

Omejitev restrikcij pravic skozi prizmo polja proste presoje v sodni praksi evropskega sodišča za človekove pravice

Tine Jurič Klander¹

POVZETEK

Doktrina polja proste presoje izvira iz postavke, da je ta pojav samo odraz subsidiarnosti ter delujoča, v stvarnem primeru operativna subsidiarnost, ki se manifestira tudi kot rezerviranost Evropskega sodišča za človekove pravice. Izhodišča za utemeljevanje njenega razpona se tako odkriva tudi pri omejitvah restrikcij pravic (18. člen Evropske konvencije za človekove pravice). Sicer Evropsko sodišče za človekove pravice v svoji sodni praksi ne omenja polja proste presoje in o njem tudi ne diskutira. Ker pa se njena kršitev vedno presoja v povezavi z morebitno kršitvijo druge konvencijske določbe, so rezultati drugačni. Nanašajoč se na prvi odstavek 5. člena ter na prvi in tretji odstavkom 6. člena Evropske konvencije za človekove pravice ima država na voljo le določeno, v povezavi z 8. členom in 1. členom Protokola št. 1 Evropske konvencije za človekove pravice pa široko polje proste presoje. Sama subsidiarna vloga Evropskega sodišča za človekove pravice pa se odraža glede na obseg polja proste presoje. Ožje, ko je nacionalno polje proste presoje temeljitejši je njegov nadzor. To še posebej velja, če so ugotovljene hujše nepravilnosti oz. arbitrarnost. Prispevek se zaključi s kritično razpravo o sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice in o obsegu polja proste presoje na tem področju.

Ključne besede: doktrina polja proste presoje, načelo subsidiarnosti, Evropska konvencija za človekove pravice, Evropsko sodišče za človekove pravice, omejitve restrikcij pravic.

¹ Zaposlen v Generalni policijski upravi, Upravi uniformirane policije, Centru za tujce, 6230 Postojna, tine.juric@gmail.com.

Limitations on use of restrictions on rights through the prism of the margin of appreciation in the judicial practice of the European Court of Human Rights

ABSTRACT

The doctrine of the margin of appreciation field stems from the idea that this phenomenon is merely a reflection of subsidiarity and a functioning, in reality, operational subsidiarity, which manifests itself as a reservation of the European Court of Human Rights. The starting points for justifying its range are thus also detected in the Limitations on use of restrictions on rights (Article 18 of the European Convention on Human Rights). Otherwise, the European Court of Human Rights does not mention the margin of appreciation in its case-law and does not discuss it as well. However, since its violation is always judged in connection with a possible violation of another convention provision, the results are different. By reference to Article 5 (1) and Article 6 (1) and (3) of the European Convention on Human Rights, the State has only a certain, but in conjunction with Article 8 and Article 1 of Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights, a wide margin of appreciation. However, the subsidiary role of the European Court of Human Rights is reflected in the scope of the margin of appreciation. The narrower margin of appreciation is, more thorough is its control. This especially applies, if the European Court of Human Rights detects serious irregularities or arbitrariness. The paper concludes with a critical discussion on the jurisprudence of the European Court of Human Rights and on the scope of the margin of appreciation in this area.

Key words: doctrine of the margin of appreciation, principle of subsidiarity, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Limitations on use of restrictions on rights.

1. Uvod

Različne aktivnosti, ki so zaščitene z različnimi pravicami, predstavljajo različne empirične izzive. Vpliv izražanja se, npr. zdi zelo težko napovedati in nadzorovati. Za to je potrebna zakonodaja, ki jo na splošno, široko oblikujejo in nato zelo pozorno razlagajo sodišča. Ob tem so številni zasebni interesi precej predvidljivo omejeni in jih je mogoče urejati s strogimi zakoni, ki bremenijo vlado za sledenje postopkom, ki ščitijo pravice do največje možne mere (npr. verska svoboda predstavlja kompleksno zmes normativnih in empiričnih vrednotenj, v okviru katerih se morajo sodišča odločiti, ali je, npr. način zaznavanja verskega simbola dejansko zaznan). Zavedati se je potrebno, da ni nobenih trdnih in hitrih pravil o tem, katere empirične odločitve presegajo pristojnost sodišč, kljub temu da so ta različna celo med različnimi civilnimi in političnimi pravicami².

Različne pravice izhajajo iz različnih empiričnih in normativnih vprašanj, ki oblikujejo pot, po kateri poskušajo sodišča uravnotežiti konkurenčne pravice. Na ta način se ukvarjajo z vprašanji, kakšna je interakcija med sorazmernostjo omejevanja oz. ne zagotavljanja človekovih pravic in njihovim spoštovanjem. Čeprav ne obstajajo absolutna pravila o tem, katera sodišča lahko in katera ne morejo tega storiti, njihova pretekla sodna praksa kaže na to, da različne pravice prinašajo različne vrste izzivov glede institucionalne zmogljivosti posameznega sodišča.

Zaradi čedalje aktualnejšega vprašanja zlorabe oblasti v okviru 18. člena Evropske konvencije za človekove pravice³ (v nadaljevanju EKČP), predvsem v kontekstu, ko se pravo (najbolj kazensko) zlorablja za obračun s političnimi nasprotniki, je to področje, ki sem ga analiziral v odnosu do doktrine polja proste presoje in načela subsidiarnosti. Tudi v Republiki Sloveniji (v nadaljevanju RS) je bilo, še ne dolgo tega, kar nekaj primerov (Patria, Kangler, Magajna, itd.), pri katerih je obstajala oz. še vedno obstaja resna domneva, da so bili določeni akterji preganjani zaradi nekega skritega namena in ne zaradi tistega, ki se ga je kazalo navzven, v medijih. A za enkrat ostaja le domneva, saj RS še ni bila obravnavana pred Evropskim sodiščem za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) zaradi kršitve 18. člena EKČP⁴.

² Tuovinen, 2017, str. 210.

³ Glej EKČP, 18. člen.

⁴ Da Republika Slovenija še ni bila obravnavana pred ESČP zaradi kršitve 18. člena EKČP, je razvidno iz evidence obravnavanih primerov pred ESČP. Glej sodno prakso ESČP, e-vir.

18. člen EKČP določa, da »*omejitev pravic in svoboščin, ki jih ta EKČP dopušča, ni mogoče uporabiti za namene, ki bi bili drugačni od predpisanih*«⁵. Ta nekoliko nerodno oblikovana določba je imela večinoma mirujoče življenje. Šele leta 2004 je bila prvič ugotovljena njena kršitev⁶.

18. člen EKČP ščiti pred zlorabami s strani države in kaže na resničnost, da državni organi sami po sebi pogosto predstavljajo največjo nevarnost za demokracijo in vladavino prava⁷. Glede na svojo sestavo se je mogoče nanj sklicevati le v povezavi z drugo določbo EKČP. Povedano drugače. Nima avtonomne vloge oz. ni mogoče samostojno zagovarjati njegove kršitve⁸. Kot je Evropska komisija za človekove pravice zapisala v enem od svojih poročil:

»18. člen, podobno kot 14. člen, nima avtonomne vloge. Nanj se je mogoče sklicevati le v povezavi z drugimi členi EKČP. Seveda pa obstaja možnost njegove kršitve v povezavi z drugim členom, čeprav ta člen ni samostojno kršen. Nadalje iz njegove norme izhaja, da je lahko kršen le, če za zadevno pravico ali svobščino veljajo omejitve, ki jih dovoljuje EKČP«⁹.

Gre sicer za edinstveno določbo, ker ne sodi ne med absolutne in ne med osebne konvencijske pravice. Ravno zato je 18. člen EKČP tudi ena najbolj nenavadnih določb EKČP. V Splošni deklaraciji človekovih pravic ali v drugih sporazumih o človekovih pravicah (pogodbah, konvencijah), sprejetih pod okriljem Združenih narodov, ni podobne alternative. Takšne določbe ne pozna niti Listina EU o temeljnih pravicah. Sodna praksa v povezavi s to določbo je precej redka. Jacobs je zapisal, da 18. člen EKČP potrjuje le to, kar je že izrecno ali implicitno določeno v drugih določbah EKČP ali s splošnimi načeli mednarodnega prava¹⁰. Coussirat-Coustere ga je opisal kot navidezno nepotrebno določanje (*»une dispensing apparemment inutile«*), kljub temu da je bil eden od tistih, ki je imel pomembno vlogo pri razlagi EKČP¹¹.

Evropska komisija za človekove pravice ga je opisala kot določbo, ki se nanaša na »zlorabo omejitev«, z osredotočenjem na

⁵ Glej EKČP, 18. člen.

⁶ Gre za ESČP *Gusinskiy v. Rusija*. Evropska komisija za človekove pravice je prvo kršitev ugotovila leta 1993, vendar je njeno odločitev ESČP kasneje razveljavilo. Šlo je za ESČP *Quinn v. Francija*, št. 18580/91, 22. 3. 1995.

⁷ Ibid, str. 2-3.

⁸ ESČP *Ilgar Mammadov v. Azerbajdžan*, 137. točka.

⁹ ESČP *Gusinskiy v. Rusija*, št. 70276/01, 19. 5. 2004, 73. točka.

¹⁰ Jacobs, v: Svet Evrope, 1976, str. 199.

¹¹ Coussirat-Coustere, v: Louis-Edmond, Emmanuel, Pierre-Henri, 1995, str. 527.

namen, za katerega država članica omejuje pravice iz EKČP¹². 18. člen EKČP potrjuje komponento namena glede omejitev, ki morajo biti v skladu z EKČP. To pomeni, da se lahko izvedejo le za namene, ki so dovoljeni v skladu z določeno normo. ESČP je, npr. navedlo, da lahko 18. člen EKČP na ta način napove razpravo o »zakonitosti« prvega odstavka 5. člena EKČP¹³. Hkrati tudi zahteva, da omejitve niso »arbitrarne ali izvršene zaradi skritega namena«¹⁴. Te opredelitve potrjujejo njegov pomen, saj je v bistvu njegov namen ščititi pred zlorabo pooblastil (*»détournement de pouvoir«*) s prepovedjo omejevanja pravic za kakršenkoli drug namen. Povedano drugače. Ko so pravice omejene na način, ki bi lahko služil »skritim namenom«¹⁵. Npr. nekatere države so uporabile svoje sisteme kazenskega pravosodja in njihova pooblastila za odreditev pridržanja, da so na ta način odstranile politične disidente in jih pridržale pod pretvezo lažnih obtožb. Takšna ravnanja so včasih tudi taktična, saj je njihov namen onemogočiti tudi njihove politične ambicije (nasprotnikom vladajoče elite)¹⁶. Takšne omejitve pravic pod krinko legitimnih namenov so v nasprotju s predpostavko »dobre vere«, na kateri temelji EKČP, ki predpostavlja, da imajo vse države članice skupni cilj krepitev človekovih pravic in vladavine prava. 18. člen EKČP bi lahko zato služil kot zgodnji opozorilni sistem za tiste evropske države, ki jim grozi tranzicija v neliberalno demokracijo ali da bi se celo vrtnile k totalitarizmu in uničenju vladavine prava. Kot funkcija, ki se lahko izkaže za ključno glede na zaskrbljujoče sodobne dogodke v številnih državah Sveta Evrope (v nadaljevanju SE), kot so npr. Madžarska, Poljska, Rusija in Turčija¹⁷.

Ta potencial, ki naj bi ga imel 18. člen EKČP, se v sodni praksi ESČP doslej še ni uresničil¹⁸. Kršitve so se izkazale za izjemno redke, dokazno breme pa je izključno na tožniku in zanj predstavlja »misijo nemogoče«, kar se tiče samega dokazovanja. Več kot očitno je, da so znotraj ESČP, glede te tematike, določena neskladja. To v zadnjih letih ponazarjajo tudi številna ločena mnenja so-

¹² Evropska komisija za človekove pravice, 1980, str. 48-49, 123. točka ali Evropska komisija za človekove pravice *Sporrong in Lönroth v. Švedska*, št. 7151/75 in 7152/75, 8. 10. 1980, 123. točka.

¹³ ESČP *Ashingdane v. Združeno kraljestvo*, št. 8225/782, 8. 5. 1985, 45. točka.

¹⁴ Ibid, 48. točka.

¹⁵ Glej ESČP *Rasul Jafarov v. Azerbajdžan*, št. 69981/14, 17. 3. 2016, 153. točka.

¹⁶ Na primer ESČP *Ilgar Mammadov v. Azerbajdžan*, št. 15172/13, 22. 5. 2014. To se je izkazalo tudi v številnih ruskih primerih, čeprav ESČP na koncu ni odločilo o tem vprašanju, nanašajoč se na 18. člen EKČP. Glej ESČP *Kasparov v. Rusija*, št. 53659/07, 11. 10. 2016.

¹⁷ Tan, 2018, str. 113.

¹⁸ Keller, Heri, 2016, str. 1.

dnikov. Pri tem izražajo svoje, npr. sodnik Kūris, včasih tudi zelo odkrito in ponavljajoče se nezadovoljstvo s sodno prakso ESČP v odnosu do 18. člena EKČP¹⁹. Seveda ni vse tako črno kot se na prvi pogled zdi. V *Merabishvili v. Gruzija*²⁰ je Veliki senat ESČP upošteval te kritike, vendar je bilo o vprašanju, ki se je nanašalo na 18. člen EKČP, odločeno z minimalno večino z devetimi glasovi za in osmimi proti²¹. Nakazane so bile sicer določene smernice za izboljšanje stanja na tem področju, vendar razprava o 18. členu EKČP še zdaleč ni zaključena.

Glavni namen prispevka je poiskati odgovor na raziskovalno vprašanje: »*Kakšen je obseg polje proste presoje in kako njegov obseg vpliva na subsidiarno vlogo ESČP pri presojanju morebitne kršitve 18. člena EKČP (omejitve restrikcij pravic - zloraba oblasti za obračun s političnimi nasprotniki)?*« Glede na predmet in naravo obravnavanega področja sem se pri njegovem preučevanju oprl na splošno-dialektično, pravno-dogmatično, primerjalno metodo, metodo analize – sinteze in indukcije – dedukcije. Prispevek najprej izpostavi poglavje, ki utemeljuje polje proste presoje in načelo subsidiarnosti. Sledi glavno poglavje, ki se osredotoča na obravnavano pravico in funkcijo, ki jo pri tem izražata doktrina polja proste presoje in načelo subsidiarnosti. Najprej je opravljena analiza njenega teoretičnega in doktrinalnega pomena. Sledi analiza sodne prakse ESČP s ciljem dognati, kako se pri obravnavani pravici ugotavlja obstoj in obseg polja proste presoje in kako nanj vpliva načelo subsidiarnosti. Prispevek se zaključi s sklepnimi mislimi in določenimi predlogi. Ti se nanašajo predvsem na opozorilo o preteklem nedopustnem ravnanju ESČP, ko je oz. ni presoja-lo morebitne kršitve 18. člena EKČP in na razmišljanja, kakšen bi moral biti dejanski obseg nacionalne diskrecije na obravnavanem področju²².

Dobljeni so edinstveni, izvirni rezultati, ki dajejo jasen odgovor na to, kakšno stališče ima ESČP, kot najvišji varuh človekovih pravic v Evropi, na obravnavanem področju in s čim se lahko sooči

¹⁹ Na primer pritrdilno mnenje sodnika Kūris v ESČP *Tchankotadze v. Gruzija*, št. 15256/05, 21. 6. 2016.

²⁰ ESČP *Merabishvili v. Gruzija*, št. 72508/13, 28. 11. 2017.

²¹ Tan, 2018, str. 113.

²² Na tem mestu je potrebno poudariti, da se prispevek sicer nanaša na nastajajočo doktorsko disertacijo z naslovom »*Prosta presoja v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice*«. Zaradi obsežne tematike se prispevek omeji le na študijo ene pravice in še to le v odnosu do polja proste presoje in načela subsidiarnosti. Celotni izsledki in dognanja na obravnavanem področju bodo tako dokončno razkriti, ko bo disertacija izdana kot zaključena celota.

sleherni človek, če stopi vladajoči eliti (npr. politični, gospodarski, itd.) »na žulj« in je potem zaradi tega preganjan.

Do vseh rezultatov oz. ugotovitev, ki sem jih analiziral v prispevku, sem prišel z znanstveno metodo, na podlagi katere sem nedvomno dobil izvirna dognanja, s čimer gre tudi za moj prispevek k pravni, upravni, družboslovni in politološki znanosti.

2. Doktrina polja proste presoje kot zasnova subsidiarnosti

Sodba ESČP *Handyside v. Združenemu kraljestvu* je »locus classicus« (standard) tako za doktrino polja proste presoje kot načelo subsidiarnosti. V njej je strnjeno in prepričljivo utemeljen pomen subsidiarnosti in namen polja proste presoje kot funkcionalne, v konkretni zadevi operative subsidiarnosti. Petzold trdi, da je polje proste presoje več kot le »naravni sad« subsidiarnosti²³. Gre za most, ki združuje konvencijsko pravo (mednarodno področje) in domače pravo (nacionalno področje)²⁴ ter ravno zato končna in jasna, v konkretni zadevi vplivna subsidiarnost, katere temelj je celostna porazdelitev pristojnosti med domačimi oblastmi, zlasti ESČP in domačimi sodišči²⁵. Generalno je pomen načela subsidiarnosti v tem, da v uniji »družbenega pluralizma«, večja skupnost (SE), recipira odgovornost le, če manjša (posamezna država podpisnica) tega ni zmožna²⁶. To je tudi razlog, da ESČP ne nastopa kot »četrt ali celo kot peta instanca«, ki bi se direktno vmešavalo v sojenja domačih sodišč, še manj ravna »*de novo*«. Njegova funkcija je zlasti ustvarjanje standardov konvencijske zaščite človekovih pravic. Stvarna zaščita pa je v prvi vrsti primarna naloga domačih oblasti²⁷. Ob tem je seveda potrebno poudariti, da ESČP na koncu odloča o delitvi kompetenc med njim in domačimi oblastmi. To se navzven kaže kot preizkus, ali so se domači organi zadrževali v okviru svoje celostne kompetence, to je v okviru konvencijsko dovoljenega polja proste presoje²⁸.

²³ Petzold, v: Macdonald, Matscher, Petzold, 1993, str. 59.

²⁴ Marko, 2016, str. 14.

²⁵ Arai-Takahashi, 2002, str. 240.

²⁶ Petzold, v: Macdonald, Matscher, Petzold, 1993, str. 41.

²⁷ Ibid, str. 61.

²⁸ Glej ESČP *A. in drugi v. Združeno kraljestvo*, št. 3455/05, 19. 2. 2009, kjer ESČP v 184. točki navaja, da polje proste presoje vseskozi služi kot mehanizem za utemeljitev odnosa med ESČP in državami članicami. Da ima glavno besedo pri utemeljitvi tega odnosa, se pravi glede stvarnega razpona polja proste presoje, ESČP, ni potrebno posebej opredeljevati.

Pritrditi je potrebno tudi Spielmannu, ko je polje proste presoje, ki je utemeljeno kot meja z upravičenimi argumenti opredeljene diskrecije domačih oblasti (zlasti sodišč in zakonodajnih organov) pri opravljanju konvencijskih dolžnosti, utemeljil kot strasbourško rezerviranost²⁹. Slednja je le odločevalski-sodni pomen subsidiarnosti. Vse to, kar opravičljivo in smiselno velja za načelo subsidiarnosti, logično velja tudi za polje proste presoje. Slednje je le stvarna osnova delitve kompetenc med mednarodno in domačo strukturo zaščite človekovih pravic. Njun temelj strnjeno opredeljujejo 48-50. točke sodbe *Handyside v. Združeno kraljestvo*. Zato ni presenečenje, da so te navedbe postale vodilo subsidiarnosti in doktrine polja proste presoje kot njena funkcionalna osnova³⁰. Ne preseneča tudi, da so pridobile avtorizacijo z Brightonsko deklaracijo³¹, ki zahteva vključitev zasnove polja proste presoje v Preambulo EKČP in s tem končno avtorizacijo v Protokolu št. 15 EKČP³². Sprememba Preambule EKČP za enkrat še ne velja zaradi manjkajočih ratifikacij (Bosne in Hercegovine, Grčije, Italije in Španije).

3. Omejitve restrikcij pravic - zloraba oblasti za obračun s političnimi nasprotniki (18. člen EKČP)

3.1. Teorija in doktrina pravice

Čeprav ESČP priznava, da imajo države določeno polje proste presoje glede strukture svojih političnih sistemov in pri sprejemanju svojih odločitev, so še vedno podvržene »evropskemu nadzoru«, ki ga izvaja ESČP zaradi spoštovanja demokratičnih načel držav članic³³. ESČP demokracijo razlaga kot zahtevo po »pluralizmu, strpnosti in široko-miselnosti«³⁴. Večkrat pa je v svojih odločitvah tudi poudarilo, da so vrednote, ki jih varuje EKČP, »bistveni temelji demokratične družbe«³⁵. Za omejitev pravice in svobošči-

²⁹ Spielmann, 2013, str. 2.

³⁰ Zobec, v: Zidar, Štiglic, 2016, str. 136.

³¹ Brightonska deklaracija o prihodnosti ESČP je del dolgoročnega reformnega procesa ESČP. Sprejeta je bila na visoki konferenci, 19. in 20. 4. 2012. Brightonska deklaracija, ESČP, e-vir.

³² Odbor ministrov SE ga je sprejel na zasedanju, 16. 5. 2013.

³³ Glej ESČP *Axel Springer AG v. Nemčija*, št. 39954/08, 7. 2. 2012, 85-86. točka.

³⁴ Ibid, 78. in 85. točka.

³⁵ To vključuje svobodo izražanja in svobodo tiska (ESČP *Axel Springer AG v. Nemčija*, 78-79. točka), zahtevo po 6. členu, da se sodni postopki vodijo javno in ob navzočnosti zadevnih strank (ESČP *United Communist Party of Turkey in drugi v. Turčija*, št. 19392/92, 30. 1. 1998, 45. točka); EKČP, Protokola št. 1, 3. člen (ESČP *Mathieu-Mohin in Clerfayt v. Belgija*, št. 9267/81, 2. 3. 1987, 47. točka).

ne, kot je npr. določeno v drugem odstavku 8. člena EKČP, mora obstajati »nujnost v demokratični družbi«. Temu posledično sledi zahteva, da je za zadevne ukrepe potrebna »prevladujoča družbena potreba«³⁶. Ker ESČP zagovarja, da je demokracija temeljna vrednota evropskega javnega reda, je zavzelo tudi stališče, da se demokratične vrednote in človekove pravice ne smejo spopadati druga z drugo. Povedano drugače. Pravice iz EKČP se ne smejo uporabiti za izločanje vrednot demokracije³⁷.

Iz tega ozadja se je pojavil 18. člen EKČP, ki temelji na razumevanju, da »vsako načelo, ki se izvaja do svoje skrajnosti, nosi v sebi korenine lastnega uničenja« - zamisel, da bi vladavina prava ali človekove pravice ali celo demokracija, »če bi bila neomejena, omogočala izvolitev diktatorjev; zatiranje, etnično čiščenje in ubijanje manjšin; ali agresijo do sosednjih držav«³⁸. Seveda je varstvo demokratičnih vrednot zagotovljeno tudi z 18. členom EKČP, katerega cilj je preprečiti zlorabo pravic EKČP za druge namene, kot so dovoljeni³⁹.

Da bi bila omejitev pravice upravičena, mora slediti legitimnemu cilju. Večina pravic EKČP že same po sebi določajo, da so omejitve lahko upravičene le, če zasledujejo določene zakonite namene, kot so nacionalna varnost, javna varnost, preprečevanje neredov in kaznivih dejanj ali zaščita pravic in svoboščin drugih⁴⁰. 18. člen EKČP se na tej podlagi pogosto razlaga kot »omejitev na omejitve«⁴¹. To posledično pomeni, da ima zgolj »pomožno« funkcijo, ker nima avtonomnega pomena⁴². Teoretik Schabas je pravilno ugotovil, da je 18. člen EKČP edinstvena določba, ki jo ni mogoče najti v drugih pogodbah o človekovih pravicah⁴³. Samo za ilustracijo. Tudi Splošna deklaracija človekovih pravic⁴⁴ in Listina EU o temeljnih pravicah⁴⁵ vsebujeta določbe, ki omejujejo

³⁶ Zamisel o »nujni družbeni potrebi«, ki jo predvidevajo zahteve »nujnost v demokratični družbi« v drugih odstavkih 8., 9., 10. in 11. člena EKČP, je bila stalna sodna praksa ESČP, od ESČP *Handyside v. Združeno kraljestvo*, št. 5493/72, 7. 12. 1976, 48. točka, naprej.

³⁷ Glej ESČP *Refah Partisi (the Welfare Party) in drugi v. Turčija*, 99. točka.

³⁸ Tocqueville, Mansfield, Winthrop, 2000, str. 411-416.

³⁹ Keller, Heri, 2016, str. 2.

⁴⁰ Glej EKČP, 8., 9., 10. in 11. člen, 2. odstavke in EKČP, Protokol št. 4, 2. člen, 3. odstavek.

⁴¹ Santolaya, v: Roca, Santolaya, 2012, str. 527.

⁴² Satzger, Zimmermann, Eibach, 2014a, str. 105-109.

⁴³ Schabas, 2017, str. 623.

⁴⁴ Drugi odstavek 29. člena Splošne deklaracije človekovih pravic določa: »Pri izvajanju svojih pravic in svoboščin je vsakdo podvržen samo takšnim omejitvam, ki so določene z zakonom, katerih izključni namen je zavarovati obvezno priznanje in spoštovanje pravic in svoboščin drugih ter izpolnjevanje pravičnih zahtev morale, javnega reda in splošne blaginje v demokratični družbi«.

⁴⁵ Prvi odstavek 52. člena Listine EU o temeljnih pravicah določa: »Kakršno koli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava ta listina, mora biti predpisano z zakonom in spoštovati

omejitve za določene cilje, vendar se razlikujejo od sistema EKČP, ker gre za splošne omejitvene klavzule. Splošna deklaracija človekovih pravic in Listina EU o temeljnih pravicah ne določata omejitve posamezne pravice, ampak vsebujeta le eno določbo, ki omogoča omejitev celotnega kataloga pravic. Namesto posebnih omejevalnih klavzul je določba, ki omejuje cilje, v skladu s katerimi je mogoče omejiti pravice, v očitnem smislu preprečevanje samovoljnega vmešavanja in izčrpavanja pravic. Vključitev takšne klavzule v EKČP, ki že predvideva posebne omejitvene klavzule, ki predpisujejo izčrpen seznam ciljev, bi bila brez pomena, če bi se razlagala na ta način. To samo po sebi ne more zagotoviti podlage za popolnoma avtonomen pomen 18. člena EKČP, vendar gre vsaj za prvi znak, da je bil vključen za kak drug namen⁴⁶.

Pri razlagi pomena in namena 18. člena EKČP v okviru sistema EKČP se je večina sodnikov (v ločenih mnenjih do sodb) in znanstvenikov oz. teoretikov, npr. Keller in Heri, oprla na »*travaux préparatoires*« 18. člena EKČP. Vsekakor gre za koristna orodja za ugotavljanje, kaj so avtorji EKČP imeli v mislih za to določbo⁴⁷. Keller in Heri med drugim navajata, da so avtorji mislili, da bo ESČP »porezalo nedemokratske brstiče iz pravnih sistemov držav članic, preden se bodo lahko razcveteli in nosili sadove, kar bi lahko predstavljalo večji problem«⁴⁸. To ugotovitev potrjujejo tudi mnenja avtorjev EKČP, npr. Pierre-Henri Teitgen, da je namen omejevanja ciljev, ki lahko upravičujejo omejitev pravic, »zagotoviti, da nobena država dejansko ne želi odpraviti zajamčenih svoboščin z manjšimi ukrepi, ki imajo, medtem ko so bili opravljeni pod pretvezo organiziranja uresničevanja teh svoboščin na svojem ozemlju ali pri varovanju črke zakona, nasproten učinek«⁴⁹. Povedano drugače. Avtorji, npr. Pierre-Henri Teitgen, so se bali, da bodo države v določenem trenutku poskušale omejiti človekove pravice zgolj zato, da bi okrepile svoj položaj oblasti na račun politične opozicije⁵⁰. Ob tem so bili pozorni tudi na to, da bi države to storile pod pretvezo zakonitosti ali pod pretvezo nekega

bistveno vsebino teh pravic in svoboščin. Ob upoštevanju načela sorazmernosti so omejitve dovoljene samo, če so potrebne in če dejansko ustrezajo ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Unija, ali če so potrebne zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih».

⁴⁶ Tan, 2018, str. 119.

⁴⁷ Nekateri avtorji ob tem menijo, da je »*travaux préparatoires*«, ki se nanaša na 18. člen EKČP, na splošno neuporabna. Glej Rainey, Wicks, Ovey, 2006, str. 437; Santolaya, v: Roca, Santolaya, 2012, str. 527.

⁴⁸ Keller, Heri, 2016, str. 3.

⁴⁹ Svet Evrope, 1975, str. 276.

⁵⁰ Ibid.

legitimnega cilja oz. da bi države omejile pravice pod lažnimi pretvezami zaradi nekega skritega namena. Ravno zato je bil v EKČP vključen tudi 18. člen, da bi nasprotoval takšnim težnjam⁵¹.

Ko države omejujejo človekove pravice pod lažnimi pretvezami, to pomeni kršenje vladavine prava. Delovati morajo ravno nasprotno, in sicer v skladu in v mejah veljavne zakonodaje. Ko ne kršijo le zakonodaje, ampak to storijo namerno in to dejansko poskušajo prikriti, takrat trdijo, da omejevanje pravice zasleduje legitimen namen, v bistvu pa je država dejansko zasledovala drugi, skriti cilj. Takšno ravnanje na koncu še poslabša zgolj kršitev zakonodaje in posledično pomeni hud udarec v srce vladavine prava. Državni organi namreč v teh primerih poskušajo zlonamerno obiti načelo zakonitosti in omejitve, ki jih zakon določa za njihova dejanja, kar bi z drugimi besedami opredelili kot klasična oblika zlorabe moči⁵². To še toliko bolj velja, ker je vsakršen učinkovit nadzor državne oblasti zastarel, če je resnična motivacija in namen za represivnim delovanjem skrit. Skratka, to pomeni jasno neupoštevanje temeljnih načel vladavine prava, pravne varnosti in brez arbitrarnosti⁵³.

Ko države začnejo uporabljati pravo zgolj kot prikrivanje za surovo izvajanje in zlorabo moči ter ko s tem preprečujejo posameznikom, da bi imeli kakršnokoli smiselno pravno obrambo, je vladavina prava v nevarnosti. 18. člen EKČP je usmerjen v primere, v katerih države omejujejo pravice zaradi skritega namena in zato daje opozorilni znak »*par excellence*« za nazadovanje vladavine prava. To je značilnost totalitarizma, ki zlorablja državni aparat in sistem kazenskega pravosodja za zatiranje opozicije, civilne družbe in druge glasove nezadovoljstva. Ko je ugotovljena kršitev 18. člena EKČP, takrat ESČP resnično deluje kot zavest Evrope. Pomeni pa tudi opozorilo na nedemokratično delovanje, kar so njegovi avtorji predvideli že leta 1949⁵⁴. Vsaj v teoriji - sodna praksa ESČP kaže številne ovire za izpolnjevanje te funkcije⁵⁵.

Ne glede na navedeno je v sodni praksi ESČP moč najti nekaj primerov, ko je bil kršen 18. člena EKČP. Ob tem je povsem jasno,

⁵¹ Tan, 2018, str. 119.

⁵² Glej Palombella, v: Sajó, 2006, str. 6. Avtor razloži pojem »zlorabe« na naslednji način: »*Perspektiva zlorabe*« opozarja na nezakonitost kršitve interesa imetnika pravice ali moči, ki očitno deluje s skladnostjo pravnega pravila«.

⁵³ Tan, 2018, str. 120.

⁵⁴ Glej tudi Satzger, Zimmermann, Eibach, 2014a, str. 112.

⁵⁵ Tan, 2018, str. 121.

da med člani ESČP obstajajo različni pogledi o dokaznih zahtevah. Nekatere odločitve navajajo uporabo »zelo zahtevnega dokaznega standarda«, s katerim je bilo mogoče potrditi oz. zavrnilo trditve o kršitvi 18. člena EKČP. Vložnik tožbe, ki trdi, da je imela država »skriti namen« ali neutemeljen razlog za omejevanje pravic, mora prepričljivo dokazati, da pravi cilj organov ni bil takšen kot ga ti predstavljajo oz. kot bi ga bilo moč razumeti glede na predstavljena dejstva⁵⁶. Zgolj navajanje suma, da so bili v ozadju drugi razlogi za omejevanje pravic kot tisti, ki so določeni v EKČP, ne zadostuje⁵⁷. Razlog za to je, da celotna struktura EKČP temelji na splošni predpostavki, da javni organi v državah članicah delujejo v dobri veri, čeprav je to domnevo vsekakor moč izpodbijati⁵⁸. Če dokazni standard ne bi bil tako visok, bi ESČP moralo ugotoviti kršitve v vseh odmevnih primerih, v katerih pritožnikov status, blaginja, ugled, itd. vzbujajo sum, da oblast, ki je vodila njegov ali njen pregon, ni delovala pravilno⁵⁹. Po drugi strani pa bo neposredno vedenje o tem, kar ESČP imenuje »skriti namen«, skoraj vedno v pristojnosti oblasti. Dokazi o neustreznih motivih avtomatično temeljijo na sklepih, ki izhajajo iz konkretnih okoliščin in konteksta primera⁶⁰.

Omejitve človekovih pravic pod lažnimi pretvezami predstavljajo očitno nevarnost za vladavino prava, 18. člen EKČP pa predstavlja močno orodje za odpravo takšnih nazadovanj. ESČP se je trudilo, da bi se spoprijelo s takšnimi škodljivimi praksami. Ob tem je tudi pokazalo pripravljenost, da razvije svojo sodno prakso za boljši spopad s takšnimi situacijami in da tožnikom ponudi rešnično možnost za reševanje teh vprašanj. Primer *Merabishvili v. Gruzija*, o katerem je odločal Veliki senat ESČP, je v tem pogledu prelomnica, saj ponuja žrtvam politično motivirane represije nekaj realističnih možnosti, da vložijo svoje tožbe na ESČP. Tudi če tožniki ostanejo v težkem položaju zaradi ne/uspeha tožbe zoper kršitev 18. člena EKČP, se bo, ob upoštevanju oblastnega vedenja o svojih namenih in ob težavah pri iskanju dokazov, ki kažejo na te namere, dialog vsaj povečal, kar bo pomenilo, da države ne bodo

⁵⁶ ESČP *Lutsenko v. Ukrajina*, št. 6492/11, 3. 7. 2012, 108-109. točka.

⁵⁷ ESČP *Khodorkovskiy v. Rusija*, št. 5829/04, 31. 5. 2011, 255. točka.

⁵⁸ ESČP *Ilgar Mammadov v. Azerbajdžan*, 137. točka.

⁵⁹ ESČP *Khodorkovskiy in Lebedev v. Rusija*, št. 11082/06 in 13772/05, 25. 7. 2013, 903. točka.

⁶⁰ Glej Skupno pritrdilno mnenje sodnikov Jungwiert, Nussberger in Potocki v ESČP *Tymoshenko v. Ukrajina*, št. 49872/11, 30. 4. 2013. Glej tudi delno odklonilno mnenje sodnika Tsotsoria v ESČP *Gruzija v. Rusija*, št. 13255/07, 3. 7. 2014.

več pasivne. Nadalje ugotovitev ESČP, da bo obravnavalo pritožbe organov, ki predstavljajo temeljni vidik zadeve in ki jih vodijo skriti nameni, bo vsaj v teoriji zagotovljeno, da ne bo več kompleksnih in resnih primerov razglašalo za preiskavo nepotrebne⁶¹.

Kljub napredku doseženim z *Merabishvili v. Gruzija* sodna praksa ESČP v povezavi z 18. členom EKČP ostaja zapletena in polna izzivov. ESČP bo moralo zlasti doseči ravnovesje med razlago, zaradi katere je 18. člen EKČP realna pot za postopke, ko je ogrožena vladavina prava. Hkrati pa tudi varovati njen izredni status kot »kvalificirana kršitev«. Ob tem se ne sme več omenjati enako jasne kot nedvoumne slabe oz. zlonamerne odločitve - da je »temelj zaupanja, ki običajno obstaja med vsemi državami podpisnicami, uničen«⁶². Nadaljnja grožnja, ki se lahko pojavi, je zavestno škodljivo ravnanje države z namenom izogniti se svojim zlonamernim omejitvam pravic, ker ni mogoče dokazati, da je bil njihov skriti namen »prevladujoč«. Ker so vse informacije v povezavi z nameni oblasti izključno v rokah države, mora biti ESČP dovolj pozorno, ko bo zahtevalo predložitev potrebnih dokazov oz. sklepati negativno, če država tega ni pripravljena storiti. To pomeni, da bo moralo ESČP hoditi po tanki liniji, v kolikor naj bi 18. člen EKČP služil kot opozorilni zvonec, ki so ga njegovi avtorji predvideli, ob hkratni ohranitvi legitimnosti njegovih odločitev⁶³.

3.2. Rezultati analiza sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice in odgovor na raziskovalno vprašanje

Omejitve restrikcij pravic - zloraba oblasti za obračun s političnimi nasprotniki je specifična pravica, saj ne sodi ne med absolutne in ne med osebne pravice. Temu primerni so tudi izsledki raziskave na področju polja proste presoje, v nadaljevanju pa tudi na področju subsidiarnosti. Pri preučevanju teh področji je bilo potrebno upoštevati, da 18. člen EKČP nima avtonomne vloge. Nanj se je mogoče sklicevati le v povezavi z drugimi členi EKČP. Seveda pa obstaja možnost njegove kršitve v povezavi z drugim členom, čeprav ta člen ni samostojno kršen. Nadalje iz njegove

⁶¹ Tan, 2018, str. 140-141.

⁶² Satzger, Zimmermann, Eibach, 2014b, str. 249.

⁶³ Tan, 2018, str. 141.

norme izhajajo, da je lahko kršen le, če za zadevno pravico ali svo-
boščino veljajo omejitve, ki jih dovoljuje EKČP⁶⁴.

Čeprav je 18. člen v EKČP prisoten od njenega samega začetka, sem ob preučevanju sodne prakse dobil občutek, da se je ESČP izogibalo njegovi obravnavi. Do leta 2004 ESČP ni ugotovilo nje-
gove kršitve. V vseh primerih, ki jih je obravnavalo, je ugotovilo, da tožbe ni bilo treba obravnavati ali pa jo je, na podlagi materi-
alnih členov v povezavi, s katerimi se je stranka sklicevala na 18. člen EKČP, zavrnilo s kratko obrazložitvijo - pogosto zato, ker se
stranke nanj sploh niso sklicevale ali pa so to storile z nezadostno
natančnostjo (npr. *Engel in drugi v. Nizozemska*). Vzporedno s
tem je ESČP v svoji prvi sodbi o vsebini zadeve in številnih nakna-
dnih sodbah uporabilo 18. člen EKČP kot pomoč za razlago ome-
jitvenih klavzul drugih določb EKČP ali njenih protokolov (npr. *Lawless v. Irska* (št. 3) - 15. člen EKČP, *Ashingdane v. Združeno kraljestvo* - prvi odstavek 5. člena EKČP, *Lingens v. Avstrija* - drugi odstavek 10. člena EKČP, *Gillow v. Združeno kraljestvo* - drugi odstavek 8. člena EKČP, *Beyeler v. Italija* - 1. člen Protokola št. 1 EKČP ali *United Macedonian Organisation Ilinden-PIRIN in drugi proti Bolgariji* (št. 2) - drugi odstavek 11. člena EKČP). Prvi primer, v ka-
terem je ESČP podrobneje obravnavalo tožbo po 18. členu EKČP in ugotovilo njegovo kršitev, je bil *Gusinskiy v. Rusija*. Tudi po tej sodbi je ESČP večkrat, brez podrobne razlage, zavrnilo obravnavo tožb na podlagi 18. člena EKČP. Ravnalo je podobno kot pred le-
tom 2004 (npr. *Öcalan v. Turčija*). Od leta 2007 naprej je bilo, kar nekaj primerov, v katerih je ESČP podrobneje preučilo tožbene navedbe na podlagi 18. člena EKČP (npr. *Cebotari v. Moldavija*, *Khodorkovskiy v. Rusija*, *AO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rusija*, *Lutsenko v. Ukrajina*, *Timoshenko v. Ukrajina*, *Khodorko-
vskiy in Lebedev v. Rusija*, *Tchankotadze v. Gruzija*, *Ilgar Mam-
madov v. Azerbajdžan* in *Rasul Jafarov v. Azerbajdžan*).

3.2.1. Polje proste presoje

Zastavlja se vprašanje, zakaj je trajalo toliko časa, da smo šele leta 2004 dobili prvo obsodbo ESČP po 18. členu EKČP. To je še toliko bolj nerazumljivo, saj je namen njegove določbe zaščita pred odpovedjo vladavini prava, zlasti zato, ker vladne omejitve človekovih pravic pod lažnimi pretvezami predstavljajo jasno ne-

⁶⁴ ESČP *Gusinskiy v. Rusija*, 73. točka.

varnost za načeli zakonitosti in prevlade prava. Takšne omejitve pravic pod krinko legitimnih namenov so namreč v nasprotju s predpostavko ravnanja »v dobri veri«, na kateri temelji EKČP, ki predpostavlja, da imajo vse države skupni cilj krepitev človekovih pravic in vladavine prava. Čeprav ESČP v svoji sodni praksi, nanašajoče se na 18. člen EKČP, ne omenja polja proste presoje in o njem tudi ne diskutira, je vzrok ravno v širokem nacionalnem polju proste presoje. Glavni razlog, zaradi katerega številni tožniki niso uspeli prepričati ESČP, da so bili njihovi sodni pregoni, pridržanja ali omejitve pravic izvedene zaradi nekega skritega namena, je bilo vztrajanje ESČP, da je celotni dokazni postopek na strani tožnika in ne države. Poleg te zahteve je ESČP tudi poudarilo zelo visok standard dokazov (»onkraj razumnega dvoma«) v primerih, ki se nanašajo na 18. člen EKČP. Ta visok dokazni standard je pomenil, da je moral tožnik »prepričljivo dokazati«, da oblast ni ravnala »v dobri veri« in da njen dejanski cilj ni bil enak tistemu, ki je bil razglašen (ali kot je mogoče razumno sklepati iz konteksta). Zato zgolj sum, da so oblasti ravnale v slabi veri in da so zasledovale neprimerne oz. skrite motive, ni bil zadosten, »ne glede na to, kako trden je bil ta sum«. Še več. ESČP je v nekaterih primerih celo zahtevalo nedvoumne in neposredne dokaze o skitem namenu. Ker državni organi, ki omejujejo pravice posameznikov pod lažno pretvezo in v zasledovanju skritega namena, običajno ne puščajo takšnih dokazov naokoli in ker je prosilec za pridobitev takih dokazov popolnoma odvisen od organov, je to dejansko predstavljalo oviro za tožnikov uspeh pred ESČP.

Po ugotovitvi prve kršitve 18. člena EKČP so se na tem področju začele določene spremembe, ki so napovedale ožjenje nacionalnega polja proste presoje. ESČP je pričelo ocenjevati tudi posredne dokaze. S primerom *Merabishvili v. Gruzija* se je dokazno breme v veliki meri preneslo na državo. ESČP je namreč uvedlo »test prevlade oz. prevladujočega namena«, ki mu je nudil pomoč pri ugotavljanju, kateri cilj je bil prevladujoč, ko so se pri restrikciji pravic zasledovali tako zakoniti kot nezakoniti nameni. Ob tem je ESČP striktno upoštevalo argument »zdravega jedra« oz. idejo, da dokler je legitimni namen posega dovolj močan – se dodatne zlorabe lahko tolerirajo. Ker so v tem primeru prevladali nezakoniti nameni, je ESČP ugotovil kršitev 18. člena EKČP v povezavi s prvim odstavkom 5. člena EKČP (pravica do svobode in varnosti). S tako zastavljeno sodno prakso je ESČP zožil nacionalno polje proste

presoje, vendar se s tem niso strinjali nekateri sodniki (Yudkivska, Tsotsoria in Vehabović). Ti navajajo, da praktične posledice »testa prevlade« omogočajo široko polje proste presoje vladam pri izvajanju nezakonitih omejitev, ki jih združujejo z zakonitimi nameni⁶⁵. Povedano drugače. Oblastem prepušča široko polje proste presoje za zlorabo kazenskoppravnega sistema za doseganje političnih ciljev, vključno z možnostjo eliminiranja političnih nasprotnikov na način, da prikrijejo svoje neprimerne oz. nezakonite namene na bolj sofisticiran način⁶⁶.

Pri iskanju obsega polja proste presoje v okviru 18. člena EKČP je potrebno upoštevati še en vidik. Zaradi svoje ne samostojne vloge se kršitev 18. člena EKČP vedno presoja v povezavi z drugimi določbam EKČP. V *Navalnyy v. Rusija* je ESČP v povezavi z 11. členom EKČP opredelilo, da ima država na voljo le določeno polje proste presoje⁶⁷. V primeru namernega nespoštovanja zakonodaje in nasilnih demonstracij imajo države članice široko polje proste presoje, ko presojujejo nujnosti sprejetja ukrepov za omejitve takšnega ravnanja⁶⁸. Diskrecija je široka tudi pri zagotavljanju ukrepov za izvedbo zakonitih in mirnih demonstracij. Če pa teh ukrepov ni, je ta omejena⁶⁹. V *Khodorkovskiy in Lebedev v. Rusija* je ESČP v povezavi s prvim in tretjim odstavkom 6. člena EKČP odločilo, da ima država na voljo le določeno⁷⁰, v povezavi z 8. členom in 1. členom Protokola št. 1 EKČP pa široko polje proste presoje⁷¹. Enako, nanašajoče se na 1. člen Protokola št. 1 EKČP, je presodilo v *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos v. Rusija*⁷². V *Khodorkovskiy v. Rusija* je ESČP v povezavi s prvim odstavkom 5. člena EKČP ponovno utemeljilo, da ima država na voljo le določeno polje proste presoje⁷³.

3.2.2. Načelo subsidiarnosti

Načelo subsidiarnosti na obravnavanem področju omejuje ESČP glede prevzema vloge nacionalnih organov, ko preučuje nji-

⁶⁵ Skupno pritrdilno mnenje sodnikov Yudkivske, Tsotsoria in Vehabovića, 16. točka, v ESČP *Merabishvili v. Gruzija*.

⁶⁶ Ibid, 37. točka.

⁶⁷ ESČP *Navalnyy v. Rusija*, 128. točka.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid, 150. točka.

⁷⁰ ESČP *Khodorkovskiy in Lebedev v. Rusija*, 722. točka.

⁷¹ ESČP *Khodorkovskiy in Lebedev v. Rusija*, 836. in 870. točka.

⁷² ESČP *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos v. Rusija*, 566. točka.

⁷³ ESČP *Khodorkovskiy v. Rusija*, 135. točka.

hove odločitve. ESČP pogosto ponavlja, da ne more ne prevzeti vloge ne zavzeti mesto nacionalne oblasti⁷⁴. Takšno stališče ESČP izhaja iz dejstva, da so državni organi bolje postavljeni, bolj obveščeni in zagotovo v ugodnejši situaciji za realno preučitev vseh vidikov posameznega primera. Njegova vloga ni, da namesto držav uveljavlja diskrecijo ali da odloča o tem, ali je pristojni nacionalni organ dejansko sprejel najboljšo možno odločitev. Ta prepoved velja še zlasti za notranje sodne postopke. ESČP ne bo presojalo ali je nacionalno sodišče napačno ugotovilo dejansko stanje ali napačno uporabilo materialno pravo. Tudi ne bo nadomestilo stališče nacionalnega sodišča, razen, če bodo obstajali jasni dokazi o arbitrarnosti⁷⁵. ESČP samo presoja, ali so državni organi pri omejitvah restrikcij pravic v povezavi z drugimi določbami EKČP ostali znotraj meja legitimnih razlik. Če ugotovi, da je sporni ukrep v skladu z objektivno racionalno razlago EKČP, se bo vzdržal vsakršnega ravnanja⁷⁶. Ker pa neizpolnjevanje domačega prava pomeni kršitev EKČP, ima ESČP določeno pooblastilo, da preveri, ali je bil ta zakon izpolnjen⁷⁷. Pri presoji zakonitosti odvzema prostosti ESČP ni omejeno na deklarirane, navidezne namene zadevnega odvzema prostosti ali pridržanja, temveč obravnava tudi dejanske namene in težnje, ki so pri tem vodile državne organe⁷⁸. Logika sistema zaščitnih ukrepov, ki jo določa EKČP, omejuje obseg ESČP do presojanja notranje »zakonitosti«. Vsakršno neupoštevanje domačih formalnosti samodejno še ne pomeni kršitve prvega odstavka 5. člena EKČP. Glavna naloga ESČP je odkriti očitne primere arbitrarnosti⁷⁹.

ESČP pogosto postane aktivnejše, če vlada ne razišče domnevnih kršitev človekovih pravic ali če pritožnikom ne omogoči dokazovanje svojih trditev pred ESČP. V takšnih primerih, ko vlada v celoti ovrže tožnikove navedbe, se ESČP neizogibno sooči s težavami kateregakoli prvostopenjskega sodišča. Preučiti mora nasprotno trditve strank in potrditi/ovreči relevantna dejstva. Ustvariti mora primerna dokazna pravila in določiti breme ter standarde, ki so potrebni za dokazovanje kršitve EKČP⁸⁰.

⁷⁴ ESČP *Navalnyy v. Rusija*, 114-115. in 128. točka.

⁷⁵ ESČP *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos v. Rusija*, 598. točka.

⁷⁶ ESČP *Khodorkovskiy in Lebedev v. Rusija*, 700. točka.

⁷⁷ ESČP *Gusinskiy v. Rusija*, 66. točka.

⁷⁸ ESČP *Tymoshenko v. Ukrajina*, 263. točka.

⁷⁹ ESČP *Khodorkovskiy v. Rusija*, 156. točka.

⁸⁰ ESČP *Merabishvili v. Gruzija*, 333. točka.

Kar zadeva mehanizem izvrševanja, se načelo subsidiarnosti odraža zlasti v prvem odstavku 35. člena EKČP v zahtevi po izčrpanju domačih pravnih sredstev, preden se lahko uporabnik zateče na ESČP. Razlog izčrpanja domačih pravnih sredstev je v subsidiarni naravi instrumentov EKČP. Povedano drugače. Gre za načelo, po katerem je potrebno dati najprej možnost nacionalnim organom, da odpravijo kršitve, ki so predmet tožbe⁸¹. To pravilo, ki je tesno povezano z navedeno določbo, temelji na predpostavki, ki je izražena v 13. členu EKČP, da je v domačem sistemu na voljo učinkovito pravno sredstvo za domnevno kršitev. Na ta način je zagotovljen pomemben vidik načela, da je mehanizem varovanja, ki ga vzpostavlja EKČP, podrejen nacionalnim sistemom, ki so dolžni ščititi človekove pravice⁸². V skladu s 55. členom Poslovnika ESČP mora vsak ugovor zoper nedopustnost tožbe, če to dopušča, njegove karakteristike in okoliščine, izpostaviti tožena država članica v svojih pisnih ali ustnih stališčih⁸³.

4. Sklepne misli

ESČP si na področju omejitve restrikcij pravic - zloraba oblasti za obračun s političnimi nasprotniki zasluži eno veliko kritiko. Nerazumljivo in še toliko bolj nepojmljivo je, zakaj je ESČP ravnalo tako kot je, npr. več desetletno izogibanje njegovi obravnavi, celotni dokazni postopek na strani tožnika in zahteva po visokem standardu dokazov (»onkraj razumnega dvoma«), omogočanje pasivnosti držav članic, itd.. Takšno ravnanje je državam omogočalo široko polje proste presoje in posledično tudi, da so še naprej zlorabljale oblasti za obračune s političnimi nasprotniki. Če bi ESČP prej pristopilo k celostnemu in temeljitemu obravnavanju takšnih primerov, bi s tem poslalo državam članicam jasno sporočilo, da takšnega nedemokratskega in nezakonitega ravnanja ne tolerira. S tem bi mogoče tudi preprečilo kakšno takšno ravnanje držav članic. Sam menim, da je tukaj zelo malo ali skoraj nič prostora za polje proste presoje. Zakaj? Polje proste presoje je namenjeno predvsem določanju ravni nadzora, ki ga ESČP uporablja pri ocenah sorazmernosti. Ko ESČP, npr. ugotovi, da primer sodi v okvir medijske svobode in pluralizma ter da gre za poseg v to pravico,

⁸¹ ESČP *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos v. Rusija*, 637-638. točka.

⁸² ESČP *Tymoshenko v. Ukrajina*, 245. točka.

⁸³ ESČP *Mammadli v. Azerbajdžan*, št. 47145/14, 19. 4. 2018, 81-84. točka.

mora oceniti, ali je bil ta poseg upravičen. To zahteva, da je poseg: a) določen z zakonom, b) v zasledovanju legitimnega cilja in c) potreben v demokratični družbi. Povedano drugače. Poseg mora biti sorazmeren z zasledovanim legitimnim ciljem. Običajno je polje proste presoje namenjeno regulaciji, kako natančno ESČP oceni sorazmernost ukrepa. Široka diskrecija pomeni njegov bolj prefinjen pristop. Ozka pa pomeni, da bo natančno preučilo, kako so domače oblasti uravnotežile te interese. Ker je besedilo 18. člena EKČP nedvoumno in ker ne vključuje preizkusa sorazmernosti, to pojasnjuje, zakaj bi moralo biti na tem področju polje proste presoje zelo ozko ali celo ničelno. Povedano drugače. Ta člen se nanaša na omejevanje pravic zaradi ravnanja »v slabi veri«, kar pomeni, ko je kršen, obstajajo dokazi o tem, da so oblasti zasledovale skrite namene in da so omejile konvencijske pravice pod lažnimi pretvezami. To dopušča izredno malo ali skoraj nič prostora za polje proste presoje.

Ker 18. člen EKČP nima avtonomne vloge in ker se njegova kršitev vedno presoja v povezavi z drugimi določbami EKČP, je potrebna ta spoznanja o zelo ozki ali skoraj ničelni nacionalni diskreciji upoštevati tudi v odnosu do teh določb. To pomeni, da se ozkost oz. ničelnost diskrecije pri 18. členu EKČP prenese tudi na tisto določbo EKČP, v povezavi s katero se preučuje njegova morebitna kršitev, čeprav je prvotno pri tej določbi, ko se obravnava samostojno, na voljo določeno ali široko nacionalno polje proste presoje. Če temu ne bi bilo tako, bi nastal paradoks. Na eni strani bi imeli pri 18. členu EKČP ozko oz. ničelno, na drugi strani pri povezovalni določbi pa široko diskrecijo. Takšno razmerje enostavno ni možno, saj bi bilo nemogoče določiti, kje se začne ožina ene in širina druge diskrecije glede na to, da se morebitna kršitev ene določbe presoja v povezavi z morebitno kršitvijo druge. Podobno bi bilo tudi pri določitvi subsidiarne vloge ESČP. Nemogoče bi bilo utemeljiti, kje se začne in konča njegova nadzorna funkcija glede na ožino ene in širino druge diskrecije.

Seveda na področju presojanja kršitve 18. člena EKČP ni vse tako črno kot se na prvi pogled dozdeva. Primer *Merabishvili v. Gruzija* je v tem pogledu resna prelomnica, saj ponuja žrtvam politično motivirane represije nekaj realističnih možnosti, da vložijo svoje tožbe na ESČP in z njimi tudi uspejo. Tudi če tožniki ostanejo v težkem položaju za ne/uspešno tožbo zaradi kršitve 18. člena EKČP, se bo vsaj povečal dialog, ker se ne bo več tolerirala pasiv-

nost držav. Ob tem je potrebno tudi upoštevati, da edino oblasti poznajo svoje namene. Hkrati pa še težave pri iskanju dokazov, ki izkazujejo te namene. Povedano drugače. ESČP bo moralo, ko obstaja kanček dvoma, da je prišlo do zlorabe oblasti, temeljito preučiti navedbe tožnika, ker je nedopustno, da se v demokratičnih družbah njihovi sistemi izrabljajo za obračune s političnimi nasprotniki. Pri tem bo moralo izhajati zlasti iz tega, da bolj ko je ena stvar nenavadna in nemogoča, večja verjetnost je, da je v njej tudi nekaj resnice.

LITERATURA IN VIRI

Samostojne publikacije

- Arai-Takahashi, Y. (2002). The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR. Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia.
- Evropska komisija za človekove pravice, (1980). The estate of E. Sporrang and I.M. Lönnroth v. Sweden. Strasbourg: Svet Evrope.
- Marko, M. (2016). Polje proste presoje in postopek s pilotno sodbo ESČP v zadevi Ališić. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pravna Fakulteta.
- Rainey, B., Wicks, E., Ovey, C. (2006). The European Convention on Human Rights - 4. Editon. Oxford: Oxford University Press.
- Schasbas, W. (2017). The European Convention on Human Rights: A Commentary. Oxford: Oxford University press.
- Svet Evrope, (1975). Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly (11 May - 8 September 1949). Hagg: Martinus Nijhof.
- Tocqueville, A. D., Mansfield, H. C., Winthrop, D. – urednika prevoda, (2000). Democracy in America. Chicago: University of Chicago Press.
- Tuovinen, J. (2017). Constitutional Rights and the Separation of Powers. Firenze: European University Institute Department of Law.

ČLANKI V REVIJAH

- Keller, H., Heri, C. (2016). Selective criminal proceedings and Article 18 ECHR: The European court of human rights untapped potential to protect democracy. Human Rights Law Journal, letnik 36, številka 1-6, str. 1-10.
- Satzger, H., Zimmermann, F., Eibach, M. (2014a). Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? Rethinking the Interpretation of Art. 18 ECHR Against the Background of New Jurisprudence of the European Court of Human Rights. European Criminal Law Review, letnik 4, številka 2, str. 91-113.
- Satzger H., Zimmermann F., Eibach M (2014b). Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings? (Part 2) – Prerequisites, Questions of Evidence and Scope of Application. European Criminal Law Review, letnik 4, številka 3, str. 248-264.
- Tan, F. (2018). The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding? Goettingen Journal of International Law, letnik 9, številka 1, str. 109-141.

PRISPEVKI V ZBORNIKIH, ENCIKLOPEDIČNI SESTAVKI IN POGLAVJA V KNJIGAH

- Coussirat-Coustere, V. (1995). Article 18. V: *La convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article.* / Louis-Edmond, P., Emmanuel, D., Pierre-Henri, I. (ur.). Paris: Economica, str. 523-527.
- Jacobs, F. (1976). To What Extent Have Restrictions on the Enjoyment of Freedoms Evolved? V: *Proceedings of the 4th International Colloquy about the European Convention on Human Rights.* Strasbourg: Svet Evrope, str. 187–210.
- Palombella, G. (2006). The Abuse of Rights and the Rule of Law. V: *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights* / Sajó, A. (ur.). Utrecht: Eleven International Publishing, str. 5-28.
- Petzold, H. (1993). The Convention and the Principle of Subsidiarity. V: *The European System for the Protection of Human Rights.* / Macdonald, R. St. J., Matscher, F., Petzold, H. (ur.). Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Santolaya, P. (2012). Limiting Restrictions on Rights. Art. 18 ECHR (A Generic Limit on Limits According to Purpose). V: *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention on Human Rights* / Roca, J. G., Santolaya, P. (ur.). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, str. 527-536.
- Zobec J. (2016). Polje proste presoje in konflikt svobode izražanja z zasebnostjo. V: *Slovenske misli o mednarodnih odnosih in pravu, Prispevki ob 80-letnici dr. Ernesta Petriča* / Zidar, A., Štiglic, S. (ur.). Ljubljana: Fakulteta za družbene vede, Založba FDV, Ljubljana in Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije, str. 125-168.

PRAVNI VIRI

- Splošna deklaracija človekovih pravic OZN, (oznaka resolucije št. 217 A (III)), 10. 12. 1948.
- Listina Evropske unije o temeljnih pravicah. Uradni list Evropske unije št. C 83/389, 30. 3. 2010.
- Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP), Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11. Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94.
- Zakon o ratifikaciji Protokola št. 15 o spremembah Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (MPKVCP15). (Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 5/17).

SODNA PRAKSA

- Handyside v. Združeno kraljestvo, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 5493/72, 7. 12. 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372.
- Ashingdane v. Združeno kraljestvo, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 8225/782, 8. 5. 1985, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000822578.
- Mathieu-Mohin in Clerfayt v. Belgija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 9267/81, 2. 3. 1987, ECLI:CE:ECHR:1987:0302JUD000926781.
- Quinn v. Francija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 18580/91, 22. 3. 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0322JUD001858091.
- United Communist Party of Turkey in drugi v. Turčija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 19392/92, 30. 1. 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0130JUD001939292.
- Refah Partisi (the Welfare Party) in drugi v. Turčija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 41340/98, 13. 2. 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0213JUD004134098.
- Gusinskiy v. Rusija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 70276/01, 19. 5. 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0519JUD007027601.
- A. in drugi v. Združeno kraljestvo, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 3455/05, 19. 2. 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0219JUD000345505.
- Khodorkovskiy v. Rusija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 5829/04, 31. 5. 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0531JUD000582904.
- Axel Springer AG v. Nemčija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 39954/08, 7. 2. 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD003995408.
- Lutsenko v. Ukrajina, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 6492/11, 3. 7. 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0703JUD000649211.
- Tymoshenko v. Ukrajina, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 49872/11, 30. 4. 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0430JUD004987211.
- Khodorkovskiy in Lebedev v. Rusija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 11082/06 in 13772/05, 25. 7. 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206.

- Ilgar Mammadov v. Azerbajdžan, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 15172/13, 22. 5. 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0522JUD001517213.
- Gruzija v. Rusija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 13255/07, 3. 7. 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0703JUD001325507.
- Rasul Jafarov v. Azerbajdžan, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 69981/14, 17. 3. 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0317JUD006998114.
- Tchankotadze v. Gruzija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 15256/05, 21. 6. 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUD001525605.
- Kasparov v. Rusija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 53659/07, 11. 10. 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1011JUD005365907.
- Merabishvili v. Gruzija, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 72508/13, 28. 11. 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD007250813.
- Mammadli v. Azerbajdžan, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 47145/14, 19. 4. 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0419JUD004714514.
- Sporrong in Lonnroth v. Švedska, Evropska komisija za človekove pravice, št. 7151/75 in 7152/75, 8. 10. 1980, ECLI:CE:ECHR:1980:1008REP000715175.

SPLETNI VIRI

- Brightonska deklaracija, ki jo je sprejel Odbor ministrov Sveta Evrope na visoki konferenci v Brightonu 19. in 20. aprila 2012. ESČP. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Final-Declaration_ENG.pdf, 7. 5. 2019.
- Sodna praksa ESČP. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, 5. 5. 2019.
- 5.7 Interni in neobjavljeni viri
- Spielmann, D. (2013). Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity Review? Heidelberg: Govor na Max Planck Inštitutu za primerjalno javno pravo in mednarodno pravo. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf, 9. 5. 2019.