



Revus

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

8 | 2008

Sodniki in pravna kultura

Smiselnost uvedbe ločenih mnenj pred Sodiščem Evropskih skupnosti

*Appropriateness of the Introduction of Separate Opinions at the European Court
of Justice*

Anže Erbežnik



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/661>

DOI: 10.4000/revus.661

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 septembre 2008

Number of pages: 67-84

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Anže Erbežnik, « Smiselnost uvedbe ločenih mnenj pred Sodiščem Evropskih skupnosti », *Revus* [Spletna izdaja], 8 | 2008, Datum spletne objave: 25 octobre 2011, ogled: 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/661> ; DOI : 10.4000/revus.661

All rights reserved

Anže Erbežnik

Smiselnost uvedbe ločenih mnenj pred Sodiščem Evropskih skupnosti

Namen tega prispevka je predlog reforme načina sodnega preudarjanja Sodišča Evropskih skupnosti (SES) v smislu uvedbe ločenih mnenj z ozirom na transformacijo EU v enotno ustavno entiteto in poudarjeno vlogo človekovih pravic v zadevah, ki jih presoja sodišče. Prikazal bi rad, da sedanji monolitni sistem odločanja več ne ustreza in da ohranitev legitimnosti sistema naravnost terja bistveno kakovostno spremembo načina dela v smislu večje preglednosti. V ta namen bodo najprej prikazani teoretični modeli sodnega preudarjanja, sledila bo njihova primerjava v luči analize praktičnih primerov pred SES, na koncu pa bo predstavljena še izkušnja Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) kot večnacionalnega sistema z institutom ločenih mnenj.

Ključne besede: ločena mnenja, Sodišče Evropskih skupnosti, Evropsko sodišče za človekove pravice, modeli sodnega preudarjanja, človekove pravice, Listina EU o temeljnih pravicah

1 MODELI SODNEGA PREUDARJANJA

Postopek sodnega preudarjanja (glede dokončne odločitve) pomeni skrivno fazo sodnega postopka, v kateri je sodelovanje javnosti izključeno. Vendar se to preudarjanje (v sistemu, ki ne uporablja porote) lahko kaže v obrazložitvi odločbe. Pri tem ločimo tri modele preudarjanja, kot prikazuje Lasser: *razcepljeni* (*bifurkativni*), ki razločuje med odločitvijo in notranjim postopkom sodnega preudarjanja; *argumentativno-prepleteni*, pri katerem se notranji postopek sodnega preudarjanja zrcali v odločbi; ter *mešani model*, ki je kombinacija obeh sistemov. V nadaljevanju bom na kratko povzel temeljne značilnosti posameznih modelov, ker je to nujni pogoj za razumevanje vprašanja o smiselnosti ločenih mnenj.¹

¹ Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations, A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, New York, Oxford University Press, 2004; glej tudi Mitchel Lasser, *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy* (2003); v slov. prevodu Andreja Kristana, O treh modelih sodniškega nadzora, razpravljanja in pravosodne legitimnosti, *Revus* (2006) 6, 13–56.

1.1 Strogi razcepljeni model

V tem sistemu je sodno preudarjanje skrito pred javnostjo, ki je deležna zgolj shematske sodne odločbe. V francoskem sistemu je takšna razcepitev (ločitev dveh sfer) posledica stroge delitve med zakonodajno, izvršilno in sodno vejo. Javnosti se razsojanje prikazuje kot pravni silogizem v smislu kombinacije spodnje in zgornje premise ter izpeljave sklepa. To pa ne pomeni, da tudi v takšnem sistemu ne poteka dinamični postopek razprave med sodniki, vendar je namenjen zgolj stroki (»pravni eliti«).² Ker pa dejanska uporaba prava ni tako preprosta, je moral tudi ta sistem potihoma sprejeti živahen, a skrit postopek, ki združuje doktrinarno teorijo ter mnenja in poročila sodnih uradnikov. Tako se na primer kratke odločbe Kasacijskega sodišča (*Cour de Cassation*) objavljajo skupaj z doktrinarnimi analizami. Hkrati obstajajo tudi sklepni predlogi generalnega pravobranilca (sodnega uradnika, pridruženega delu sodišča), sodnik poročevalec pa pripravi poročilo in več možnih osnutkov odločb, ki pa se le redko objavijo. Ti neobjavljeni dokumenti odkrivajo odprt in k pravičnosti usmerjen pristop, ki se dovoljuje, ker sodna praksa v francoskem sistemu ne pomeni formalnega pravnega vira. Lasser meni, da je takšen sistem sprejemljiv glede na institucionalno strukturo francoskega sodstva s striktno hierarhijo z izjemno strogim izbirnim postopkom v sferi izobraževanja. Francoski sodniki se ocenjujejo in nadzirajo vso kariero. Na vrhu sistema (pri Kasacijskem sodišču) je »elita« kakšnih 200 sodnikov in odvetnikov, vzgojena v republikanskem duhu, ki ji sistem zaupa pred javnostjo skrito preudarjanje.³

1.2 Argumentativni-prepleteni model

V ameriškem sistemu je sodstvu podeljena pristojnost soustvarjanja prava s sistemom precedensov, pri čemer se postopek sodnega preudarjanja kaže v odločbi.⁴ Odločitev sprejme večina, dopustna pa so ločena odklonilna in pritrdilna mnenja. To pomeni, da so obrazložitve odločb obsežne, z združevanjem in ob iskanju ravnotežja med formalističnim in pravno-političnim diskurzom. V takšnem sistemu sodnik ni primarno legitimiran na podlagi institucije, temveč je avtonomni posameznik, ki si mora pridobiti spoštovanje z odločbo.⁵ *Vrhovno sodišče ZDA* je najboljši zgled takšnega sistema.⁶ Glede na majhno število pri-

2 Lasser 2004 (op. 1), 30–34 in 38–60.

3 Lasser 2004 (op. 1), 39–46, 168–174 in 179–200. Glej tudi Tanja Petelin, Vloga Kasacijskega sodišča v francoskem pravnem sistemu, *Revus* (2006) 6, 57–71.

4 Pomembna značilnost ameriškega sistema je primacija Vrhovnega sodišča ZDA nad razlago zvezne ustave, zlasti njenega Bill of Rights (glej že *Marbury proti Madisonu*, 5 U. S. 137 (1803) (www.findlaw.com)).

5 Lasser 2004 (op. 1), 78, 303 in 311–315.

6 Sestavlja ga 9 sodnikov, izbranih za nedoločen čas (»during good behavior«). Imenuje jih predsednik ZDA po posvetovanju in odobritvi senata (večina glasov). Kvorum sestavlja šest sodnikov. Sodišče na leto presodi le manjše število primerov (okoli 100) glede na sistem, v

merov, ki jih vsako leto obravnava (okoli 100), ima zelo omejen nadzor nad delom nižjih sodišč ter mora zato svojo odločitev utemeljiti na prepričljivih argumentih (vpliv temelji na moči logike, ne na logiki moči). Razveljavitev sodbe nižjega sodišča ima negativne posledice za sodnika nižjega sodišča glede na njegov strokovni položaj.⁷ Tudi tukaj je postopek preudarjanja tajen (*Washington's best-kept secret*) in mu sledi določitev sodnika, ki bo napisal večinsko mnenje. Vendar je to notranje preudarjanje mogoče poustvariti na podlagi odločbe.⁸ Izrek se sprejme z večino glasov (poimensko navedenih sodnikov, obstaja tudi možnost sodbe *per curiam*, pri kateri sodniki poimensko niso navedeni) in ima vrednost precedensa, kar pa ne velja za mnenje. Če se lahko večina sporazume o določenem mnenju, bo to postalo mnenje sodišča in bo imelo naravo precedensa. Če pa takšne večine ni, bo o zadevi odločeno v skladu z izrekom, določen sodnik pa bo napisal mnenje, ki se mu lahko pridružijo preostali. Lahko pa podajo tudi ločena mnenja – pritrdilna ali odklonilna. Posledično je lahko izid kompleksen kot posledica intenzivnih razprav med sodniki, če je sodišče razdeljeno.⁹ Zato tudi sama odločba kaže na navzkrižni dialog med večino in manjšino (neposredno sklicevanje in citiranje med mnenji).¹⁰ Argumentativni model z možnostjo ločenih mnenj je uveljavljen tudi pred *Evropskim sodiščem za človekove pravice* (ESČP) pri uporabi Evropske konvencije o varstvu človeko-

katerem se večina primerov predloži s tako imenovanimi prošnjami za *writ of certiorari* (pravica višjega sodišča prevzeti primer nižjega sodišča zaradi nadzora). Kolikor pa je predvidena pritožba, jo je treba podati (*writ of appeal*). Sodišče ima diskrecijsko pravico, da sprejme obe vrsti vlog in tako popolni nadzor nad pripadom zadev. Kolikor se primer ne črta in štirje sodniki podpirajo presojo (pravilo štirih), se primer dopusti in se določi ustna obravnava. Glej Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth in Sara C. Benesh, *The Supreme Court in the American Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

7 Segal in drugi (op. 6), 290–293.

8 Segal in drugi (op. 6), 275–281, 299–311 in 337–346.

9 Kot dober primer nastopajo odločbe v zvezi z vprašanjem ravnanja s terorističnimi osumljenici – glej *Hamdan proti Rumsfeldu in drugim*, 548 U. S. 557 (2006), o nezakonitosti sojenja po vojaških komisijah:

»Sodnik STEVENS je naznanil sodbo sodišča in podal mnenje sodišča glede delov I do IV, VI do VI-D-iii, VI-D-v in VII, ki se mu pridružujejo sodniki KENNEDY, SOUTER, GINSBURG in BREYER, ter mnenje glede delov V in VI-D-iv, ki se mu pridružujejo sodniki SOUTER, GINSBURG in BREYER. Sodnik BREYER je podal pritrdilno mnenje, ki se mu pridružujejo sodniki KENNEDY, SOUTER in GINSBURG. Sodnik KENNEDY je podal deloma pritrdilno mnenje, ki se mu glede delov I in II pridružujejo sodniki SOUTER, GINSBURG in BREYER. Sodnik SCALIA je podal odklonilno mnenje, ki se mu pridružujeta sodnika THOMAS in ALITO. Sodnik THOMAS je podal odklonilno mnenje, ki se mu pridružuje sodnik SCALIA in ki se mu pridružuje sodnik ALITO z izjemo delov I, II-C-1 in III-B-2. Sodnik ALITO je podal odklonilno mnenje, ki se mu pridružujeta sodnika SCALIA in THOMAS glede delov I do III. Predsednik sodišča ROBERTS ni sodeloval pri presoji in odločanju v primeru.«

10 Glej tudi Segal in drugi (op. 6), 334–335.

vih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP).¹¹ Pri tem pa mora biti sodnik države članice, ki se ji očitata kršitev, član razpravnega senata (členi od 27 do 31 EKČP). Vendar je vidnost preudarjanja skozi sodbo manjša, kot to velja za ameriški sistem, razprava pa je enostranska (ločeno mnenje se sklicuje in razčlenjuje odločitev večine, ne pa tudi nasprotno).

1.3 Mešani model

Ta pristop združuje elemente obeh opisanih sistemov tako, da sodne odločbe podaja navzven enoglasno sodišče (ni ločenih mnenj), vendar na bolj argumentiran način (v nasprotju francoskega izvirnika), s čimer se vsaj deloma sluti potek sodnega preudarjanja, kot kaže primer Sodišča Evropskih skupnosti.¹² Obstaja institut generalnega pravobranilca (in njegovih sklepni predlogov), ki na vsestranski način opredeljuje zadevo. Njegov položaj je »izenačen« s položajem sodnikov v smislu organizacije in številnih pristojnostih, njegovi sklepni predlogi pa pomenijo temeljito primerjavo s preteklimi odločitvami sodišča ter z doktrinarnimi prispevki (neke vrste objektivno *amicus curiae* mnenje – člen 222(2) Pogodbe ES). Vendar ostaja problem, da se slednji podajo pred dejanskim preudarjanjem sodišča (*a priori*) in jih zato ni mogoče obravnavati kot oblike ločenega mnenja. Posledično ni obojestranskega dialoga med generalnim pravobranilcem in sodiščem.

2 OCENA PREDSTAVLJENIH MODELOV

Lasser meni, da imajo vsi trije predstavljeni modeli ustrezno demokratično legitimnost v svojem okolju.¹³ V nasprotju s tem bi sam želel podati bolj zadržano mnenje glede razcepljenega (bifurkativnega) sistema. Menim namreč, da ima ta več demokratičnih deficitov glede načela vladavine prava in temeljnih človekovih pravic. Prva negativna stran je, da se *postopek preudarjanja ne zrcali*

11 Sodišče je bilo v sedanjih obliki (enotno sodišče brez komisije) opredeljeno s Protokolom št. 11 k EKČP (1994, veljati začel 1998). Trenutno (sprememba s strani Protokola 14 čaka na ratifikacijo Ruske federacije – uvaja npr. sodnika posameznika in več nadzora nad pripadom zadev) sodišče odloča v naslednjih postavah: senat treh sodnikov lahko soglasno odloči, da je pritožba nedopustna ali jo izbriše iz seznama primerov, senat sedmih sodnikov in veliki senat 17 sodnikov. Glej podrobneje Clare Ovey in Robin White, *Jacobs and White, European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 6–8; glej tudi <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>.

12 Sodišče sestavlja 27 sodnikov in osem generalnih pravobranilcev. Odločitve sprejema v zasedbi treh ali petih sodnikov, kot veliki senat (13 sodnikov) in v popolni sestavi. Za zadevo se imenuje sodnik poročevalec, ki poda poročilo, hkrati pa javno predstavi svoje sklepne predloge generalni pravobranilec. Po takšni predstavitvi sodišče sprejme odločitev na podlagi osnutka sodbe sodnika poročevalca. Glej podrobneje pod curia.europa.eu.

13 Lasser 2004 (op. 1), 330.

v obrazložitvi odločbe.¹⁴ S tem je strankam v postopku onemogočeno popolno razumevanje sodbe sodišča (obrazložitev ni odsev preudarjanja). Brez tega pa se stranki kršita *pravici do pravnega sredstva in poštenega postopka* – degradacija posameznika iz subjekta v objekt.¹⁵ Tak sistem spominja na Platonovo »plemenito laž«, ko se splošna javnost pojmuje kot nedorasla za razumevanje dinamike postopka sodnega preudarjanja. Posledično tudi ni razvidno, da je sojenje ustvarjanje prava, in ne samo njegova uporaba.

Druga pomanjkljivost je *institucionalni temelj sodne oblasti*. Sodnikova avtoriteta v razcepljenem sistemu temelji na njegovem institucionalnem položaju, torej primarno na *argumentu moči, in ne na moči argumenta*.¹⁶ Nasprotno pa bolj odprt postopek preudarjanja (viden skozi odločbo) omogoča funkcionalno legitimacijo sistema (v nasprotju z zgolj normativno)¹⁷ in pomeni emanacijo višje stopnje moralnega razvoja družbe, na kateri se posamezniki ne podrejujejo sodnikovi avtoriteti zaradi njegove funkcije, temveč zaradi smiselnosti, premišljenosti in racionalnosti njegovih argumentov, ob zadostitvi občutku pravičnosti.¹⁸ Problematičen pa je tudi *zaprti sistem izbire in ocene sodnikov*, ki temelji na nenehni hierarhični presoji nadrejenih (kot temelju napredovanja), saj preprečuje uveljavitev inovativnih rešitev ter onemogoča napredovanje neortodoksnih posameznikov na vrh sodne piramide. S tem pa postane sistem žrtev *povprečenja* (kot je ta pojem uporabil J. S. Mill).

14 Nasprotno pa argumentativni model s sistemom ločenih mnenj razkriva »notranjo dinamiko oblikovanja sodne odločitve«. Glej Ciril Ribičič, Ločena mnenja in varstvo človekovih pravic, *Pravna praksa*, 41–42/2006, priloga.

15 Takšna pravica je izrecno navedena v členu 13 Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP) in posredno v členu 6 EKČP glede pravice do poštenega postopka ter v zvezi s kazenskimi postopki v členu 2 Protokola 7 k EKČP. Francoski sistem je zaradi potrebe po uskladitvi z EKČP že bil prilagojen, kar zadeva dostopnost do poročila sodnika poročevalca in osnutka odločbe. Glej npr. *Reinhardt in Slimane-Kaïd*, ESČP, št. 23043/93 in 22921/93, sodbi z dne 31. marca 1998, Reports 1998-II (www.echr.coe.int) – glede Kasacijskega sodišča (fr. *Cour de Cassation*), in *Kress proti Franciji*, ESČP, št. 39594/98, sodba z dne 7. junija 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-VI – glede Državnega sveta (fr. *Conseil d'Etat*).

16 Boštjan M. Zupančič, *Pravo in prav*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 1990, 15.

17 Tako npr. Teršek zagovarja mnenje, da ustavno pravotvorje na funkcionalni ravni temelji na moči prepričevalnega argumenta, pri čemer ločena mnenja odsevajo zorne kote (strokovne ali strokovno pogojene vrednostne preglede), ki jih obrazložitev večine ne navedejo, in s tem bistveno pripomorejo k univerzalnosti ustavnopravnega diskurza. Hkrati pa meni, da ustvarjanje zunanje fasade enotnosti ni v skladu z modelom ustavne demokracije, ki jo živimo, temveč pomeni ravno nasprotno – prevladovanje logike moči za zagotavljanje reda, miru, poslušnosti in stabilnosti v družbi. Takšnemu stališču gre v celoti pritrditi. Andraž Teršek, Legitimnost kot prva političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije, doktorska naloga, Ljubljana, Pravna fakulteta, 2007, 392–402; glej tudi Andraž Teršek, Ločena mnenja – obogatitev pravnega mišljenja, *Pravna praksa*, 29–30/2007.

18 Lawrence Kohlberg, *Die Psychologie der Moralentwicklung*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1996.

Po mojem prepričanju ta sistem tudi *ni dovolj avtonomen, da bi ustavil morebitne nedemokratske trende* v družbi, kot to omogoča argumentativni model. Če sodniku ni priznana vloga ustvarjanja prava (ampak se sistem pretvarja, da pravo le uporablja), potem ne bo mogel izpolniti svoje temeljne naloge v družbi – varstvo posameznika pred samovoljo (tiranijo) večine. Sodni sistem, ki ne omogoča (npr. zaradi sistema napredovanja ali zaradi sistema plač) sodelovanja avtonomnega in iznajdljivega sodnika s kritičnim mišljenjem (tudi zoper stališča svojih nadrejenih), je v nevarnosti, da bo služil katerim koli ciljem zakonodajalca. To prikazuje tudi Lasserjev prikaz ohranitve francoskega pravosodnega sistema kljub spremembam oblasti.¹⁹ V demokratični družbi se sodstvo ne sme pojmovati kot vrsta uprave, temveč je njeno nasprotje. Obstaja, da varuje posameznika pred upravno logiko, ki je naravno podvržena razosebljanju posameznika in kršitvam človekovih pravic glede na poudarjeno učinkovitost. Sodni sistem, ki je preveč zrcalna slika uprave, ni sposoben ustrezno preprečiti negativnih trendov moderne družbe, kot jih je analiziral Z. Bauman.²⁰ Razcepljeni sistem ima torej več bistvenih pomanjkljivosti v luči demokratičnega pravnega diskurza, kar bo v nadaljevanju prikazano ob praktičnih primerih.

3 POTREBA PO VEČJI PREGLEDNOSTI PRED SODIŠČEM EVROPSKIH SKUPNOSTI

3.1 Sodišče kot »ustvarjalec« prava

Sodišče Evropskih skupnosti je v preteklosti bistveno premaknilo in še premika meje evropske integracije. Tako je npr. vzpostavilo načeli supremacije²¹ in neposrednega učinka,²² pravilo vzajemnega priznavanja,²³ Pogodbo ES je opredelilo kot »ustavni« dokument (*Parti Ecologiste 'Les Verts' proti Evropskemu parlamentu*, zadeva 294/83), razširilo je poseg prvega v tretji steber (*Komisija proti Svetu*, zadeva C-176/03) itd. Tako je prevzelo vlogo *de facto* zakonodajalca ob uradnem zakonodajalcu (Svetu in Parlamentu). Njegove odločbe pogosto spominjajo na sodniški aktivizem Vrhovnega sodišča ZDA v smislu ustav-

19 Lasser 2004 (op. 1), 189.

20 Bauman je opravil analizo sodobne družbe kot vzroka za holokavst in zaključil, da dogodki v Nemčiji niso bili zlom sodobne družbe, temveč »spatek« te družbe (njeni najbolj uničevalni potenciali). Zygmunt Bauman, *Modernity and the Holocaust*, Cambridge, Polity Press, 2005, 83–116.

21 ECJ, zadeva 6/64, *Costa proti ENEL* (www.curia.europa.eu).

22 ECJ, zadeva 26/62, »*Van Gend en Loos*«.

23 ECJ, zadeva 120/78, »*Cassis de Dijon*«.

nopravne presoje (*judicial review*)²⁴ in Evropskega sodišča za človekove pravice.²⁵ Naveden sistem ustreza konceptu, ki sem ga poimenoval *evolutivna teorija razvoja prava*. Takšna teorija temelji na štirih temeljnih stebrih: nevarnost absolutne ideje (z izjemo človekovih pravic); koncept evolutivnega moralnega razvoja; potreba po postopnem družbenem napredku; in temeljna vloga sodnika. V takšnem sistemu sodišče prevzame vlogo varuha družbe – posledično ne sprejema vrednostno nevtralnih odločitev, temveč postane ustvarjalec vrednostnih vsebin, ki varujejo svoboščine posameznika. Najvišje oziroma posebno sodno telo v takšnem sistemu podaja razlago temeljne družbene listine (ustave) v skladu s potrebami časa.²⁶ Seveda ima tudi tak sistem svoje slabosti (očitek »vladavine sodstva«),²⁷ saj ni jasne meje med *vlogo sodstva kot pozitivnega varuha pravic posameznikov in avtoritativnimi odločbami sodnikov na podlagi lastnih preferenc* (nevarnost nastanka neke vrste iranskih varuhov).²⁸ Vendar ima v družbi ustaljenih univerzalnih človekovih pravic, ki veljajo nediskriminatorno za vse, tak sistem zlasti pozitivne učinke, kot kaže primer Evropskega sodišča za človekove pravice, ki je pripomoglo k nepojmljivo hitri uveljavitvi človekovih pravic v Evropi. Pri tem pa tudi v takem sistemu obstaja polje proste presoje (*margin of appreciation*) kot nihanje med dvema dopustnima skrajnostma razumevanja norme.²⁹ Posledično mora sprejemljiv sistem sodniškega soustvarjanja prava imeti naslednje značilnosti:

- upoštevanje koncepta človekovih pravic kot temelja celotne družbene ureditve (absolutna veljava koncepta človekovih pravic);
- omejitve sodišča na temeljna ustavna vprašanja ob upoštevanju (kot zgolj enega izmed dejavnikov) večinske volje;³⁰

24 Zgodovinsko gledano je začetek »*judicial review*« v ZDA primer *Marbury proti Madisonu*, 5 U. S. 137 (1803), v katerem je Vrhovno sodišče prvič razveljavilo zvezni zakon.

25 »... *the Convention is a living instrument which ... interpreted in the light of present-day conditions ...*« – *Tyrer proti Združenemu kraljestvu*, sodba z dne 25. aprila 1978, Series A 26.

26 Pri tem je vprašljivo, ali je bil takšen koncept tudi neposredno cilj sistema zavor in ravnovesij v času sprejetja Ustave ZDA. Vsekakor pa je skozi razvoj postal del ameriške sodne tradicije, zlasti po pozitivni vlogi Vrhovnega sodišča ZDA pod vodstvom Earla Warrena z odločitvami, kot je *Brown proti Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) (desegregacija javnih šol). Glej Robert Lowry Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas, Kansas University Press, 1989, 81–101.

27 Glej Raoul Berger, *Government by Judiciary, The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, 1997, 322–336 in 402–427. V zvezi s kritiko »*judicial review*« glej tudi Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, *Yale Law Journal* (2005) 115, 1406.

28 Glej npr. iransko ustavo in vlogo sveta varuhov – <http://www.iranonline.com/iran/iran-info/Government/constitution.html>.

29 V sistemu, v katerem ne veljajo človekove pravice za vse, je sodni aktivizem izjemno nevaren, kot kaže primer Vrhovnega sodišča ZDA *Dred Scott proti Sandfordu*, 60 U. S. (19 How.) 393 (1856), glede vprašanja suženjstva.

30 Glej Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Heaven, Yale University Press, 1991, 108.

- sodišče ne more začeti postopka po uradni dolžnosti (primer najde sodišče, ne sodišče primer);
- senat večjega števila sodnikov kot jamstvo vsestranske racionalnosti odločanja;
- obveza temeljite obrazložitve odločbe, ki odseva notranji postopek preudarjanja glede na koncept sojenja kot umetnost praktične logične argumentacije tako racionalnega kot iracionalnega na podlagi kritične analize argumentov;
- imenovanje sodnikov s strani zakonodajalca, ob morebitnem sodelovanju izvršilne oblasti v postopku predlaganja kandidatov;
- spoštovanje pravne varnosti in enakosti pred zakonom (načelo enakosti pa naravnost zahteva sistem precedensa);
- upoštevanje obstoječe družbe v določenem času in prostoru;
- samoomejevanje v smislu razumevanja vloge sodnika v demokratični družbi in sistemu delitve oblasti.³¹

3.2 Človekove pravice – še en izziv za Sodišče Evropskih skupnosti

V prvih desetletjih obstoja takratne Evropske gospodarske skupnosti (EGS) so bili primeri, posredovani Sodišču Evropskih skupnosti, pretežno gospodarske narave, četudi so bile človekove pravice priznane kot pomembna kategorija (splošna načela pravnega reda Skupnosti), ki se mora upoštevati.³² Tako je hibridni način sodnega preudarjanja v smislu kombinacije razcepljenega (bifurkativnega) in argumentativno-prepletenega sistema lahko deloval v preteklosti. S teleološko (namensko) razlago je sodišču uspelo Skupnost permanentno povezati kljub političnim nesporazumom o njeni naravi. Pri tem je iskalo ravnotežje med koherentnostjo prava Skupnosti in posebnostmi nacionalnih sistemov ter zato omejilo svoje delovanje na določena področja – gospodarski vidik.³³ Vzpostavitev tristebne strukture, uvedba koncepta državljanstva Unije (Maastrichtska pogodba) in njegovo sodno razumevanje³⁴ in sprejetje Listine

31 Če se nakazane meje prestopijo, sodniki niso več soustvarjalci prava, temveč postanejo njegovi uničevalci. Glej tudi Cardozo (op. 30), 129.

32 Glej ECJ, zadeva 29/69, *Stauder proti Mestu Ulm*. Glej tudi Josephine Steiner, Lorna Woods in Christian Twigg-Flesner, *EU Law*, 9. izdaja, Suffolk, Oxford University Press, 2006, 116–117.

33 Glej npr. ECJ, zadeva C-159/90, *SPUC proti Groganu in drugim*.

34 Glej npr. naslednje primere Sodišča Evropskih skupnosti: zadeva C-224/98, *D'Hoop proti Office National de l'emploi* – neposredni učinek člena 18 Pogodbe ES (državljanstvo Unije), zadeva C-413/99, *Baumbast, R proti Secretary of State for the Home Department* – prosto gibanje ne zahteva ekonomske navezne okoliščine, zadeva C-184/99, *Grzelczyk* – podpora študentom, zadeva C-200/02, *Catherine Zhu, Man Lavette Chen proti Secretary of State for the Home Department* – združitev družine itd.

EU o temeljnih pravicah pomenijo bistveno spremembo narave evropske integracije. V povezavi se kaže potreba po širši vključitvi človekovih pravic v okvir sodne presoje v smislu sodne opredelitve temeljnih pravic na ravni EU (sodna razlaga Listine) z bistvenim povratnim učinkom na države članice.³⁵ Ni namreč jasno, *ali je mogoče omejiti opredelitve iz Listine (kljub členu 51 Listine) zgolj na zadeve EU glede na prepoved nasprotne diskriminacije in načelo enakosti v nacionalnih sistemih* (vprašljivo je, ali lahko nacionalno sodišče uporablja dva različna standarda, enega za zadeve EU in drugega za notranje zadeve).³⁶ Posledice so daljnosežne in postavljajo *vprašanje legitimnosti uporabe koncepta vzajemnega priznavanja v razmerju do človekovih pravic*.

Vzajemno priznavanje je učinkovit instrument v okviru mednarodnih organizacij in sporazumov (npr. EKČP), kjer mednarodno telo (npr. ESČP) opredeljuje minimalne standarde. Vsaka država, udeležena v takšnem sistemu, lahko uporabi tudi strožje standarde. Vendar ni jasno, ali je to mogoče v EU. Ta ni mednarodna organizacija, temveč »ustavna« entiteta³⁷ s temeljnimi pogodbami, Listino o temeljnih pravicah, konceptom državljanstva (ločenega od gospodarske vezi)³⁸ in z lastnimi pristojnostmi (države članice so nanjo prenesle velik del svoje suverenosti). Vzajemno priznavanje v takšnem okviru lahko na področju človekovih pravic pripelje do tega, kar Dworkin imenuje »zakoni šahovnice« (*»checkerboard« laws*)³⁹ – poskusa povezovanja nezdružljivih načel (npr. različnih postopkovnih jamstev v različnih delih skupnosti).⁴⁰ Takšna rešitev je vprašljiva z vidika vladavine prava. Koherentnost namreč zahteva enako razumljene človekove pravice, ki ne varujejo le posameznika, temveč pomenijo nekakšno »lingua franca« ter zagotavljajo strukturo pravnemu diskurzu.⁴¹ Zato obstaja potreba po soglasju v EU glede temeljnih človekovih pravic, ki se bodo popolnoma enako razlagale tako v zadevah EU kakor v nacionalnih zadevah. Zdi se verjetno, da bo EU v prihodnje, kar zadeva Listino EU o temeljnih

35 Glej tudi Armin von Bogdandy, *The Prospect of a European Republic: What European Citizens are Voting on*, *Common Market Law Review* (2005) 42, 939; Sionaidh Douglas-Scott, *A Tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights acquis*, *Common Market Law Review* (2006) 43, 661.

36 Valsamis Mitsilegas, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal matters in the EU*, *Common Market Law Review* (2006) 43, 1277–1311, 1303. Glej tudi Francesco de Cecco, *Room to move? Minimum harmonization and fundamental rights*, *Common Market Law Review* (2006) 43, 9–30.

37 Glej tudi Joseph H. H. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 221–222.

38 Steiner in drugi (op. 32), 508–525.

39 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, 306; glej tudi 178–186.

40 Glej tudi Anne Weyembergh, *Approximation of Criminal Laws, The Constitutional Treaty and the Hague Programme*, *Common Market Law Review* (2005) 42, 1576–1577.

41 Glej Bogdandy (op. 35), 937.

pravicah, doživela *pretvorbo, podobno tisti, ki se je v ZDA zgodila na podlagi XIV. amandmaja k Ustavi ZDA*, kjer je bilo zelo omejeno pravilo (sprejeto z namenom zagotavljanja pravic afro-ameriškega prebivalstva po koncu suženjstva) kasneje razširjeno z odločbami Vrhovnega sodišča ZDA v smislu uporabe *Bill of Rights* v posameznih zveznih državah.⁴² Glede na navedeno je v prihodnje potreben bistveno drugačen postopek preudarjanja pred Sodiščem Evropskih skupnosti glede na potrebo po skladni uporabi teorije o človekovih pravicah v EU (kot enotnem pravnem območju), kar bo v nadaljevanju prikazano ob nekaterih praktičnih primerih tega sodišča.

3.3 Praktični primeri

3.3.1 Umetna prekinitev nosečnosti – S.P.U.C. proti Groganu in drugim (zadeva C-159/90)

Na Irskem je bila pravica nerojenega otroka leta 1983 vključena v ustavo. Posledično je S.P.U.C. sprožila postopek zoper Grogana in druge, ki so bili člani združenja, ki je na prostovoljni podlagi (brezplačno) dajalo informacije glede prekinitve nosečnosti v Združenem kraljestvu. V postopku pred irskim sodiščem je bilo posredovano predhodno vprašanje Sodišču Evropskih skupnosti glede uporabe koncepta storitev v danem primeru. Generalni pravobranilec Van Gerven je menil, da gre za storitve, in predlagal uporabo pravila »*Cassis de Dijon*«. Upošteval je tudi pravico do svobode izražanja in prišel do ugotovitve (na podlagi analize, ki je ustrezala analizi 10. člena EKČP) o proporcionalnosti prepovedi. Sodišče mu ni sledilo, temveč je zaključilo, da *ne obstaja povezava s pravom Skupnosti* (organizacija ni prejemala plačila), tako da zadeve vsebinsko ni presodilo.⁴³ Tako se je izognilo pomembnemu vprašanju, ki bi ga moralo razrešiti.⁴⁴

42 Glej npr. *Gitlow proti New Yorku*, 268 U. S. 652 (1925), o razširitvi uporabe Prvega amandmaja – svoboda izražanja. Glej tudi Berger (op. 27), 3–189. Ob upoštevanju podobnih zgodovinskih izkušenj ZDA v zvezi z zveznim državljanstvom in pripadajočimi pravicami je vprašljivo, ali bodo opredeljene omejitve Listine EU o temeljnih pravicah v resnici uporabne (npr. člen 51 Listine). Glej večinsko mnenje Vrhovnega sodišča ZDA v *Slaughterhouse cases*, 83 U. S. 36 (1873); glej tudi Allard Knook, *The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union*, *Common Market Law Review* (2005) 42, 367–398.

43 Vsebinsko podoben primer je presojalo Vrhovno sodišče ZDA v *Bigelow proti Virginii*, 412 U. S. 809 (1975) – komercialno oglaševanje zakonitih ustanov za umetno prekinitev nosečnosti v drugi zvezni državi.

44 ESČP pa je vsebinsko odgovorilo v svoji sodbi v zadevi *Open Door in Dublin Well Woman proti Irski* (A. št. 14234/88 in 14235/88) z dne 29. oktobra 1992 in odločilo, da je Irska prekršila 10. člen EKČP v smislu proporcionalnosti. Glej tudi *Tysiac proti Poljski* z dne 20. marca 2007, A. št. 5410/03, kjer je bilo odločeno, da je umetna prekinitev nosečnosti iz medicinskih razlogov pozitivna obveznost države. Vendar ESČP ni odločilo o zakonitosti ali nezakonitosti umetne prekinitve nosečnosti *per se*, kot je to storilo Vrhovno sodišče ZDA v primeru *Roe proti Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

3.3.2 *Evropski nalog za prijetje in predajo (ENPP) – Advocaten voor de Wereld VZW proti Leden van de Ministerraad (C-303/05)*

Enotni nalog za prijetje in predajo (ENPP) je institut za pospešeno predajo obdolžencev in obsojencev med državami članicami EU na podlagi sodne odločbe, sprejete v eni izmed njih, zgolj na podlagi formalnih pogojev. Sprejet je bil z *Okvirnim sklepom 2002/584/PNZ sveta z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami*⁴⁵ v okviru tretjega stebra EU (policijsko in pravosodno sodelovanje v kazenskih zadevah). Takšno sodelovanje naj bi temeljilo na vzajemnem priznavanju (Evropski svet v Tampereju leta 1999). Tako je bilo pravilo, sprejeto v okviru prvega stebra (*«Cassis de Dijon»* – zadeva 11/70), razširjeno na tretji steber. To pa pomeni, da mora sleherna država članica priznati in izvršiti sodne odločbe druge države članice v zvezi z odvzemom prostosti (*ob izpolnitvi formalnih pogojev in brez vsebinske presoje*).⁴⁶ Sodišče Evropskih skupnosti je odločilo o ENPP v zadevi C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW proti Leden van de Ministerraad*, in sicer v zvezi z naslednjima vprašanjema: 1. možnost sprejetja ENPP na podlagi okvirnega sklepa, ne pa konvencije; 2. nepreverjanje dvojne kaznivosti za 32 taksativno naštetih kaznivih dejanj (člen 2(2) Okvirnega sklepa) in kršitev načela enakosti in prepovedi diskriminacije. Menilo je (prvo vprašanje), da je v diskreciji Sveta, da izbere ustrezno obliko (torej okvirni sklep), in da je (drugo vprašanje) načelo zakonitosti treba presojati v smislu nacionalne zakonodaje odreditvene države in da je glede na enakost in prepoved diskriminacije razlika med dejanji, ki zahtevajo ugotavljanje dvojne kaznivosti, in tistimi, ki tega ne zahtevajo, objektivno opravičljiva, saj namen okvirnega sklepa ni bila harmonizacija kazenskega materialnega prava.

Takšna obrazložitev ne prepriča. Prvič, sodišče *ni zadovoljivo odgovorilo na problem dvojne kaznivosti kot vprašanje kazenskega materialnega prava*.⁴⁷

45 UL L 190, 18. 6. 2002, str. 1.

46 Okvirni sklep navaja tri razloge obligatorne neizvršitve (amnestija, *ne bis in idem*, starostna meja) in številne razloge morebitne neizvršitve (člen 4), vključno z možnostjo pogojevanja predaje (člen 5). Okvirni sklep pa izrecno *ne omenja kršitve človekovih pravic kot obligatornega razloga neizvršitve kot »bistvenega deficita instrumenta EU«*. Takšna možnost zgolj posredno izhaja iz člena 1(3) in uvodnih izjav 10, 12 in 13 Okvirnega sklepa, pa tudi iz poročila Komisije z dne 23. februarja 2005 (KOM(2005)0063). Glej Hana Van Ooijen, *Kafkaesque Extradition Practice in EU Member States*, www.eurowarrant.net/documents/cms_eaw_id1243_1_VanOoijen.pdf. Glej tudi Anže Erbežnik, Ustavno sodišče RS ter evropski nalog za prijetje in predajo ali »kdo se boji Virginije Woolf«, *Pravna praksa*, 1/2008, priloga.

47 Npr. možnost zahteve po predaji na podlagi obsodbe zaradi umetne prekinitve nosečnosti s strani države članice, kjer je to prepovedano (šteje se za umor), naslovljene na državo članico, kjer je umetna prekinitve nosečnosti dopustna. Glej Ewa Weigend in Adam Górski, *Die Implementierung des Europäischen Haftbefehls in das polnische Strafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (2005) 117, 198.

Generalni pravobranilec Ruiz Jarabo Colomer je drugače kot sodišče sicer podal bolj obširno razlago (ob upoštevanju občutljivih ustavnopravnih vprašanj),⁴⁸ v kateri razločuje med klasično izročitvijo med dvema suverenima državama in predajo med dvema entitetama skupnih načel, vrednot in zavez (v okviru nadnacionalne integracije), kjer sodelovanje temelji na skupni normi (»... suverenih držav ... ni več, pač pa obstajajo države članice Evropske unije, ki si morajo med seboj pomagati ...«).⁴⁹ Meni, da so tudi države članice pooblašcene, da pogojujejo izvršitev ENPP s spoštovanjem človekovih pravic in da je morebitno razhajanje glede preverjanja dvojne kaznivosti (v smislu načela enakosti) objektivno opravičljivo (različna narava in teža dejanj ter skupni boj); hkrati meni, da se sklep ne sme presojati na podlagi hipotetičnih razlik pri izvedbi (razlikovanje med enakostjo po zakonu in enakostjo v trenutku izvajanja) in da je treba zakonitost presojati s stališča odreditvene države, saj predaja ni kaznovalne narave.

Drugič in pomembnejše pa je, da sta tako generalni pravobranilec kakor sodišče pustila odprto vprašanje razlik med kazenskimi postopki držav članic – postopkovno vprašanje glede poštenega postopka in enakosti pred zakonom.⁵⁰ Četudi so vse države članice EU pogodbenice EKČP in so pod nadzorom ESČP, je njihovo razumevanje postopkovnih jamstev zelo različno. To izhaja tudi iz raziskave iz leta 2005 glede petih temeljnih pravic v kazenskih postopkih, kot so vključene v predlog Okvirnega sklepa Sveta o določenih procesnih pravicah pri kazenskih postopkih na celotnem območju Evropske unije z dne 28. aprila 2004.⁵¹ Izvajanje ENPP v sedanji obliki torej pomeni, da bi slovensko sodišče moralo predati osebo na podlagi tuje sodne odločbe, ki bi lahko temeljila na dokazih, ki se v Sloveniji štejejo za nedopustne. To pa pomeni, da bi slovensko sodišče moralo uporabiti dve vrsti meril (tudi za slovenske državljane), in sicer ena po-

48 Točka 8: »Gre torej za zelo široko razpravo o morebitnih neskladjih med ustavami in pravom Unije, razpravo, v kateri mora Sodišče sodelovati in igrati svojo vlogo, da bi razlago vrednot in načel, ki oblikujejo pravni sistem Unije, izrazili v parametrih, primerljivih s parametri, ki urejajo nacionalne strukture.«

49 Točka 45.

50 Pri tem se nacionalni zakoni za izvedbo Okvirnega sklepa med seboj bistveno razlikujejo: glej npr. poljsko izkušnjo – Weigend in Górski (op. 47), 200–201; irsko nasprotovanje predaji zaradi preiskovalnega pripora – Gerard Conway, *Judicial Interpretation and the Third Pillar, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2005) 13/2, 255–283; ali zavrnitev zaradi humanitarnih razlogov na Nizozemskem – Elies van Sliedregt, *The European Arrest Warrant: Between Trust, Democracy and the Rule of Law, European Constitutional Law Review* (2007) 3, 244–252.

51 KOM(2004)0328. Takšen predlog obsega 5 pravic (1. pravico do pravne pomoči, 2. do tolmačenja in prevajanja, 3. do posebnega obravnavanja določenih občutljivih kategorij oseb, 4. do komunikacije in konzularne pomoči ter 5. pisno obvestilo o pravicah), vendar o njem države članice še niso dosegle soglasja. Glede raziskave glej Taru Spronken in Marelle Attinger, *Procedural Rights in Criminal Proceedings: Existing Level of Safeguards in the European Union*, European Commission, DG Justice, Freedom and Security, 2005.

stopkovna jamstva za osebe, ki se jim sodi v Sloveniji, in druga za osebe, ki se predajajo drugi državi članici.

Posledično je ENPP »nedonošenček«, ki nujno zahteva sprejetje skupnih postopkovnih jamstev med državami članicami EU.⁵² Vendar pa takšna jamstva ne bi bila samo »minimalna«, temveč tudi *univerzalna pravila absolutne harmonizacije* glede na to, da je vprašljivo, ali bi posamezna država članica lahko uporabljala strožja pravila zaradi problema obratne diskriminacije in načela enakosti, kljub nasprotnim zagotovilom Evropske komisije (člen 17 predloga – protiregresijska klavzula). Če do absolutizacije ne bi prišlo, bodo uporabljena različna merila v zadevah EU in v nacionalnih zadevah. Takšen problem je sicer poznan iz prvega stebra, pri čemer je bilo pojasnjeno, da minimalna harmonizacija ne izključuje: 1. ocene strožjih nacionalnih pravil, 2. upoštevanja pravnih konceptov Skupnosti in 3. dolžnosti lojalnega sodelovanja v skladu s členom 10 Pogodbe ES, podrejene proporcionalnosti strožjih pravil.⁵³ Vse navedeno kaže na potrebo po temeljitejši analizi koncepta vzajemnega priznavanja s strani Sodišča Evropskih skupnosti, zlasti v luči nezadovoljstva nekaterih nacionalnih ustavnih sodišč.⁵⁴

3.3.3 Družinski status – zadeva *D. proti Svetu* (C-122/99 P in C-125/99 P)

Četudi se pravilo vzajemnega priznavanja dopušča na določenih področjih (prvi in tretji stebel), so EU in države članice zadržane, ko bi ga morale uporabiti glede osebnega družinskega statusa državljanov EU, četudi bi bila to *logična posledica konceptov državljanstva EU in človekovih pravic*. Sodišče Evropskih skupnosti se je izreklo do tega vprašanja v zadevi *D. proti Svetu*⁵⁵ glede priznavanja istospolne skupnosti, priznane na Švedskem, ne pa od strani institucij EU, ter je priznanje odklonilo in zavzelo stališče o posebnem položaju heteroseksualne zakonske zveze.⁵⁶ Takšna odločitev je vprašljiva, saj več dejavnikov kaže, da je treba tudi pri družinskem statusu upoštevati vzajemno priznavanje, in sicer: bistvena sprememba razumevanja partnerske skupnosti v zadnjem desetletju;⁵⁷ koncept prostega pretoka delavcev (nepriznavanje družinskega sta-

52 Weigend in Górski (op. 44), 207, govorita o »pravnem institutu, ki je pred svojim časom z ozirom na evropsko integracijo evropskega kazenskega prava«.

53 De Cecco (op. 36), 20.

54 Zdi se namreč, da je prišlo do novega primera »Solange I«, saj je nemško Zvezno ustavno sodišče v odločbi z dne 18. julija 2005, 2 BvR 2236/04 (www.bverfg.de), razveljavilo nemško zakonodajo glede izvajanja ENPP zaradi neupoštevanja *posebne vezi med državljanom in njegovo državo ter temeljnih ustavnih pravic glede na načeli proporcionalnosti in pravne varnosti*. Glej Joachim Vogel, *Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht*, 17 *Juristenzeitung* 2005, 801–808.

55 Združeni zadevi C-122/99 P in C-125/99 P.

56 Točke 48–52.

57 Glej npr. sodbo ESČP v zadevi *X., Y. in Z. proti Združenemu kraljestvu* z dne 22. aprila 1997 (Reports 1997-II), odstavek 36.

tusa lahko predstavlja ukrep, ki nedopustno ovira prost pretok delovne sile po analogiji s primeroma »Dassonville« (zadeva 8/74) in »Cassis de Dijon« (zadeva 120/78);⁵⁸ koncept državljanstva Unije in prosto gibanje oseb ne glede na gospodarsko vez;⁵⁹ Listina EU o temeljnih pravicah (ne glede na člen 51(2) Listine). Posledično menim, da ni mogoče omejevati temeljnega osebnega družinskega statusa državljan Unije, ko ta izvršuje svojo pravico do prostega gibanja, saj *svoj temeljni osebni državljanski status nenehno nosi s seboj* – »*civis europeus sum*«.⁶⁰ Druge države članice in institucije EU pa bi ga morale priznati. Gre za uporabo pravil vzajemnega priznavanja in tako imenovanega »*rule of reason*« (iz že omenjenega primera »Cassis de Dijon«) za odstranjevanje nacionalnih pravil, ki onemogočajo prosto gibanje. Edina mogoča rešitev je torej vzajemno priznavanje na področju osebnega statusa.⁶¹ Seveda pa dosledna izpeljava pomeni v končni fazi absolutno harmonizacijo zaradi problema obratne diskriminacije in načela enakosti (kot je bilo obrazloženo že v zvezi s postopkovnimi jamstvi).

3.4 Sklep

V prihodnosti se Sodišče Evropskih skupnosti ne bo moglo izogniti poglobljeni analizi prikazanih problemov, kolikor bo želelo ohraniti svoj vpliv na nacionalno sodstvo in konstruktivni odnos z nacionalnim sodstvom, kot je bilo prikazano ob treh primerih (opredelitev začetka življenja, postopkovna jamstva v kazenskih postopkih in koncept družine). Glede na navedeno »*je bistvena celovita in načelna razprava o prihodnosti evropskega kazenskega in ustavnega prava*«,⁶² ki se mora izražati v sodbah sodišča na temelju bolj odprtega sodnega preudarjanja (v smislu vidnosti skozi obrazložitev). To bi se moralo spremeniti

58 To je bilo s strani Sodišča Evropskih skupnosti priznано v zvezi s prostim pretokom delovne sile v primerih, kot sta »Bosman« (zadeva C-415/93) in »Terhoeve« (zadeva C-18/95).

59 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic (UL L 158, 30. 4. 2004, str. 77) opredeljuje širši družinski status (uvodni izjavi (5) in (6) ter člena 2 in 3) v smislu upoštevanja drugih oblik skupnosti. Tako uzakonja prijaznejši pristop, kot je bil izoblikovan že v primeru *Reed proti Nizozemski* (zadeva 59/85), po katerem mora država priznati določeno razmerje, če zagotavlja enako možnost tudi svojim državljanom. Vendar pa direktiva ne rešuje vprašanja vpliva koncepta državljanstva Unije – glej npr. primer *Avello* (zadeva C-148/02), v katerem so belgijske oblasti na podlagi koncepta državljanstva Unije morale dopustiti registracijo imen otrok v skladu s španskimi običaji.

60 Ta pojem je uporabil generalni pravobranilec Jacobs v primeru »Konstantinidis« (C-168/91, tč. 45–46). Glej tudi Darcy S. Binder, *The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community*, *Jean Monnet Working Papers*, 4/95 (dostopno na spletišču: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9504ind.html>).

61 Tudi posebna mreža neodvisnih strokovnjakov EU za vprašanja temeljnih pravic je podprla takšen pristop. Glej pod http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2003_1_fr.pdf.

62 Nicola Padfield, *The Implementation of the European Arrest Warrant in England and Wales*, *European Constitutional Law Review* (2007) 3, 268.

tako, da bi se dopustila ločena mnenja, ki bi odsevala dinamiko mednarodne razprave. Seveda pa je treba sistem ločenih mnenj oceniti glede na specifično EU, ki združuje 27 nacionalnih držav. V nadaljevanju analiziram izkušnje ESČP, pri katerem so ločena mnenja dopustna v okviru večnacionalnega okolja.

4 LOČENA MNENJA – IZKUŠNJA ESČP

Temeljni racionalni argument zoper uvedbo ločenih mnenj pred Sodiščem Evropskih skupnosti sta vidnost posameznega sodnika v večnacionalnem okolju in njegova *morebitna izpostavljenost domačemu političnemu pritisku* (mandat ni trajen) in možnost delitve sodnikov po nacionalnih skupinah. Tak argument je mogoče preizkusiti na primeru Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), pri katerem so ločena mnenja dopustna. Za presojo sem analiziral sodbe ESČP v letih od 2005 do 2007 v smislu števila in odstotka *odklonilnih ločenih mnenj* in ob analizi primerov, ko je odklonilno mnenje podal »nacionalni« sodnik. V letu 2005 je bilo takih mnenj 76 s 25 primeri nestrinjanja nacionalnega sodnika (od skupaj 1105 sodb), leta 2006 jih je bilo 85 s 24 primeri nestrinjanja nacionalnega sodnika (od skupaj 1560 sodb) in leta 2007 84 s 23 primeri nestrinjanja nacionalnega sodnika (od skupaj 1503 sodb). Analiza treh let kaže, da se poda manjše število odklonilnih mnenj, in sicer v letu 2005 samo v 6,8 % vseh primerov (v 2,2 % vseh primerov nacionalni sodnik ni soglašal z večino); v letu 2006 v 5,4 % vseh primerov (v 1,5 % vseh primerov nacionalni sodnik ni soglašal z večino); v letu 2007 v 5,6 % vseh primerov (v 1,5 % vseh primerov nacionalni sodnik ni soglašal z večino).⁶³

Vsebinska analiza primerov pa je tudi pokazala, da »nacionalnim« sodnikom v primerih zoper njihovo državo ni mogoče očitati uporabe nedopustnih pravnih argumentov.⁶⁴ Tako je nestrinjanje z večino mogoče pripisati boljšemu poznavanju nacionalnega sistema in njegovega razvoja,⁶⁵ nacionalnim razme-

63 Glej tudi tako imenovano »Leicester Study« kot podatkovno bazo z navedbo odklonilnih mnenj med letoma 1999 in 2004 – <https://ira.le.ac.uk/handle/2381/1405>; glej tudi Robin White, *Judgments in the Strasbourg Court: Some Reflections*, www.le.ac.uk/law/wyt/echressay.pdf, kjer avtor navaja, da naj bi bilo odklonilnih mnenj v povprečju (za obdobje od leta 1955 do sredine leta 2006) okoli 15 odstotkov; glej tudi Robin White in Iris Boussiakou, *Separate Opinions in The European Court of Human Rights*.

64 Vendar je lahko včasih »nacionalni« sodnik tudi strožji do svoje nacionalne države. Glej npr. *Jahn in drugi proti Nemčiji*, ESČP, št. 46720/99, 72203/01 in 72552/01, sodba z dne 30. junija 2005, glede privatizacije kmetijskih zemljišč v nekdanji Vzhodni Nemčiji. Glej tudi *Anheuser-Busch Inc. proti Portugalski*, ESČP, št. 73049/01, sodba z dne 11. januarja 2007.

65 Glej npr. *Christian Democratic People's Party proti Moldaviji*, ESČP, št. 28793/02, sodba z dne 14. februarja 2006, v kateri nacionalni sodnik podaja obrazložitev političnega ozadja procesa demokratizacije v Moldaviji.

ram⁶⁶, različni oceni dejstev primera⁶⁷ ali različnim pogledom na določen pravni instrument (npr. ekskluzijo)⁶⁸ oziroma na EKČP in mednarodno pravo.⁶⁹ Vendar analizirana odklonilna mnenja niso nikoli prestopila meje pravno dopustnega v smislu nerazumljivega in neprimerne pravnega argumenta.⁷⁰ Celo v zelo občutljivih primerih (kot npr. kurdsko separatistično gibanje⁷¹ ali vojna v Čečeniji)⁷² so »nacionalni« sodniki zadevnih držav pogodbenic pokazali strokovnost, brez uporabe nedopustnih pravnih argumentov.⁷³

5 ZAKLJUČEK

Na podlagi analiziranega menim, da bi sistem ločenih mnenj pred Sodiščem Evropskih skupnosti bistveno pripomogel h kakovosti prihodnjega dela tega sodišča glede na prihodnje izzive glede človekovih pravic in narave EU. Zdi se namreč, da bo sodišče moralo v prihodnosti odgovoriti na pomembna vprašanja za nekatere države članice, kot so umetna prekinitve nosečnosti, priznavanje istospolnih skupnosti in izenačevanje kazenskih postopkov držav članic glede procesnih jamstev glede na nekatere še nedodelane koncepte EU (državljanstvo Unije, Listina EU o temeljnih pravicah, prepletanje stebrne strukture).

66 Glej npr. *Folgero in drugi proti Norveški*, ESČP, št. 15472/02, sodba z dne 29. junija 2007, v kateri nacionalni sodnik opisuje posebni status državne religije na Norveškem, ali pa *Sisojeva in drugi proti Latviji*, ESČP, št. 60654/00, sodba z dne 16. junija 2005, v kateri je nacionalna sodnica opozorila, da člen 8 EKČP (pravica do družinskega življenja) ne ponuja natančno določene oblike dovoljenja za bivanje (kot je kasneje potrdil tudi veliki senat).

67 Glej npr. *Necdet Bulut proti Turčiji*, ESČP, št. 77092/01, sodba z dne 20. novembra 2007.

68 Glej npr. *Jalloh proti Nemčiji*, ESČP, št. 54810/00, sodba z dne 11. julija 2006, ko je bil posameznik s pomočjo zdravnika prisiljen izbruhati vrečko z mamil.

69 Vprašanje razlage EKČP se je postavilo v primeru *Mamatkulov in Askarov proti Turčiji*, ESČP, št. 46827 in 46951/99, sodba z dne 4. februarja 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005 I. Veliki senat je zaključil, da je ravnanje turških oblasti (izročitev kljub začasni odredbi sodišča) preprečilo sodišču vsebinsko presoditi trditve o kršitvah in da je EKČP več kot zgolj klasična mednarodna pogodba, začasne odredbe sodišča pa so obvezujoče. Takšni razlagi EKČP kot samostojno razvijajočega se instrumenta je nasprotovala skupina sodnikov, katerih države medvladni pristop preferirajo (Rusija, Turčija).

70 Zgolj v enem primeru se je odklonilno mnenje približalo meji dopustnega – glej *Pruneanu proti Moldaviji*, ESČP, št. 6888/03, sodba z dne 16. januarja 2007, glede mučenja in grdega ravnanja s strani moldavske policije (3. člen EKČP), v kateri je nacionalni sodnik oporekal vsebinski kršitvi zadevnega člena (ni pa bil jasen glede postopkovne kršitve).

71 *Öcalan proti Turčiji*, ESČP, št. 466211/99, sodba z dne 12. maja 2005.

72 Glej primer *Khashiyev in Akayeva proti Rusiji*, ESČP, št. 57942/00 in 57945/00, sodba z dne 24. februarja 2005, glede poboja civilistov v Groznej; ali pa *Tangiyeva proti Rusiji*, ESČP, št. 57935/00, sodba z dne 29. novembra 2007.

73 Obstajajo tudi primeri, kjer bi bilo soglasje simbolno zaželeno. Glej npr. *Leyla Şahin proti Turčiji*, ESČP, št. 44774/98, sodba z dne 10. novembra 2005, glede prepovedi nošenja rut na turških univerzah. Veliki senat je s šestnajstimi glasovi proti enemu potrdil, da ni prišlo do kršitve EKČP.

Ločena mnenja bi pri tem lahko delovala kot nekakšna varovala, da večina ni upoštevala določenega vidika nekega primera, hkrati pa bi lahko tudi moralno nasprotovala morebitnemu nepremišljenemu mnenju večine.⁷⁴ Kot kaže primer Vrhovnega sodišča ZDA, se je velikokrat izkazalo, da je bilo, dolgoročno gledano, stališče iz ločenega mnenja pravilno in se je večina motila.⁷⁵ Institut ločene-ga mnenja hkrati daje sodniku tudi možnost, da ohrani svojo samopodobo, ko bi večinsko mnenje nasprotovalo njegovim najglobljim prepričanjem glede pravičnosti.⁷⁶ Seveda pa uvedba ločenih mnenj zahteva samoomejevanje sodnikov (ni namenjeno kapricam), še zlasti v okviru večnacionalnega okolja. Da pa je to mogoče in deluje, je pokazala praksa ločenih mnenj pred Evropskim sodiščem za človekove pravice.

74 Charles Evans Hughes, eden izmed predsednikov Vrhovnega sodišča ZDA, je opisal vlogo odklonilnih ločenih mnenj kot »apel za širši duh zakona, za razum prihodnosti, ko lahko nova sodba popravi napako, ki jo je po mnenju sodnika, ki je dal odklonilno mnenje, zagrešilo sodišče«.

Charles Evans Hughes, *The Supreme Court of the United States*, New York, 1928, 68.

75 Glej npr. *Dred Scott proti Sandfordu*, 60 U. S. 393 (1856) – odklonilno ločeno mnenje sodnika McLeana v primeru, v katerem je večina razveljavila Missourijski kompromis (1820), na podlagi katerega je zvezni zakonodajalec prepovedal suženjstvo nad določeno geografsko širino. Večina je hkrati absolutno zaprla možnost podelitve državljanstva ZDA prebivalcem afro-ameriškega porekla. Glej npr. tudi *Olmstead proti Združenim državam*, 277 U. S. 438 (1928), kjer je večina sprejela lastninsko koncepcijo zasebnosti. Sodnik Brandeis je temu nasprotoval in menil, da je treba sprejeti teorijo razumnega pričakovanja zasebnosti, kot je bila kasneje potrjena v *Katz proti Združenim državam*, 389 U. S. 347 (1967).

76 Glej npr. *Plessy proti Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896), kjer je večina Vrhovnega sodišča ZDA dopustila segregacijo na podlagi doktrine »ločeni, a enaki« (angl. *separate but equal*) v povezavi z vprašanjem uporabe XIV. amandmaja. Sodnik Harlan je temu nasprotoval ter izrazil tezo o ustavi, ki ne razlikuje po barvi kože. Glej tudi Ribičič (op. 14), ko navaja, da četudi »je ločeno mnenje v trenutku, ko je podano, v najboljšem primeru izraz pokončnosti, neubogljivosti duha njegovega nosilca, svobodne sodnikove presoje in odločanja po vesti, lahko dolgoročno postane neskončno več od tega, namreč podlaga za oblikovanje novih, drugačnih odločitev, za katere v času, ko je bilo mnenje napisano, po mnenju večine čas še ni dozorel«.

Predstavitev avtorja

Anže Erbežnik je bil rojen leta 1976 v Mariboru. Diplomiral je na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (Legalizacija ali kriminalizacija drog – naloga, nagrajena z nagrado Pravne fakultete leta 2001) in magistriral pri European Institute of Public Administration (EIPA) in Univerzi Nancy 2 (Deliberation Process of the ECJ – a Proposal for Change pod mentorstvom generalnega pravobranilca Poiaresa Madura). Po končani diplomi je opravil pripravništvo pri Višjem sodišču v Ljubljani in v odvetniški pisarni Peter Peče v Mariboru ter bil asistent za kazensko pravo na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Zaposlen je kot pravnik lingvist pri Evropskem parlamentu. Je avtor in soavtor več znanstvenih in strokovnih prispevkov ter monografij s področja kazenskega procesnega prava, ustavnega kazenskega prava in prava EU, med drugim tudi obsežne monografije Kazensko procesno pravo RS kot celovitega prikaza kazenskoprocesne materije.