semantični presežek, ki se razteza od preproste formalne logike in razlage do sklicevanja na to, čemur sodobni filozofi pravijo hermenevtična piramida.

To moramo imeti v mislih, ko razlagamo sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice.

I. Doktrina precedensov

Predstavljajte si arhitekta urbanista, ki riše načrt parka srednje velikosti v središču mesta. Sedi za svojo risalno mizo in se skuša odločiti, kam postaviti drevesa, grmičevje, klopi, na katerih bodo sedeli ljudje, itd. Poleg tega se mora odločiti, kje bo vrisal potke, ki jih bodo ljudje uporabljali, ko bodo izbirali destinacije znotraj parka ali ko bodo skušali s prečkanjem parka zgolj priti z enega konca mesta na drugega. Tipičen arhitekt bo izdelal simetrično risbo, ki je dobro vidna iz ptičje perspektive, torej z gledišča risalne mize. Zatem bo načrt predstavil lokalnim oblastem in ker bodo tudi oni lahko gledali zgolj načrt ali maketo, bodo z njim verjetno zadovoljni.

Kljub temu pa obstaja drugačen, empirični način za izdelavo načrta parka. Je nekoliko manj eleganten in ličen, vendar je učinkovit in funkcionalen. Manj avtoritaren ali prevzeten in bolj praktičen arhitekt, ki mu je glavna skrb dobro ljudi, bo lokalnim oblastem predlagal, naj na začetku poti in stez sploh ne predvidevajo. Dejal bo: *»Če smem, bi predlagal, da na začetku preprosto posejemo travo po vsem parku in prepustimo ljudem, da po parku hodijo križem kražem po svojih lastnih nepravilnih poteh, potkah, stezah, prehodih in bližnjicah. Šele ko bodo te poti postale očitne, jih bomo utrdili. Tako bomo zanesljivo vedeli, da te poti skozi park resnično služijo najboljšim interesom lokalnih ljudi.«*

Ta zanimiva prisposoba prihaja izpod peresa Lona L. Fullerja, znamenitega harvardskega pravnega filozofa. Gre za resnično zgodbo in zadeva Cambridge Common, park v središču Cambridgea v ameriški zvezni državi Massachusetts.

Če se boste mudili v teh krajih, obiščite tudi omenjeni park. Iz žabje perspektive sploh ni očitno, da so potke, ki so zdaj seveda tlakovane, nepravilne.¹⁵

¹⁵ Fotografija parka je dostopna na spletu: www.ne.jp/asahi/mayumi/watanabe/rtw/18/ccommond/ccommond.htm.

To prispodobo lahko uporabimo za primerjavo med evropsko sintetično in deduktivno kartezijansko racionalnostjo¹⁶ v pravu na eni strani ter pristopom empiričnega in analitičnega prebijanja od primera do primera v anglosaški pravni tradiciji. V slednji se ni razvila nikakršna prefinjena pravna doktrina v povezavi z razlago pravnih precedensov. Običajno gre zgolj za dve preprosti pravili.

Prvo pravilo je, da je treba o enakih primerih odločiti enako.

Drugo pravilo je, da je precedens zavezujoč samo, kolikor odločitev (sodna odločba) in *ratio decidendi* sodb izhajata iz pravno relevantnih dejstev te zadeve. Vse drugo so *obiter dicta*.

Vendar je zavajajoče preprosto načelo, v skladu s katerim »je treba o enakih primerih odločiti enako«, predstavlja radikalen prelom s silogistično logiko, na katero smo mi, kontinentalni pravniki, tako zelo navajeni. V bistvu temelji na *lateralnem* sklepanju z iskanjem podobnosti med primeri z uporabo analogije. Kontinentalno pravno sklepanje pa je zvesto *vertikalni* logični subsumpciji.¹⁷

Sklepanje po logični subsumpciji konkretnih dejstev pod nižje premise temelji na abstraktni (in ne konkretni!) skladnosti; predpostavlja strogo vertikalno razločevanje med abstraktnim in konkretnim. Načela zakonitosti, pravne določnosti (*lex clara, lex certa*) itd. so izraz zaupanja v predeterminirane pravne rezultate (pravni determinizem), torej osrednjega zaupanja v vladavino prava. Zrcalna slika tega je seveda strah pred samovoljo človeka na oblasti.¹⁸

A tudi tako pravno sklepanje zahteva različne načine razlage: razlago besed (pojmov), slovnično, sistemsko, zgodovinsko in predvsem teleološko razlago, torej razlago pravega namena normodajalca. Potreba po razlagi in še posebno po teleološki razlagi dokazuje, da vertikalni silogistični način sklepanja, ki te-

¹⁶ Glej na primer Kohak: "Western thought in the twentieth century has worked itself into a dead end by assuming that the only alternatives available to it were those of a technical, solely quantitative rationality which excludes questions of value and meaning from scholarly consideration (so called "Cartesian rationality," better represented by writers like Reichenbach in his "Rise of Scientific Philosophy") or, alternately an irrationalism which surrenders all claim to critical reason (as in Heidegger or more recently in various post-modernists)." Erazim Kohak, na Kira Conference 2000 [www.kira.org/kss2000abstracts.html].

¹⁷ Te razlike so seveda predstavljene zelo shematično in pretirano. S predstavitev dveh weberjanskih »idealnih tipov« želimo pojasniti vprašanje razlage sodb. Če bi bile razlike tako pomembne, kot so predstavljene tukaj, tvoren dialog med predstavniki obeh pravnih sistemov ne bi bil mogoč. Zanimiv vidik Evropskega sodišča za človekove pravice v Strasbourgju je ravno priložnost za razvoj pravnega diskurza – dascinanto enotnega – med sodniki iz različnih pravnih tradicij.

¹⁸ Z ideološkega in socialno-psihološkega vidika je bistvo prava seveda prav *nezaupanje*, torej skepticizem glede moči, ki jo ima sočlovek. Verjetno bi pravilno trdili, če bi dejali, da je to nezaupanje tisto, ki ponavadi pripelje do doktrine zavor in ravnovesij (*»checks and balances«*), torej do vzajemnega blokiranja recipročne moči v ustavnem pravu, in to je osrednja značilnost zahodne demokratične politične in pravne ideologije. Zajeto je v maksimi lorda Actona: »Oblast kvari in absolutna oblast kvari absolutno.«

melji na skladnosti med abstraktnim in konkretnim, ni tako predeterminiran, kot si to večina želi.¹⁹ Poleg tega vodi v pravni formalizem in je pogosto v nasprotju z zdravim razumom: *summum ius, summa iniuria* ...²⁰

Ni treba poudarjati, da se za ustavna sodišča in druga sodišča zadnje stopnje tako sklepanje izkaže za skoraj popolnoma neuporabno. Sodniki teh instanc se morajo ukvarjati s subsumiranjem posamičnih dejstev pod najbolj splošno normo. Sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice so dokaz za to, torej za potrebo po zapolnitvi velikanske vrzeli med abstraktnim pomenom norme Konvencije in dejstvu konkretne zadeve.²¹ Ta prazni prostor je pred Sodiščem zija pred pol stoletja, nato pa ga je to zapolnilo z vmesnimi plastmi prava lastnih judikatov (*case-law*). Prava vsebina Konvencije je zdaj v kazuistični judikaturi. To je tisto, kar potem povzroča potrebo po razlagi precedensov Sodišča, in ne abstraktne določbe same Konvencije.

Poglejmo si sedaj lateralni način pravnega sklepanja po analogiji med posameznimi primeri. To je bilo nekoč značilno zgolj za anglosaški pravni sis-

¹⁹ Glej: *Refah Partisi and others v. Turkey*, sodba z dne 13. februarja 2003, paragraph: "As regards the accessibility of the provisions in issue and the foreseeability of their effects, the Court reiterates that the expression 'prescribed by law' requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Experience shows, however, that it is impossible to attain absolute precision in the framing of laws, particularly in fields in which the situation changes according to the evolving views of society. A law which confers a discretion is not in itself inconsistent with this requirement, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference." [poudarek je dodan].

²⁰ Tu ni govor o tistem formalizmu, ki je bil značilen za bivše komunistične države. Ta je namreč neprimerno hujši in pogosto meji na čisto mehanicistično stupidnost. Vprašanje je, ali ta ni posledica desetletja trajajoče »negativne selekcije«, ki je zadevne pravne profesije zdravi pameti povsem odtujila.

²¹ Glej na primer: *Rekvényi v. Hungary*, sodba z dne 29. maja 1999, par. 34: "According to the Court's well-established case-law, one of the requirements flowing from the expression 'prescribed by law' is foreseeability. Thus, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see the *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1) judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 31, § 49, and the *Kokkinakis v. Greece* judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 19, § 40). The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain (see, *mutatis mutandis*, the *Cantoni v. France* judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1628, § 32). The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (see the previously cited *Vogt* judgment, p. 24, § 48). Because of the general nature of constitutional provisions, the level of precision required of them may be lower than for other legislation."

tem. Zaradi razlogov, ki smo jih že omenili, se tako sklepanje počasi uveljavlja tako v ustavnih pravih posameznih držav kot v mednarodnem pravu človekovih pravic.

Načeloma je izbira precedenčnega primera, ki je podoben obravnavanemu primeru, odvisna le od meril podobnosti. V jeziku formalne logike to lahko pomeni (pod predpostavko, da izberemo prava merila podobnosti za primerjavo), da je kateri koli primer podoben drugemu primeru in, kot bi dejali Francozi, *la comparaison n'est pas raison*. Znotraj formalne logike je lahko raven pravne predeterminiranosti zelo nizka.²²

Posledično to predpostavlja in zahteva večje zaupanje v sodstvo, njegovo usposobljenost, v sodno samoomejevanje, v razsodnost itd. Ta neizogibna potreba po verodostojnosti sodstva zdaj prihaja v ospredje kontinentalnih pravnih sistemov, ki so svojim ustavnim sodiščem dali pooblastilo za ustvarjanje precedensov.²³ Jasno je, da se je ravnesje oblasti med njenimi tremi vejami začelo nagibati proti sodstvu.

V stvarnosti pa ni potrebe, da bi bilo pravno sklepanje po analogiji kakor koli manj predeterminirano kot deduktivno kontinentalno abstraktno silogistično sklepanje in ponavadi tudi ni.

Sistem *case-law* precedensov ima nekaj značilnosti, zaradi katerih je pravno sklepanje zelo transparentno. Sodbe objavljajo in te postajajo del kolektivnega spomina.²⁴ Če sodniki svoje sodbe utemeljijo intelektualno površno, so te na voljo akademskemu svetu in laični javnosti, da jih skrbno pregledajo in prepustijo kritiki. Seveda se ta kritika nanaša večinoma na sodbe ustavnih, vrhovnih in mednarodnih sodišč, katerih splošno zavezujoče odločbe pritegnejo veliko

²² V tem je nekaj resnice, zaradi česar so Združene države v 70. letih sprejele sedaj sloviti model kazenskega zakonika (*Model Penal Code* – MPC), verjetno najnaprednejši kazenski zakonik z zelo izpopolnjenim sistemom med seboj povezanih pravil, doktrin in načel. V kazenskem pravu, v katerem je zahtevana stopnja predeterminiranosti najvišja v vsakem pravnem sistemu (načelo zakonitosti, 7. člen Evropske konvencije), je sklepanje po analogiji najmanj primerno. Še več, zaradi sodbe porote brez obrazložitve je možnost za pritožbo na podlagi materialnega kazenskopravnega načela zakonitosti zelo omejena, večina pritožb je torej vloženih zaradi procesnih razlogov. Zaradi tega je materialno kazensko pravo – v nasprotju s procesnim – ostalo slabše razvito in je bila kodifikacija MPC neizogibna. Sama kodifikacija je daleč preseгла zgolj preprosto naknadno kodifikacijo obstoječih precedensov in se je v precejšnji meri napajala iz kontinentalne pravne teorije. Sporočilo tega je, da ima tudi precedenčni pristop svoje velike pomanjkljivosti.

²³ Na primer socialno-politični razvoj hitro napreduje v nekaterih nekdanjih komunističnih državah (v Sloveniji in na Madžarskem ter na Češkem, Slovaškem itd.), kjer je pred približno dvanajstimi leti prišlo do nenadnega preobrata k vladavini prava. Nesporno spoštovanje odločb ustavnih sodišč je postalo ideološka zapoved, ki si ji politiki (izvršilna in zakonodajna veja oblasti) ne upajo oporekati.

²⁴ Izbor sodb za objavo so nekoč delali zasebni pravni poročevalci (v Angliji in tudi v Združenih državah). Danes se praktično vse sodbe vnašajo v Lexis, Westlaw in HUDOC od Evropskega sodišča za človekove pravice. Internet je do vsega tega pravnega gradiva omogočil širok dostop. Elektronski iskalniki po pravnih aktih prav tako zelo olajšajo dostop do relevantnih primerov. Ugotavljanje relevantnih judikatov (*case-law*) je torej zdaj zelo natančno.

pozornost. Poleg tega objavljane ločenih odklonilnih (in celo pritrdilnih) mnenj praviloma pokaže na šibke točke v utemeljitvi večine.

Še pomembneje je to, da lateralna primerjava in iskanje podobnosti med obravnavanim primerom in ustreznim precedensom nista abstraktna in neoprijemljiva. Na Evropskem sodišču za človekove pravice obravnavamo na stotine tako imenovanih primerov klonov, pri katerih je vzorec dejanskih stanov praktično istoveten. Tukaj so še primeri, ki so si podobni, ne pa istovetni, in pri katerih nadaljevanje že vzpostavljene sodne prakse ne predstavlja problema.

Na drugi strani se Sodišče zelo dobro zaveda, kdaj je soočeno z novim vprašanjem in kdaj nastane potreba po vzpostavitvi novega precedensa.

Ta procesni problem dobro ponazarja sodna praksa, ki zadeva Turčijo. Pravilo o šestmesečnem roku, v katerem je treba podati zahtevo za obravnavo,²⁵ temelji na predpostavki, da je datum pravnomočne domače odločbe jasen. Ponavadi začne šestmesečni rok teči, ko se pritožniku vroči zadnja domača odločba. V državah, v katerih se odločba ne pošilja kot priporočena pošiljka (na primer v Turčiji, Italiji itd.), ampak se preprosto deponira pri tajništvu kasacijskega sodišča, lahko nastanejo dvomi o točnem dnevu, ko začne teči šestmesečni prekluzivni rok. V kazenskih zadevah je pritožnik že v zaporu, kar pomeni, da se mu lahko preprečita tako seznanitev z objavo odločbe in tudi njena vročitve. Če ima odvetnika, je v njegovi milosti; če ga nima, pa lahko za sodbo sploh ne zve.

Potem sta tukaj še ključna primera *Akuş v. Turkey* in *Aka v. Turkey*,²⁶ ki so jima sledili številni drugi analogni primeri. V vseh teh primerih je morala biti osnova za izračun dodatne škode stopnja inflacije in ne zakonsko določenih zamudnih obresti. V takih primerih ni težav z razlago, ker so dejanski stanovi klasični in jasni ter ker je odločitev Sodišča v obeh primerih jasna. Kljub temu pa tako jasne odločitve ne bi mogli deducirati iz abstraktne norme prvega odstavka 1. člena Protokola k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic.²⁷ Primeri sami so torej razlaga te določbe.

²⁵ 35. člen – Kriteriji dopustnosti. (1) Sodišče sme obravnavati zadeve šele potem, ko so bila izčrpana vsa notranja pravna sredstva v skladu s splošno priznanimi pravili mednarodnega prava, in v šestih mesecih od dne, ko je bila sprejeta dokončna odločitev po notranjem pravu.

²⁶ V zadevi *Akuş v. Turkey* (sodba z dne 23. oktobra 1997) je gospa *Akuş* zahtevala, da naj bo osnova za izračun dodatne škode stopnja inflacije in ne stopnja zakonsko določenih zamudnih obresti. Sodba v zadevi *Aka v. Turkey* z dne 23. septembra 1998 je zadevala dejstvo, da so bile zakonsko določene zamudne obresti nezadostne za nadomestilo visoke monetarne deprecije med obdobji štirih let – od dne, ko je bil začel postopek za dodatno odškodnino, do dne, ko je bil določen znesek dejansko izplačan.

²⁷ 1. člen – Varstvo lastnine. (1) Vsaka fizična ali pravna oseba ima pravico do spoštovanja svojega premoženja. Nikomur ne sme biti lastnina odvzeta, razen če je to v javnem interesu v skladu s pogoji, ki jih določa zakon, in ob spoštovanju splošnih načel mednarodnega prava. Ta določba pa nikakor ne omejuje pravice držav, da uveljavijo zakone, za katere menijo, da so potrebni za nadzor nad uporabo premoženja v skladu s splošnim interesom ali za zagotovitev plačila davkov, drugih prispevkov ali denarnih kazni.

Na podoben način so sodbi v ključnem primeru *Kalaç v. Turquie* sledili nje-mu istovetni nadaljnji primeri.²⁸

Vsi trije omenjeni primeri so dobra ponazoritev jasne razlage. Ključne sodbe vseh treh vsebujejo bistven odstavek, ki ga je preprosto prepoznati. Kljub temu je mogoče v vseh treh primerih dati nadaljnjo *teoretično* razlago. Na primer, za *Kalaç v. Turquie* bi lahko rekli, da se je Evropsko sodišče za človekove pravice oprlo na predhodno soglasje g. Kalaça, zaradi katerega je bilo omejevanje njegove svobode verskega izražanja sprejemljivo. Pravni teoretik bi se lahko na primer spraševal, kako daleč bi lahko tako implicitno soglasje seglo, da bi še opravičevalo omejevanje ustavnih in človekovih pravic.²⁹ Takšna nadaljnja teoretična razlaga je pomembna, ker sodiščem (tako domačim kot mednarodnim) daje dragoceno povratno informacijo ter tako odločilno pripomore k nadaljnjemu razvoju pravnega védenja. Vendar je treba tovrstno ustvarjalno razlago šteti za drugačno od ožje razlage o zavezujoči naravi posamičnega precedensa.³⁰

Seveda je nekaj primerov na obrobju uveljavljene judikature, kot so na primer tisti, ki zadevajo evtanazijo,³¹ pravico do poznavanja istovetnosti svojih staršev,³² okoljska vprašanja,³³ materialna in procesna merila za mučenje,³⁴

²⁸ Par. 28 sodbe: »En embrassant une carrière militaire, M. Kalaç se pliait, de son plein gré, au système de discipline militaire. Ce système implique, par nature, la possibilité d'apporter à certains droits et libertés des membres des forces armées des limitations ne pouvant être imposées aux civils (arrêt Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 24, par. 57). Les Etats peuvent adopter pour leurs armées des règlements disciplinaires interdisant tel ou tel comportement, notamment une attitude qui va à l'encontre de l'ordre établi répondant aux nécessités du service militaire.«

²⁹ Z vidika primerjalnega ustavnega prava glej: *South Dakota v. Neville*, 459 U.S. 553, 103 S.Ct. 916, 74 L.Ed.2d 748 in *Schmerber v. California*, 384 U.S. 747 (1966).

³⁰ Vendar primerjaj naslednje (Jean Poralis, citirano v Jean du Jardin, www.cass.be/cass/images/discours/2001.pdf):

”Il est deux sortes d'interprétation: l'une par voie de doctrine, et l'autre par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation, pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office du juge? L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge. Quand la loi est claire, il faut la suivre; quant elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage et l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives.”

³¹ *Pretty v. U.K.*, sodba z dne 29. aprila 2002, par. 56: “The Court therefore concludes that no positive obligation arises under Article 3 of the Convention to require the respondent State either to give an undertaking not to prosecute the applicant's husband if he assisted her to commit suicide or to provide a lawful opportunity for any other form of assisted suicide. There has, accordingly, been no violation of this provision.”

³² *Odievre c. France*, 13. februarja 2003.

³³ *Hatton and Others v. U.K.*, sodba z dne 8. julija 2003.

³⁴ *Selmouni v. France*, sodba z dne 28. julija 1999; *Al-Adsani v. U.K.*, sodba z dne 21. novembra 2001.

pozitivno dolžnost države glede zaščite življenja,³⁵ naravo pogojnega izpusta,³⁶ dolžnost države, da *status quo ante* restituira *in integrum*³⁷ itd.

Vprašanja razlage tukaj ne moremo posploševati. V primeru *Selmouni v. France* se je Sodišče značilno odločilo razjasniti lastna merila (mučenja), odločilo se je torej dati lastno avtoritativno razlago. Po drugi strani pa v primeru *Scozzari and Giunta v. Italy* razlaga 41. člena,³⁸ ki jo je dalo Sodišče, naslovljencem Sodišča oteži razlago 41. člena. Le čas bo pokazal, ali bodo države v bodoče dolžne restituirati situacijo, ki je pripeljala do kršenja Konvencije, *in integrum*. Učinek v primeru *Pretty v. UK* je jasen, torej da Konvencija stvarno ne pokriva vprašanja evtanazije. To ne zahteva nobene dodatne razlage. Zaradi različnih razlogov (tako imenovane *margins of appreciation*: manevrskega prostora države) je učinek morda podoben v povezavi s pravico posvojene osebe, da izve identiteto svojih staršev.

Vendar pa obrazložitev sodbe (in številna ločena mnenja) v zadevi *Odievre v. France* puščajo odprte možnosti za drugačno odločitev Sodišče v prihodnosti (in v drugačnem zakonodajnem okviru). Tudi to je zelo težko razlagati zgolj na podlagi zadevne sodbe.³⁹ Verjetno ni mogoče navesti ali celo na novo iznaj-

³⁵ *Calvelli and Ciglio v. Italy*, sodba z dne 17. januarja 2002.

³⁶ *Ezeh and Connors v. U.K.*, 9. oktobra 2003.

³⁷ *Scozzari and Giunta v. Italy*, sodba z dne 13. julija 2000.

³⁸ 41. člen – Pravično zadoščenje. Če Sodišče ugotovi, da je prišlo do kršitve Konvencije ali njenih protokolov, in če notranje pravo visoke pogodbenice dovoljuje le delno zadoščenje, Sodišče oškodovani stranki, če je potrebno, nakloni pravično zadoščenje.

"[U]nder Article 41 of the Convention the purpose of awarding sums by way of just satisfaction is to provide reparation solely for damage suffered by those concerned to the extent that such events constitute a consequence of the violation that cannot otherwise be remedied." *Scozzari and Giunta v. Italy*, sodba z dne 13. julija 2000, par. 250.

³⁹ *Odievre c. France*, par. 49:

"Par ailleurs, le système mis en place par la France récemment, s'il conserve le principe de l'admission de l'accouchement sous X, renforce la possibilité de lever le secret de l'identité qui existait au demeurant à tout moment avant l'adoption de la loi du 22 janvier 2002. La nouvelle loi facilitera la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un conseil national de l'accès aux origines personnelles, organe indépendant, composé de magistrats, de représentants d'associations concernées par l'objet de la loi et de professionnels ayant une bonne connaissance pratique des enjeux de la question. D'application immédiate, elle peut désormais permettre à la requérante de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de sa mère sous réserve de l'accord de celle-ci de manière à assurer équitablement la conciliation entre la protection de cette dernière et la demande légitime de la requérante, et il n'est même pas exclu, encore que cela soit peu probable, que, grâce au nouveau conseil institué par le législateur, la requérante puisse obtenir ce qu'elle recherche.

La législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause. La Cour observe à cet égard que les Etats doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée. Au total, la Cour estime que la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs."

ti pravila razlage, ki bi komu v Turčiji ali kje drugje omogočilo, da bi z gotovostjo lahko trdil, ali bi ali ne bi anonimnost poroda vzdržala presojo Evropskega sodišča za človekove pravice v Strasbourgu.

2. Kako brati in razlagati sodno odločbo

Praktično vprašanje na uporabniški strani »sodne prakse«⁴⁰ je, kako razlagati sodne primere, ki prihajajo iz Strasbourga. Namesto napotitve na takšna ali drugačna trda pravila razlage bi pri tem raje najprej poudaril, kako *brati* posamezno zadevo.

Če kateri koli precedens prepustimo pravni analizi, moramo biti pozorni na tri pglavitne pravne vidike: *dejstva*, ki vplivajo na specifično realno konstelacijo, v kateri je bila odločitev sprejeta; *zadevo*, ki postavi ta dejstva v pravni kontekst in jih preoblikuje v pravno vprašanje, ki ga je treba rešiti; in *odločitev* sodišča, ki domnevno reši to vprašanje in pokaže na jasno stališče o tem primeru.⁴¹

Vsaka sodba Evropskega sodišča za človekove pravice je razdeljena na tri pglavitne dele. Naslov prvega je *Dejstva*, drugega *Pravo*, medtem ko tako imenovani *Operativni del* na koncu pomeni izvršitveno odločitev Sodišča. V primerjavi z anglo-ameriško tradicijo, kjer sodniki sami pišejo sodbe in kjer ni vnaprej določenih pravil o strukturi sodb, so odločbe Evropskega sodišča za človekove pravice visoko strukturirane in zato primerjalno transparentne ter razložljive. Sloveča kakovost teh sodb izvira tako iz njihove značilne strukture kot iz nenehnih prizadevanj Sodišča, da jih naredi razumljive in jedrnate. Nad pripravo vsake glavne sodbe, ki jo ponavadi izreče veliki senat 17 sodnikov, bedi poseben redakcijski odbor. Razprave sodišča pred končnim glasovanjem so v bistvu večinoma posvečene zaokroženemu branju in redakciji sodbe. Besedilo

⁴⁰ »Sodna praksa« je evfemistični izraz, ki se je uveljavil v slovenskem in jugoslovanskem pravu. Predstavlja del ideologije, po kateri imajo sodišča zgolj svojo »prakso«, ki pa nikogar ne zavezuje. To v nasprotju s francoskim izrazom »*jurisprudence*«, ki je kompromis med »sodno prakso« na eni ter pojmom zavezujočega »*case-law*« na drugi strani. Po drugi strani je tu tretji odstavek 1. člena zakona o ustavnem sodišču, ki pa le enigmatično pravi: »*Odločbe ustavnega sodišča so obvezne.*« – , ne pove pa za koga, v kolikšni meri, ali gre za pravni vir itd. Tu je govor o t. i. »binding effect« (»zavezujoči učinek«) ustavnosodnih odločb, ki je lahko (1) učinek *de facto*, (2) učinek *de iure* ali (3) učinek pravega pravnega vira – torej *erga omnes*. Ta materija bi pri nas zagotovo spadala v samo Ustavo.

⁴¹ Shematična delitev na *dejstva*, *zadevo* in *odločitev* je lahko zavajajoča – še posebno za tiste, ki niso vajeni kontekstualnega pravnega raziskovanja, analize primerov itd. Še zlasti pomembno je, da se razlika med dejstvi in zadevo primera ne vzame preveč dobesedno. Treba se je zavedati, da dejstva kot taka sploh ne obstajajo. Dejstva postanejo resnična le tedaj, ko se osvetlijo skozi določeno pravno prizmo. V to se tukaj ne utegnemo globlje spuščati, a hkrati tudi ne moremo parafrazirati Hobbesove slovitte izjave: "*Civil laws ceasing, facts also cease.*" Hobbes, *Leviathan*, XXVIII. poglavje, par. 3 *Leviathan*, by Thomas Hobbes (chapter27) [<http://etext.library.adelaide.edu.au/h/h68l/chapter27.html>].

odločbe naj bi izražalo prispevek sodnikov v odločilnih prvih razpravah, do katerih pride takoj po javnem zaslišanju (takrat, ko do njega sploh pride).

Videti je, da obstajajo tri vrste presoje s strani sodnikov Sodišča o določeni zadevi. Procesne obravnave se tičejo dopustnosti zadeve in razprave o procesno relevantnih dogodkih, včasih predložitve v zadnjem hipu in poteku javnega zaslišanja. Sam vsebinski diskurz zadeva dva glavna vidika. Prvi se nanaša na veljavno precedenčno pravo in na razpravo o vzporednicah med obravnavano zadevo ter morebitnimi precedensi.

Drugi vidik vsebinskega diskurza se nanaša na to, čemur Francozi pravijo *la qualification du cas*. Tukaj se pravna narava zadeve okarakterizira in tipizira v splošnem pravnem diskurzu, ki daleč presega razpravo o podobnostih med precedensi in obravnavano zadevo. Razpravlja se, pretehta jo in premislijo se različne pravne predstave, ki so del naše skupne pravne kulture. Upal bi si trditi, da je to tisti pravni diskurz, ki pomeni pravo vsebino notranjega diskurza Sodišča.

V delu *Pravo* vsake sodbe je ponavadi ključen odstavek in v njem en ali več ključnih stavkov. Tukaj ne mislim na *inter partes* namen sodbe, ki je del zadnjega operativnega dela. Če naj bi razumeli učinek *erga omnes* odločbe – to se bo namreč nanašalo na vse bodoče podobne zadeve – je jasno, da je zanj treba poiskati veljavno podlago.

Po drugi strani je razlaga precedensov *kontekstualna*.⁴² Ker je pomen odločitve v sodbi, ki je pogosto zajet v ključnem stavku ali odstavku sodbe, odvisen tako od dejanskega stanja kot od impliciranega pravnega pojmovanja zadeve, ključnega stavka nikoli ni mogoče ločiti od primera v celoti (*ratio decidendi*).⁴³

Doktrina precedensov nam pravi, da odločitev v primeru sega tako daleč, kolikor ji dovolijo dejstva.⁴⁴ To, da je o podobnih primerih treba odločati enako,

⁴² Glej *supra* opombo 7. V dunajski konvenciji o pogodbenem pravu iz leta 1969, njenem 2. in 3. členu, se beseda »kontekst« nanaša na *normativno* okolje določenega pravnega koncepta (besede). V 3.(b) členu je sklicevanje na »kasnejšo prakso v uporabi pogodbe«. Če precedenčno pravo Evropskega sodišča za človekove pravice predstavlja »kasnejšo prakso« v uporabi Konvencije, kar zagotovo drži, potem (1) je ta praksa za države članice zavezujoča in (2) razlaga precedensov mora biti »kontekstualna«. Seveda je ta *kontekstualnost* precedenčnega prava drugačna od normativne kontekstualnosti, ki je bila namen normodajalca dunajske konvencije o pogodbenem pravu.

⁴³ Perelman, *op.cit.* *supra* opomba 8, pri 36, navajajoč DIGESTAE, L. XVII, 1: *Non ex regula jus sumatur sed ex jure quod est regula fiat: "Il ne suffit pas de connaître les règles de droit. Une de principales tâches de l'interprétation juridique est de trouver des solutions aux conflits entre les règles, en hiérarchisant les valeurs que ces règles doivent protéger. C'est comme on le sait, cette fine hiérarchisation des droits constitutionnels qui a été et qui continue à être une des tâches principales de la Cour Suprême des Etats-Unis."*

⁴⁴ Načeloma je odločitev v primeru prav to (odločitev), vse dokler rešuje specifičen problem, ki ga predstavlja vzorec dejstev primera. Ostalo je *obiter dictum* (mn. *obiter dicta*). *Obiter dicta* imajo lahko pedagoški pomen in učinek – sporočilo, naslovljeno na nižjestopenjska sodišča – vendar niso zavezujoča niti za lasten vir (sodišče, ki ustvari precedens) niti za nižjestopenjska sodišča.

pomeni tudi, da odločitve v posameznem primeru ne moremo povzdigniti na raven splošnega načela – ločeno od dejanskega stanu konkretnega primera. Z drugimi besedami, ko pride do novega primera, bo uporabnost načela, doktrine ali pravila, vzpostavljenih s precedensom, načeloma veljala zgolj, če je dejanski stan primera istoveten, podoben, analogen ipd.

To lahko razumemo tudi tako, da primerjamo uporabnost na primer knjige Michela de Salvie⁴⁵ s primerovnikom (*casebook*), ki vsebuje vodilne primere Evropskega sodišča za človekove pravice. Knjiga de Salvie je izvrsten spominski pripomoček za nekoga, ki je že seznanjen s stotinami sodb Sodišča, seznanjen torej z njihovimi dejanskimi stanovi in pravnim kontekstom. Za začetnika pa je precej bolje, če se loti branja izbranih ključnih primerov v vsej njihovi kompleksnosti.

Še en način za razlaganje kontekstualnosti precedenčnega prava je, da se vprašamo, ali bi lahko trenutno sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice kodificirali v jedrnat sistem pravil, doktrin in precedensov. To bi bilo možno zgolj do določene mere ali pa sploh ne. Zakaj? Med drugim bi bil standardni odgovor, kar Sodišče tako pogosto poudarja v svojih odločbah, da je Konvencija »živi instrument«.⁴⁶ Sodišče zelo redko in zgolj takrat, ko za to obstajajo utemeljeni razlogi (*compelling reasons*), spreminja svoje precedenčno pravo in izrecno spremeni svoje poprej izraženo stališče.⁴⁷

Bolj verjetno je, da bo novi vzorec dejstev v novem primeru zahteval nov ali manj dvoumen pravni pristop pri reševanju tega primera.⁴⁸ V bistvu tako ne gre za spreminjanje precedenčnega prava, temveč za njegovo nadaljnjo diferenciacijo. Novi odtenki procesa odločanja odigrajo vlogo pri izpostavljanju novih pravnih vprašanj in pri vzpostavljanju novih precedensov (načel, doktrin, pravil) o nadrobnejših razlikah med poprej nediferenciranimi pravnimi vprašanji. Specifično novo pravno vprašanje je rešeno, o njem se glasuje in odloči. Zatem se stališče, ki je bilo izoblikovano tako, uporabi v drugih podobnih primerih, če in ko do njih pride. Upal bi si trditi, da je to – in ne samospreminjanje prej vzpostavljenih pravil – pravi pomen čarobnega reka, ki ga uporablja Sodišče in v skladu s katerim Konvencija ni statičen, temveč dinamičen in živ instrument

⁴⁵COMPENDIUM DE LA CEDH, Kehl/Strasbourg/-Arlington 1998.

⁴⁶Ta besedna zveza je uporabljena v tridesetih sodbah (v angleškem jeziku).

⁴⁷V ustavnem pravu (diskriminacijski primeri) pojem »utemeljeni razlogi« sproži uporabo najstrožjih meril presoje. Glej na primer: *Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. Cincinnati*, 54 F. 3d 261, 267 (CA6 1995): »The law will be upheld only if it is suitably tailored to serve a *compelling* state interest.«

⁴⁸Tipična primera sta *Comingersol v. Portugal*, sodba z dne 6. aprila, 2000, *Selmouni v. France*, sodba z dne 28. julija 1999.

prava človekovih pravic. Sodišče tako – predvsem z velikim senatom 17 sodnikov – razlaga Konvencijo in ustvarja nove precedense.

V povezavi s to kvazizakonodajno ustvarjalnostjo Sodišča se lahko zbudijo pomisleki. Vendar je danes, k sreči, to vprašanje, ki izvira iz tradicionalne in ideološko zasičene delitve oblasti med zakonodajno in sodno vejo – skupaj z nerealistično (milo rečeno) in epistemološko nevzdržno »kartezijansko« delitveno črto med abstraktnim in konkretnim – večinoma tehnično zastarelo in ideološko izrabljeno. V kontinentalni Evropi seveda vzvišenost te dialektike med abstraktnim in konkretnim⁴⁹ večinoma izpareva prek empiričnega ustvarjalnega reševanja problemov od primera do primera s strani ustavnih in mednarodnih sodišč.⁵⁰

Akademskim ustavnim pravnikom in sodnikom ustavnih sodišč je ta proces znan. To se še posebej nanaša na tiste države, kjer lahko državljani vlagajo individualne ustavne pritožbe (*Verfassungsbeschwerde* v Nemčiji, *amparo* v Španiji, *certioari* v Združenih državah itd.), saj je individualna ustavna pritožba v veliki meri analogna zahtevi po obravnavi (*application*, *requête*) pred Evropskim sodiščem za človekove pravice. S stališča posamezne države podpisnice Konvencije je tovrstna *in concreto* sodna prevera tudi najboljši domači mehanizem za pretres.

Ker ustavne pravice vključujejo precej širši krog pravic kot človekove pravice – slednje določajo zgolj *minimalne* standarde za 43 podpisnic Konvencije in se nanašajo na približno 800 milijonov ljudi od Islandije na zahodu do Rusije na vzhodu, od Norveške na severu do Turčije na jugu – je *in concreto* sodna prevera – ko je ta pravična in neodvisna – najboljše domače sredstvo. Ko je učinkovita, jo je treba uporabiti, preden primer sploh pride do Sodišča v Strasbourg.

⁴⁹ Glej širše: Unger, KNOWLEDGE AND POLITICS 88-100 (1975). Unger govori o »antinomiji pravil in vrednot«, torej o dialektiki, v kateri pride do vzpostavitve in utrditve jasnih pravnih pravil zato, da ta nadomestijo neoprijemljive vrednote, vendar se iz njih nenehno napajajo (s pomočjo teleološke razlage). Ta antinomija je še posebno pomembna v ustavnem pravu in mednarodnem pravu človekovih pravic. Ker vrednote vstopajo v konkretnih primerih, so usmerjene k učinkovanju na abstraktne precedense.

⁵⁰ Z vidika sistemske analize je pravni sistem – tako kot človekova zavest – mreža med seboj povezanih kanalov povratnih zvez (*feedback channels*). Ti kanali povratnih zvez dajejo povratno informacijo o izkušnjah, ki izvirajo iz resničnih primerov in ki jih sistem obravnava, nazaj v spomin pravnega sistema. Tako sistem naprej razvija svoje izkustvo, diferencira svoje pristope k reševanju problemov in se je sposoben učiti iz lastnih izkušenj. Pravni sistem je tako navidezna resničnost (pravna kultura) z večjim ali manjšim stikom z aktualno in dejansko družbeno, politično itd. resničnostjo države (ali mednarodne skupnosti). Pomembna razlika med tradicionalnim kontinentalnim pravnim sistemom in nastajajočo precedenčno empirično povratno zvezo (ki je tradicionalna v anglosaških pravnih sistemih) ustavnih sodišč je natanko v neposrednosti in velikosti zmogljivosti sistema, da se uči iz lastnih izkušenj. Z drugimi besedami povedano, sistem lažje vzdržuje stik s stvarnostjo, ki poveča ustreznost in družbeno relevantnost teh odzivov. Glavna ovira za uspeh tega koristnega procesa je morda politična, vendar v pretežni meri ovire izvirajo tudi iz ponotranjenega odnosa pravnikov, odvetnikov, sodnikov itd.

Njegova pristojnost je mednarodna in zato subsidiarna (dopolnilna, dodatna, pomožna), ob domačih pravnih sredstvih, ki jih je treba prej izčrpati.

Sklep

Razlaga sodb Evropskega sodišča za človekove pravice se v ničemer ne razlikuje od razlage katere koli druge precedenčne sodb katerega koli drugega sodišča. V zadnji analizi je edina razlika le v zaznavi obvezujoče narave sodb višjestopenjskih sodišč.

Ker sodniki nižjih sodišč vedo, da so sodb višjih sodišč za njih vsaj *de facto* zavezujoče, ti sodniki – celo v državah s kontinentalno pravno tradicijo – skrbno berejo in razlagajo sodb višjih (vrhovnih in ustavnih) sodišč. Zavedajo se, da je njihova neodvisnost v razmerju do višjih sodišč zgolj ideološko slepilo. Če bi vanj verjeli, bi višja sodišča njihove sodb vedno znova razveljavljala. Čeprav za nižja sodišča ni formalno zavezujoče, je zato na primer sodna praksa *Cour de cassation de facto* vir francoskega prava.

Z vidika nižjega sodišča je večšina branja sodb in razlaganja njenega pomena kot precedensa in njenega učinka manj jasna kot pa večšina razlage abstraktne pravne norme, ki jo postavi zakonodajalec. V najslabšem primeru gre za špekulacijo o izidu zadeve, če se stranki odločita vložiti pritožbo in če torej pritožbeno sodišče na novo odloča o zadevi.⁵¹

Zadeva, ki jo kdo vloži na Evropsko sodišče za človekove pravice (zahteva po obravnavi, *application, requête*), je lahko nedopustna iz več razlogov – *ratione materiae*, ker Konvencija ne pokriva vsebine zadeve, *ratione temporis*, ker se je dejansko stanje končalo pred začetkom veljave Konvencije, ker je bila vložena več kot šest mesecev po zadnji odločbi najvišje domače instance, ker domača sredstva niso bila izčrpana itd. A pri tem gre za procesna merila, ki dopuščajo veliko prostora za razlago.⁵²

Z vidika ustavnega sodišča ti procesni razlogi niso zanimivi. V razpravah ustavnega ali vrhovnega sodišča posamezne države, ki niso javne, je pravo vprašanje to, ali bo Evropsko sodišče za človekove pravice njihovo odločitev razveljavilo ali ne. Pri tem ne gre tako zelo za praktično vprašanje poglobljene

⁵¹ Seveda imamo v mislih, da so lahko razlogi za pritožbo v povezavi z navadnimi domačimi primeri omejeni, da se lahko tičejo zgolj povsem pravnih vprašanj, absolutno bistvenih procesnih kršitev itd. Kljub temu se zavedamo, da so ta razlikovanja relativna in ne tako čista, kot bi si morda mislili.

⁵² Kljub temu je od 95 odstotkov zavrženih vlog za obravnavo pred Evropskim sodiščem za človekove pravice, razen tistih, za katere se ugotovi, da so očitno neutemeljeni, večina vlog nedopustna prav zaradi teh procesnih razlogov.

razlage zadeve Evropskega sodišča za človekove pravice, temveč za preprosto zavest, da taka podobnost (analogija) med zadevo, ki jo obravnava domače sodišče, in specifičnim precedensom Evropskega sodišča za človekove pravice sploh obstaja. Če se domače sodišče zaveda podobnosti med domačo zadevo, o kateri mora odločiti, in precedensom Evropskega sodišča za človekove pravice, je situacija za domače sodišče že precej predvidljiva.⁵³

Čeprav so precedensi Evropskega sodišča za človekove pravice za države podpisnice Konvencije zgolj *de facto* zavezujoči, pa bi načeloma prvostopenjska sodišča in vsa višjestopenjska sodišča morala uporabljati Konvencijo (tako kot jo razlaga Evropsko sodišče za človekove pravice). Tako z vidika varstva človekovih pravic kot tudi postopkovne ekonomičnosti bi bila to v domačem pravnem sistemu idealna situacija.

Moramo pa se zavedati, da gre za dolgotrajen asimilacijski proces, tudi zaradi jezikovnih in drugih kulturnih komunikacijskih ovir.

Še več, stališče, ki ga Evropsko sodišče za človekove pravice sprejme glede posameznega pravnega vprašanja, se vedno sprejme prek specifične zadeve in v razmerju do specifičnega domačega pravnega sistema: britanskega, francoskega, nemškega, ruskega, švedskega, turškega itd. Sodišče le redko razglasi abstraktno odločbo, ki bi se lahko neposredno uporabila v domačih pravnih sistemih vseh držav podpisnic Konvencije.⁵⁴

Na sedanji stopnji razvoja obstajajo torej tri potrebe po razlagi. *Prvič*, odločbo Evropskega sodišča za človekove pravice je treba abstrahirati od diferencialnih posebnosti določenega primera in določenega domačega pravnega sistema; *drugič*, pomen odločbe je treba smiselno prestaviti v situacijo v domačem pravnem sistemu; in *tretjič*, odločbo je treba uporabiti na specifični domači zadevi, ki je v obravnavi. Jasno je, da lahko to delo najbolj opravi domače sodišče zadnje stopnje – v idealnem primeru, da ustavno sodišče uporabi precedens v *in concreto* sodni preveri. Naš praktičen nasvet glede tega je, da bi vsako od domačih sodišč zadnje stopnje moralo imeti izkušenega pravnika z dobrim poznavanjem precedenčnega prava Evropskega sodišča za človekove pravice.⁵⁵

⁵³ Znova je ta predvidljivost – v mislih imamo *sécurité juridique* – lateralna (temelji na logičnem sklepanju) in ne vertikalna (temelji na silogističnem razlogovanju). Vendar lateralno sklepanje, ki išče podobnosti, najde skupno zgornjo premiso v obeh primerih. Ko jo najde, je bolj verjetno, da bo precej bolj specifična kot pa tista, ki je izpeljana iz oddaljene zgornje premise. Posledično se predvidljivost in *sécurité juridique* sorazmerno povečata.

⁵⁴ Tako je bilo v primeru *Selmouni v. France* (glede definicije mučenja v povezavi s 3. členom Konvencije). Drug primer je lahko *Commingsol v. Portugal* (glede upravičenosti korporacij in morda drugih pravnih oseb do zahtevkov za povrnitev negmotne škode).

⁵⁵ Seveda imajo spletne strani Evropskega sodišča za človekove pravice (www.echr.coe.int) iskalnik, s katerim se lahko najdejo sodbe po določeni temi. Toda pri uporabi iskalnika je treba znati navesti tako specifično

Ko enkrat domače sodišče zadnje stopnje ugotovi podobnost med primerom, ki ga obravnava, in specifičnim precedensom Evropskega sodišča za človekove pravice, se postavi vprašanje, ali domač primer njegove razločujoče značilnosti ločijo od zadevnega precedensa Evropskega sodišča za človekove pravice. Z vidika domačega sodišča je morda prav ta »diferencialna diagnoza« mejnega primera eden najtežjih vidikov razlage. Predvideva namreč popolno poznavanje konteksta precedenčnega prava, znotraj katerega se zaznava specifični precedens.

Ker je uporabljivost precedensa včasih sporna tudi na Evropskem sodišču za človekove pravice, se lahko zgodi, da tudi domače sodišče težko loči uporabljivost enega precedensa v nasprotju s katerim drugim ali sploh nobenim.⁵⁶ Na sedanji stopnji nacionalne asimilacije mednarodnega prava človekovih pravic morda ni realistično pričakovati od vseh držav podpisnic Konvencije, torej od njihovih sodišč zadnje stopnje, da bodo zmožne izvajati to diferencialno diagnozo, čeprav bodo seveda britanska lordska zbornica, francoski *Cour de Cassation*, nemški *Verfassungsgerichtshof* v Karlsruheju ali nizozemsko vrhovno sodišče in drugi izvedli prav to. Normalno je, da Evropsko sodišče za človekove pravice upošteva njihove argumente, ki jih navedejo v razpravi o uporabnosti specifičnega precedensa in ki so lahko povsem prepričljivi.

Zdaj postane jasno, kako je Evropsko sodišče za človekove pravice – kljub vsem formalističnim nasprotnim argumentom – mednarodno ustavno sodišče s pooblastilom sodne prevere *in concreto* in z *de facto* učinkom *erga omnes* njegovih sodb.⁵⁷

Iz angleškega izvirnika prevedel: Dean Zagorac

besedno zvezo (tako v angleškem kot v francoskem jeziku), ki navrže relevantne sodbe in odločitve o dopustnosti.

⁵⁶ Glej na primer *Hatton v. U. K.* kot tudi *Ezeh and Connors v. U. K.* in še posebej ločena mnenja.

⁵⁷ Natančneje o tem vprašanju glej v: Zupančič, DROIT CONSTITUTIONNEL ET JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Tentative de synthèse, in 2001 *Annuaire de droit constitutionnel* p. 14 (Economica, Marseilles 2001).