



**NOVA
UNIVERZA**

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Načelo vzajemnega priznavanja v okviru EU kot slaba utilitaristična rešitev
Anže Erbežnik

Article information:

To cite this document:

Erbežnik, A. (2010). Načelo vzajemnega priznavanja v okviru EU kot slaba utilitaristična rešitev, Dignitas, št. 47/48, str. 205-224.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/47/48-10>

Created on: 16. 06. 2019

To copy this document: publishing@nova-uni.si

For Authors:

Please visit <http://revije.nova-uni.si/> or contact Editors-in-Chief on publishing@nova-uni.si for more information.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



© Nova univerza, 2018



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA SLOVENSKE
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



**NOVA
UNIVERZA**

EVROPSKA PRAVNA
FAKULTETA



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA DRŽAVNE
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Načelo vzajemnega priznavanja v okviru EU kot slaba utilitaristična rešitev

Anže Erbežnik

1. Uvod

Namen pričujočega prispevka je opredeliti problematiko načela vzajemnega priznavanja kot instituta na ravni EU, katerega namen je ohranjanje nacionalnih partikularitet in raznolikosti držav članic EU, ob hkratnem ustvarjanju skupnega pravnega in gospodarskega območja EU. Že takšna definicija pokaže celotno problematiko zadevnega koncepta, saj gre po eni strani za priznavanje, da smo različni, medtem ko se po drugi strani ustvarja virtualna resničnost navideznega skupnega pravnega območja.¹ Obstoj takšnega paradoksa pa je pravno in življenjsko vprašljiv ter vodi do absurdnih situacij, kot kaže tudi zgodovinska izkušnja v ZDA. Tako bo v sestavku prikazano, da je navedeno načelo zgolj utilitaristična rešitev², ki dolgoročno ne more obstati ter dejansko vodi v absolutno harmonizacijo na ravni EU, čeprav se na kratki rok zdi, da je njegov namen prav izognitev slednji. Kot tako bo vzajemno priznavanje dolgoročno spremenilo nekatere temelje nacionalnih ureditev držav članic Evropske unije, kot bo prikazano na dveh različnih primerih, in sicer ureditev kazenskega postopka ter definicijo osebnega in družinskega statusa.

¹ Anne Weyembergh: »Approximation of Criminal Laws, The Constitutional Treaty and the Hague Programme«, 42 *Common Market Law Review* (2005), str. 1576–1577; Cyrille Fijnaut, Jannemieke Ouwerkerk et al.: *The Future of Police and Judicial Cooperation in the EU*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; Gisele Vernimmen-Van Tiggelen et al.: *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Universite de Bruxelles, 2009; Robin Löf: Shooting from the hip: proposed minimum rights in criminal proceedings throughout the EU, *European Law Journal*, 12 (2006) 3, str. 421–430.

² Tako meni tudi generalni pravobranilec Ruiz-Jarabo Colomer v svojem mnenju v zadevi C-297/07, Klaus Bourquain (odst. 41), ko navaja, da je vzajemno zaupanje nekoliko utilitarno, kadar podpira načelo vzajemnega priznavanja«.

2. Razvoj načela vzajemnega priznavanja v EU

Zgodovinsko gledano se je načelo vzajemnega priznavanja v obliki pravila države izvora (*country of origin principle*) sprva uporabilo v takratni Evropski gospodarski skupnosti oz. kasneje Evropski skupnosti v okviru prostega pretoka blaga. Tako se je odločilo Sodišče Evropske unije (prej Sodišče Evropskih skupnosti) že v zadevi 120/78, *Rewe-Zentral AG proti Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, bolj znani kot »*Cassis de Dijon*«, na podlagi nemške zakonodaje, ki je za določena žganja nediskriminatorno (ne glede na to, ali je proizvod domač ali ne) opredeljevala zahtevo po 25% stopnji alkohola, ki ga francoski *cassis* ni izpolnjeval. Pri tem je sodišče uvedlo dve pravili, in sicer (a) predpostavko načelnega vzajemnega priznavanja proizvodov, ki so bili zakonito dani v promet v eni državi članici; (b) t. i. »*rule of reason*«, ki določa, da so določene nacionalne omejitve dopustne kot obvezne zahteve (»*mandatory requirements*«), npr. v zvezi s finančnim nadzorom, javnim zdravjem, varstvom potrošnikov in podobno. S tega področja je bilo vzajemno priznavanje razširjeno na ostale temeljne svoboščine, in sicer na prosti pretok oseb – C-415/93, *Bosman* in C-55/94, *Gebhardt proti Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* – ter storitev – C-76/90, *Säger proti Dennemeyer and Co. Ltd* – in kapitala – C-98/01, *Komisija proti Združenemu kraljestvu (Golden Shares)*. Pri tem iz navedenih primerov izhaja naslednji test glede dopustnih nacionalnih omejitev vzajemnega priznavanja: (a) nediskriminatorna uporaba, (b) upravičenost na podlagi bistvenih razlogov javnega pomena, (c) primernost in (d) sorazmernost v ožjem pomenu.³ Medtem ko ima z vidika posega v osebnostne pravice posameznika uporaba za blago in kapital bolj posredni pomen, pa je bistveno drugače npr. glede priznavanja kvalifikacij in še zlasti glede priznavanja osebnega in družinskega statusa. V nadaljevanju bo analizirano prav slednje, saj države članice glede osebnega statusa zadevnega načela niso sprovedle do logičnega konca, kot bo prikazano v nadaljevanju.

Do konceptualno bistveno drugačne uporabe zadevnega načela pride s širjenjem pristojnosti Evropske unije na področju nekdanjega tretjega stebra, torej policijskega in pravosodnega

³Joséphine Steiner, Lorna Woods in Christian Twigg-Flesner: EU Law, Oxford University Press, 2006, str. 309–493.

sodelovanja v kazenskih zadevah. Tako se v okviru sklepov zasedanja Evropskega sveta v Tampereju z dne 15.–16. oktobra 1999 pojavi ideja o uporabi zadevnega načela tako v okviru civilnega kot kazenskega prava. Tako je v sklepih zasedanja navedeno: »33. Okrepljeno vzajemno priznavanje pravosodnih odločitev in sodb ter potrebna uskladitev zakonodaje bi olajšala sodelovanje med organi ter sodno varstvo pravic posameznika. Evropski Svet zato podpira načelo vzajemnega priznavanja, ki naj bi po njegovem mnenju postalo temelj pravosodnega sodelovanja tako na civilnem kot kazenskem področju v Uniji. Načelo naj bi veljalo tako za sodbe kakor tudi za druge odločitve pravosodnih organov.«⁴ Leta 2001 sledi tudi Program ukrepov za izvajanje vzajemnega priznavanja odločb v kazenskih zadevah⁵ ter cela vrsta zakonodajnih aktov, sprejetih v skladu s tem programom.⁶ S tem je vzajemno priznavanje postalo temelj sodelovanja znotraj EU v kazenskih zadevah. V zvezi s tem dogajanjem so se pojavljali očitki o nepreglednosti načina »ustoličenja« zadevnega koncepta, ki je bil sprejet brez demokratične vpletenosti parlamentarnih teles, torej zgolj na izvršilni ravni držav članic.⁷ In prav to je temeljni problem tega koncepta, kot bo prikazano v nadaljevanju: njegova vpetost v logiko »izvršilne oblasti« in s tem v logiko strani javnega interesa na račun pravic posameznika. Tako razlikujemo med vzajemnim priznavanjem na trgu in na kazenskopravnem področju. Na trgu države izgubijo del svoje regulativne avtonomije, medtem ko gre na kazenskopravnem področju za problem posega v posameznikove temeljne pravice s strani tujega sistema, ki ga ne pozna, ga ni demokratično legitimiral in ki ščiti njegove temeljne pravice na drugačen način.⁸

⁴ http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.

⁵ UL C 12, 15. 1. 2001, str. 10. Že ta program sicer načeloma govori, da je namen vzajemnega priznavanja ob krepitvi sodelovanja med državami članicami tudi krepitev zaščite pravic posameznika, vendar v samem programu manjkajo ukrepi, ki bi to dejansko tudi izvedli.

⁶ Takšni akti so npr.: Okvirni sklep Sveta 2005/214/PNZ z dne 24. februarja 2005 o uporabi načela vzajemnega priznavanja denarnih kazni (UL L 76, 22. 3. 2005, str. 16), Okvirni sklep Sveta 2006/783/PNZ z dne 6. oktobra 2006 o uporabi načela vzajemnega priznavanja odredb o zaplembi (UL L 328, 24. 11. 2006, str. 59), Okvirni sklep Sveta 2008/978/PNZ z dne 18. decembra 2008 o evropskem dokaznem nalogu za namene pridobitve predmetov, dokumentov in podatkov za uporabo v kazenskih postopkih (UL L 350, 30. 12. 2008, str. 72) in Okvirni sklep Sveta 2008/947/PNZ z dne 27. novembra 2008 o uporabi načela vzajemnega priznavanja sodb in pogojnih odločb zaradi zagotavljanja nadzorstva nad spremljevalnimi ukrepi in alternativnimi sankcijami (UL L 337, 16. 12. 2008, str. 102).

⁷ Glej npr. pod <http://www.statewatch.org/news/2008/aug/tampere.pdf>.

⁸ Glej npr. Markus Möstl, Preconditions and Limits of Mutual Recognition, Common Market Law Review 47(2010), 405–436, str. 408.

3. Problem družinskega statusa

Sprva je bil prosti pretok oseb in njihov družinskih članov izrecno povezan s prostim pretokom delovne sile (glej npr. Direktivo 68/360, Uredbo 1612/68, Uredbo 1251/70 in Direktivo 64/221). Kljub temu je Sodišče Evropske unije že v tem kontekstu sprejelo nekatere daljnosežne odločitve. Stanje se je bistveno spremenilo z uvedbo koncepta državljanstva Unije s pogodbo iz Maastrichta (nekdanji člen B PEU in nekdanji členi 8–8e (17–22) PES), ki je koncept prostega gibanja delavcev dejansko spremenilo v koncept prostega gibanja oseb.⁹ Kot refleksija zadevnega praktičnega dogajanja, ki ga je s svojimi sodbami ekstenzivno potrjevalo Sodišče Evropske unije, je bila sprejeta *Direktiva 2004/38/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic*¹⁰, ki je pričela veljati leta 2006. Zadevna direktiva je pri tem opredelila kategorije oseb, ki so upravičene do gibanja z osebo (2. in 3. člen), ter strogo omejila možnosti omejitve gibanja in izгона osebe iz druge države članice (27.–33. člen).

Kljub napredku na podlagi direktive pa je še zmeraj ostalo odprto vprašanje opredelitve družinskih članov v smislu istospolnih zakonskih zvez oz. registriranih skupnosti. Direktiva še zmeraj omejuje takšno priznavanje na priznavanje takšnih skupnosti v zadevnih državah članicah. Tako v 2. členu kot družinskega člana ob zakoncu določa tudi »partnerja, s katerim je državljan Unije sklenil registrirano partnerstvo na podlagi zakonodaje države članice, če zakonodaja države članice gostiteljice obravnava registrirana partnerstva kot enakovredna zakonski zvezi in v skladu s pogoji, določenimi v ustrezni zakonodaji države članice gostiteljice». Ob tem pa v 3. členu državam članicam ponuja možnost, da lahko država članica gostiteljica, v skladu s svojo nacionalno zakonodajo, olajša vstop in prebivanje med drugim tudi "partnerju, s

⁹Sicer 20. do 23. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije navidezno omejuje koncept državljanstva zgolj na določene posledice (sodelovanje na lokalnih volitvah in volitvah v Evropski parlament v drugi državi članici, pomoč predstavništev drugih držav članic, pravica do prostega gibanja), vendar pa judikatura Sodišča Evropske unije že kaže na bistveno širše implikacije, npr. odločitve sodišča v zadevah C-224/98, D'Hoop v. Office National de l'emploi – neposredni učinek določbe o državljanstvu Unije; C-413/99, Baumbast, R v. Secretary of State for the Home Department – za gibanje po Uniji ni potrebna ekonomska navezna okoliščina; C-184/99, Grzelczyk – podpora študentom; C-200/02, Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department – združitev družine itd.

¹⁰UL L 158, 30. 4. 2004, str. 77.

katerim ima državljan Unije trajno razmerje, ki je ustrezno potrjeno". S tem direktiva prevzema logiko, ko jo je Sodišče Evropske Unije izpostavilo že v zadevi 59/85, *Nizozemska proti Reed*, kjer je nepriznavanje pravice do bivanja s partnerjem državljanu druge države članice, ob hkratnem priznavanju takšne pravice nizozemskim državljanom, predstavljalo nedopustno diskriminacijo v nasprotju z nekdanjim 12. členom PES. To pa pomeni, da ni zahteve po avtomatskem priznavanju legitimne in zakonsko priznane skupnosti iz ene države članice v drugih državah članicah, zlasti na škodo istospolnih pravno priznanih zvez.

Pri tem se je Sodišče Evropske unije sicer umaknilo s preživelega stališča, kot ga je izražalo še v združenih zadevah C-122/99 in C-125/99 P, *D. in Švedska proti Svetu*, kjer je glede nepriznavanja istospolnih zvez s strani Kadrovskih predpisov EU zavrnilo možnost kršitve načela enakega obravnavanja, diskriminacije na podlagi spola, prostega gibanja delavcev in pravice do družinskega življenja. Tako npr. v zadevi C-117/01, *K.B. v. NHSPA*, meni, da Pogodba prepoveduje nacionalno zakonodajo, ki nasprotuje judikaturi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) in preperečuje transeksualcem sklenitev zakonske zveze, da bi lahko eden izmed njiju užival pravico do plače drugega, in v zadevi C-267/06, *Maruko proti Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, odloči, da pravo EU (konkretno Direktiva 2000/78/ES) nasprotuje »*ureditvi, v skladu s katero preživeli partner po smrti svojega življenjskega partnerja ne prejme izplačila za preživele osebe, enakega izplačila, ki ga prejme preživeli zakonec, čeprav življenjska partnerska skupnost v skladu z nacionalnim pravom postavlja osebe istega spola v položaj, ki je primerljiv položaju zakoncev*». Kljub temu pa še zmeraj ni izpeljalo logike diskriminacije navidezno nevtralnih ukrepov in prostega gibanja do konca.¹¹ Tako je sicer pokazalo, da tudi navidez nevtralna državna pravila (npr. pravica do črkovanja imena)¹² lahko omejujejo prosti pretok oseb, ni pa na načelni ravni sprejelo stališča, ki bi dejansko zahtevalo vzaje-

¹¹ Pri tem pa se je sodišče odločilo za široko razlago Direktive 2004/38/ES, kot kaže zadeva C-127/08, *Matock*, glede pojmovanja pravic do bivanja državljanov tretjih držav, ki so družinski člani državljana Unije. Glej tudi Cathryn Costello: *Metock: Free Movement and »Normal Family Life« in the Union*, *Common Market Law Review*, 46 (2009), str. 587-662, pri čemer izpostavi, da bi lahko istospolne zakonske zveze, kjer so priznane, sodile pod določbo o zakonskih partnerjih, ki ne zahteva obstoja takšnih skupnosti v nacionalnem pravu.

¹² Tako se je v primeru postavilo vprašanje pravice do izpisa imena v zadevi *Case C-148/02 Garcia Avello*, pri čemer je sodišče nacionalne predpise, ki so omejevali zapis imena otroka, štelo za nedopustne.

mno priznavanje vseh legalno priznanih skupnosti v posamezni državi članici. V večji meri se je zadevnemu približalo Sodišče za uslužbenke Evropske unije glede zaposlenih pri EU, ki je v zadevi F-122/06, *Roodhuijzen proti Komisiji*, izvenzakonski partnerki, priznani po nizozemski zakonodaji, priznalo pravico do vključitve v zdravstveno blagajno. Pri tem pa se postavlja vprašanje, ali je takšno zadržano razlogovanje sodišča dopustno z ozirom na pravno veljavno Listino Evropske unije o temeljnih pravicah kakor tudi na samo naravo Evropske unije.

4. Kazenski postopek

Od Maastrichtske, še v veliko večji meri pa od Amsterdamske pogodbe dalje je EU začela dejavneje posegati v kazensko pravo držav članic, med drugim v kazensko procesno pravo. Tako je npr. točka (c) prvega odstavka 31. člena nekdanje PEU med drugim določala, da skupni ukrepi na področju pravosodnega sodelovanja vključujejo »zagotavljanje skladnosti predpisov, ki se uporabljajo v državah članicah, kolikor je to potrebno za izboljšanje takšnega sodelovanja«. Na podlagi navedenega člena je Komisija npr. tudi podala *predlog okvirnega sklepa Sveta o določenih procesnih pravicah pri kazenskih postopkih na celotnem območju Evropske unije* (KOM(2004)0328), glede katerega pa v Svetu ni bilo doseženo takrat zahtevano soglasje.¹³ Posledično je bila na ravni Sveta sprejeta odločitev postopnega udejanjanja postopkovnih pravic v kazenskih postopkih v obliki resolucije Sveta z dne 30. novembra 2009 o načrtu za krepitev procesnih pravic osumljenih ali obtoženih oseb v kazenskih postopkih – t.i. *Roadmap*, ki predvideva vrsto ukrepov, kot jih je obsegal že neuspešni predlog okvirnega sklepa, in sicer: (A) prevajanje in tolmačenje, (B) informacije o pravicah in obtožnici, (C) pravni nasvet in pravna pomoč, (D) komuniciranje s sorodniki, delodajalci in konzularnimi organi, (E) posebno varstvo za osumljence ali obtožence, ki spadajo v skupino ranljivih oseb, in (F) zelena knjiga o preiskovalnem priporu. Prvi izmed njih (prevajanje in tolmačenje) je bil že sprejet v obliki Direktive 2010/64/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. oktobra 2010 o pravici do tolmačenja in prevajanja v kazenskih

¹³ Drugače sedANJI 82. člen PDEU zahteva zgolj kvalificirano večino iz rednega zakonodajnega postopka, ob enakovredni vlogi Evropskega parlamenta (294. člen PDEU).

postopkih¹⁴, v zakonodajnem postopku pa je trenutno ukrep (B) v obliki predloga direktive o pravici do obveščeniosti v kazenskem postopku (KOM(2010)0392). Pri tem pa so zadevni ukrepi zgolj zakasneli in po učinku omejeni odziv na vse pomanjkljivosti načela vzajemnega priznavanja na področju kazenskih zadev, kot ga zlasti ilustrira prvi instrument na zadevnem področju – *Okvirni sklep Sveta 2002/584/PNZ z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami*¹⁵, torej t. i. »evropski nalog za prijetje in predajo« (ENPP). Slednji je namreč v praksi pokazal vprašljivost načela vzajemnega priznavanja v skupnosti, ki želi predstavljati enotno pravno območje.¹⁶ Tako so se pojavili problemi različnih postopkovnih standardov, npr. uporaba striktnega načela legalitete pregona¹⁷, neupoštevanje sorazmernosti pri odrejanju ukrepa¹⁸, problem zaporniških razmer¹⁹ itd. Pri tem pa je ENPP zgolj omejenega obsega v smislu vpliva na postopkovna jamstva. Veliko bolj daljnosežne posledice bi imela pobuda skupine sedmih držav članic (Belgije, Bolgarije, Estonije, Španije, Avstrije, Slovenije in Švedske) za *direktivo Evropskega parlamenta in Sveta o evropskem preiskovalnem nalogu v kazenskih zadevah*²⁰, ki je trenutno v zakonodajnem postopku in ki predvideva vzajemno priznavanje pravosodnih in celo policijsko odrejenih preiskovalnih ukrepov (vsi preiskovalni ukrepi, z izjemo skupnih preiskovalnih enot in določenih oblik prisluškovanja).²¹

Pri tem se kot temeljna ovira za udejanjanje načela vzajemnega priznavanja na področju kazenskega procesnega prava v EU kaže dvoje, in sicer: (a) raznolika pravila glede (ne)dopustnosti dokazov, tesno povezana zlasti s privilegijem zoper samoob-

¹⁴ UL L 280, 26. 10. 2010, str. 1.

¹⁵ UL L 190, 18. 7. 2002, str. 1.

¹⁶ Oreste Pollicino: European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to strike the Right Balance between Interacting Legal Systems, *German Law Journal*, (2008) 10, str. 1313–1355.

¹⁷ http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/eaw/other/220_EAW.pdf.

¹⁸ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/jha/114859.pdf.

¹⁹ Glej npr. sodbo Vrhovnega sodišča Irske v zadevi MjELR v. Rettinger, [2010] IESC 45, sodba z dne 23. julija 2010, in pa tudi sodbo ESČP v zadevi Orchowski proti Poljski, št. 17885/04, sodba z dne 22. oktobra 2009.

²⁰ UL C 165, 24.6.2010, str. 22.

²¹ Izjemo na področju vzajemnega priznavanja na področju kazenskega prava predstavlja razlaga načela ne bis in idem, ki ga je Sodišče Evropske unije v več svojih odločbah razlagalo v korist posameznika – glej npr. združeni zadevi C-187/01 in C-385/01, Gözutok in Brugge, kjer je sodišče zahtevalo priznanje državnotožiških odločitev, da se zadeva zaradi izpolnitve določenih obveznosti ne preganja, ali pa C-467/04, Gasparini in drugi, glede upoštevanja zastaranja pregona v eni izmed držav članic.

tožbo in posegi v zasebnost, ter (b) različna percepcija funkcije državnega tožilca v kazenskem postopku. Problem pod točko (a) je dejansko problem različnega pojmovanja ekskluzije, torej izločitve nedopustnih dokazov, med državami članicami EU. To pomeni, da je dokaz, ki je v eni državi popolnoma nesprejemljiv, v drugi državi dopusten. Pri tem tudi judikatura Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) ne nudi dovolj jasnih kriterijev oz. nudi zgolj minimalne kriterije, kot kaže nazorno npr. primer *Gäfgen proti Nemčiji* ESČP, št. 22978/05, sodba z dne 30. junija 2008 (sedemčlanski senat) in z dne 1. junija 2010 (veliki senat). V zadevnem primeru so bili pred nemškimi sodišči dopuščeni izvedeni realni dokazi, pridobljeni na podlagi nezakonite grožnje s silo, kakor tudi izjave pred sodiščem, za katere pa je obdolženec kasneje trdil, da so bile podane zgolj na podlagi prvotne nezakonitosti, torej nedopustne grožnje in dopustitve realnih dokazov, ki so iz nje izšli. ESČP je v zadevnem primeru pritrdilo Nemčiji. Pri tem sedemčlanski senat sodišča razvije naslednjo teorijo glede izločitve dokazov, pridobljenih s kršitvijo 3. člena EKČP, in sicer: izjave, pridobljene s kršitvijo 3. člena EKČP (mučenje in nečloveško ali ponižujoče ravnanje), so predmet absolutne ekskluzije; - izvedeni realni dokazi, ki so neposredno izšli iz kršitve 3. člena (npr. zadeva *Jalloh* - uporaba prisilnega bruhanja), so tudi predmet absolutne ekskluzije; - izvedeni realni dokazi, ki so zgolj posredno izšli iz kršitve 3. člena EKČP, ki ni mučenje, so podvrženi tehtanju v smislu poštenosti postopka (torej niso neposredno sadež zastrupljenega drevesa). Veliki senat sprejme nekoliko drugačno odločitev v smislu, da šteje, da ima pritožnik še zmeraj status žrtve glede na dejstvo, da so nemška sodišča izrekle storilcem (policistoma, ki sta naklepno kršila 3. člen EKČP) kljub obsodbi prenizke sankcije (pogojne obsodbe in denarne kazni), kakor tudi, da še ni bilo razrešeno vprašanje odškodnine. Glede kršitve 6. člena EKČP pa potrdi načeloma teorijo sedemčlanskega senata, pri čemer navede, da »*sta poštenost kazenskega postopka in učinkovita zaščita absolutne prepovedi po 3. členu ogrožena samo, če se prikaže, da je kršitev 3. člena vplivala na izid postopka zoper obdolženca, to pomeni, da je imela vpliv na obsodbo ali kazen*«. Meni, da v danem primeru ni bilo tako, saj so bili dodatni dokazi, dopuščeni na sojenju, dopuščeni zgolj za podkrepitev njegovega priznanja, ter niso vplivali na njegovo priznanje. Za primerjavo, v slovenskem sistemu bi bili takšni iz-

vedeni dokazi nedopustni (18. člen ZKP) z bistvenim vplivom na izid postopka.

Pod točko (b) je bil izpostavljen problem percepcije funkcije tožilstva. Pri tem je jedro problema razumevanje besede »pravosodno«, ki vključuje tako sodne organe kot javne tožilce. Doslej se zaradi omejenosti pristojnosti EU zadevno vprašanje ni konkretno zastavilo, se pa obeta v prihodnje, zlasti glede na različne uradne prevode 82. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), kar kaže na različno pravno-kulturno percepcijo v državah članicah. Tako npr. nemški in slovenski izvod Pogodbe govorita samo o vzajemnem priznavanju sodnih odločb in izključujeta državnega tožilca²², medtem ko druge jezikovne različice PDEU uporabljajo izraz »pravosodne odločbe« in vključujejo državnega tožilca. Problem pa ni samo jezikoslovni, temveč kaže na temeljno razliko v pojmovanju vloge državnega tožilca v kazenskem postopku. Tako vrsta držav šteje državnega tožilca za kvazi sodni organ, ki dejansko tudi izvaja kazensko preiskavo, pri čemer je šele sekundarno, glede najbolj invazivnih ukrepov, podana sodna validacija. Druge pa nekatere države, kot je npr. Slovenija, štejejo državnega tožilca zgolj za stranko v postopku, ki načeloma nima posebnih prerogativ nasproti obdolžencu (glej npr. 16. in 45. člen ZKP). In tu nastopi bistven problem vzajemnega priznavanja, in sicer, kako naj država, ki šteje državnega tožilca zgolj za stranko v postopku, dopusti neposredno izvajanje ukrepov na podlagi odredbe državnega tožilca iz druge države članice, kjer ima slednji kvazi sodna pooblastila. Pri tem je vloga tožilca tudi odraz zgodovinskih izkušenj in nacionalne pravne kulture, ki jih 82. člen PDEU izrecno ščiti. Kljub temu se pa prav v času terorizma in odkrite podpore vse večjemu nadzorovanju kaže nevaren trend judicializacije državnega tožilca, ki ga iz stranke v postopku (kar naj bi bil) spreminja v organ, nadrejen drugi stranki. S tem pa postopek, velikokrat pod krinko lažnih trditev o večji akuzatornosti, postaja vse bolj inkvizitoren, in torej obstaja nevarnost vrnitve nazaj v inkvizitorni sistem.²³ V takšnem sistemu se vse odloči predhodno, v policij-

²² Glej tudi pod <http://www.ejiltalk.org/'is-torture-ever-justified'-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/>. Pri tem pa je zanimivo vprašanje dopustnosti dokazov, ki so bili pridobljeni z mučenjem drugje – glej v zvezi z navedenim odločitve House of Lords v zadevi *A and others v Secretary of State for the Home Department (No 2)* [2005] UKHL 71, [2006] 2 AC 221 (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/71.html>), pri čemer pa je večina menila, da je uporaba takšnih dokazov sicer nedopustna, vendar je dokazno breme na obdolžencu. Glej tudi pod http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_100512.pdf.

²³ Zanimivo je, da veliko vlad držav kandidatki k EU uporablja argument zahtev EU za spremembo

sko-tožilski preiskavi, kasnejši sodni postopek pa je zgolj pritožba zoper *fait accompli*.²⁴ V zvezi z navedenim je zlasti zanimivo, da se tak trend podpira prav s trditvijo o krepitvah pravic obdolženca v postopku. Tako se npr. v Sloveniji pojavlja trditev o potrebi po večji akuzatnornosti zaradi nepristranskosti sodnika, pri tem pa se pozablja, da je enakost strank v postopku zgolj iluzija in da je ravnotežje vzpostavljeno umetno ter je njegovo bistvo prav ločitev strank.²⁵ Kakor hitro namreč nadredimo eno stranko (državnega tožilca) drugi stranki, od enakosti ne ostane veliko. Navedeno je povezano tudi z vprašanjem obstoja in vloge preiskovalnega sodnika kot arbitra preiskave med dvema strankama.²⁶ Z načelom vzajemnega priznavanja na kazenskem področju se namreč pojavlja nevarnost, da bodo države članice, ki državnega tožilca strogo omejujejo na stranko v postopku, prisiljene prevzeti drugačno pojmovanje, in sicer tožilca kot kvazi sodnega organa. Takšna posledica je naravnost nujna, če naj pravno območje EU dejansko deluje in se prepreči sistem t. i. zakonov šahovnice («*checkerboard laws*»), kot bo prikazan na ameriški izkušnji v nadaljevanju.

5. »Checkerboard laws« in ameriška izkušnja

Nekaj podobnega, kot poteka na ravni EU, je v preteklosti potekalo v ZDA v smislu razdelitve pristojnosti med zvezo in posameznimi zveznimi državami.²⁷ Tako je bila sprejeta Listina pravic (*Bill of Rights*), ki naj bi omejevala zgolj zveznega zakonodajalca in naj ne bi posegala v pristojnosti držav članic. V okviru oblikovanja skupnega pravnega območja je bilo dejansko uporabljeno načelo vzajemnega priznavanja v svoji najbolj drastični različici. V okviru enotnega pravnega območja so namreč poskušali združiti sisteme, ki so dopuščali suženjstvo, in takšne, ki so ga prepovedovali. Posebej nazorno takšno negativno uresničevanje načela vzajemnega priznavanja prikazuje odločitev Vrhovnega sodišča ZDA

postopka v smislu policijsko-tožilске preiskave.

²⁴ Sodnik Goldberg je v primeru Vrhovnega sodišča ZDA *Escobedo v. Illinois* 78 U.S. 478 (1964), uporabil takšno prisposodbo v zvezi z zanikanjem pravice do zagovornika osumljencu, ko postane preiskava osredotočena ("The rule sought by the State here, however, would make the trial no more than an appeal from the interrogation").

²⁵ B. M. Zupančič, *Pravo in prav, Cankarjeva založba*, 1990, str. 84–90.

²⁶ Glej npr. Marko Bošnjak in drugi: *Izhodišča za nov model kazenskega postopka*, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, 2006.

²⁷ V zvezi z navedenim glej tudi 5. člen Pogodbe o Evropski uniji in 4. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (slednji našteva deljene pristojnosti, med njimi tudi območje svobode, varnosti in pravice).

v primeru *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856)²⁸, kjer se je sodišče neposredno soočilo z vprašanjem suženjstva v zvezi z dalj časa trajajočim bivanjem sužnja na ozemlju, kjer suženjstvo ni bilo dopuščeno. Pri tem je sodišče tako imenovani Missourijski kompromis²⁹ kot poskus nekakšnega kompromisa glede vprašanja suženjstva razglasilo za neustavnega ter s sedmimi glasovi proti dvema (večinsko mnenje Vrhovnega sodišča je podal predsednik sodišča Taney) zavrnilo stvarno pristojnost zveznega sodišča. Pri tem je menilo, da noben »črnc«, tudi svoboden ne, ne more nikoli postati državljan Združenih držav, ter pri tem »črnce« opredelilo kot »bitja nižje vrste«, ki jih ne obsega terminologija Deklaracije o neodvisnosti in Ustave ZDA; da predstavlja izločitev suženjstva z dela Združenih držav s strani Missourijskega kompromisa nezakonito omejitev lastnine (sužnjev) v nasprotju s Petim amandmajem k Ustavi ZDA v smislu prostega gibanja državljanov ZDA; ter da bo za Dreda Scotta ob vrnitvi v Missouri veljalo pravo te zvezne države, kar je pomenilo, da ni svoboden. Takšna odločitev Vrhovnega sodišča je pomenila konec sleherne možnosti odprave suženjstva po mirni poti s postopnim ozemeljskim omejevanjem suženjstva, kot je veljalo za čas pred takšno odločitvijo. Predmetna sodba je bila sicer pravilna z vidika načela vzajemnega priznavanja, v konkretnem primeru lastnine, ki jo je predstavljal suženj, bila pa je popolnoma nesprijemljiva z vidika človekovih pravic in vrednosti, ki pripada slehernemu človeku ne glede na barvo kože. Problem je bil torej poskus udejanjanja vzajemnega priznavanja sistemov,

²⁸ Pritožnik Dred Scott je bil suženj, ki ga je njegov lastnik v okviru svoje službe preselil iz zvezne države Missouri (kjer je bilo suženjstvo dopuščeno) na vojaško postojanko Rock Island v zvezni državi Illinois (kjer je bilo suženjstvo prepovedano). Nato se je Dred Scott skupaj s svojim gospodarjem preselil na vojaško postojanko Fort Snelling na ozemlju, ki je ležalo severno od geografske širine, ki jo je zvezni zakonodajalec na podlagi Missourijskega kompromisa določil kot mejo dopustnosti suženjstva. Tam je dr. Emerson kupil tudi sužnjo Harriet ter privolil v njeno poroko z Dredom Scottom. V zakonu med Harriet in Dredom Scottom sta se rodili hčeri Eliza (rojena je bila še severno od geografske širine, določene kot geografske meja dopustnosti suženjstva) in Lizzie (rojena je bila po vrnitvi v zvezno državo Missouri). Po smrti dr. Emersona je Dred Scott (po neuspelem poskusu kupiti lastno svobodo) podal tožbo pred prvostopenjskim državnim sodiščem za priznanje prostosti na podlagi dolgotrajnega bivanja na ozemljih, kjer je bilo suženjstvo prepovedano, ki je bila odločena v njegovo korist. Na podlagi pritožbe je Vrhovno sodišče Missourija sodbo razveljavilo in zadevo vrnilo v odločanje prvostopenjskemu sodišču, kjer je bilo odločanje odloženo zaradi sprožitve tožbe pred zveznim okrajnim sodiščem zoper Sandforda, brata in pravnega skrbnika premoženja ga. Emerson, ki je bil prebivalec New Yorka (za zvezno pristojnost je bil pogoj državljanstvo različnih zveznih držav tožnika in toženca). Zadeva je bila vsebinsko odločena s strani porote v toženčevo (Sandfordovo) korist. Sledila je pritožba s strani Dreda Scotta na Vrhovno sodišče ZDA.

²⁹ 'Missourijski kompromis' je bil zvezni zakon Združenih držav iz leta 1820 in je predstavljal sporazum med prosuženjsko in protisuženjsko frakcijo v ZDA glede vprašanja suženjstva na redko posejanih zahodnih ozemljih. Prepovedal je suženjstvo severno od vzporednika zemljepisne širine 36 stopinj in 30 minut, z izjemo zvezne države Missouri.

ki so sploh različno pojmovali človeško bitje, pri čemer je takšno pojmovanje osnova slehernega sistema. Gre za dobro ilustracijo problema t. i. *checkerboard laws*, kot to poimenuje Dworkin, kjer se znotraj istega območja želi udejanjiti diametralno nasprotne pravne ureditve.³⁰ Posledično je bila potrebna dopolnitev zvezne ustave (po državljanski vojni) v smislu 13., 14. in 15. amandmaja k Ustavi ZDA. Pri tem pa je 14. amandma pripeljal dolgoročno tudi do poenotenja, torej absolutne harmonizacije vrste pravic iz *Bill of Rights* (1., 4., 5. in 6. amandma) v smislu njihove aplikacije v posameznih zveznih državah.³¹ To je bila posledica spoznanja, da lahko vzajemno priznavanje deluje samo na podlagi enotnih kriterijev, ki dejansko vodijo do absolutne harmonizacije razlage temeljnih pravic ustavne narave. Navedeni amandma je bil uporabljen tudi za poenotenje pravic iz kazenskega postopka, in sicer zlasti v smislu privilegija zoper samoobtožbo in obvezne sodne uvedbe pouka »Miranda«³² v vseh zveznih državah ter pravice do odvetnika.

Pri tem pa je zanimiv tudi zgodovinski način aplikacije 14. amandmaja³³ kot primer ekstenzivne sodne razlage, ki izrecno nasprotuje oz. bistveno presega voljo izvirnega zakonodajalca, ki je ustavno določilo sprejel. Zadevni amandma je bil sprejet leta 1868, kot eden izmed tako imenovanih »rekonstrukcijskih« amandmajev po ameriški državljanski vojni. Njegov namen je bil ustavno zasidrati določbe Zakona o državljanskih svoboščinah (*»Civil Rights Act«*) iz leta 1866, zavrniti doktrino iz zadeve Dred Scott (glej zgoraj), s katero je Vrhovno sodišče ZDA leta 1857 zaprlo pot, da bi temnopolto prebivalstvo pridobilo državljanstvo

³⁰ Ronald Dworkin: *Law's Empire*, Harvard University Press, 2001, str. 179–186.

³¹ Glej npr. sodbo Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), s katero se je vključitev začela.

³² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

³³ 14. amandma k ustavi ZDA (1. in 2. oddelek) – izvorno besedilo:

^asection 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

^bsection 2. Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.”

ZDA, kakor tudi preprečiti tako imenovane *black codes*, s katerimi se je sicer načeloma svobodne prebivalce poskušalo vrniti v služnostno in podrejeno razmerje. Bistvene tri sestavine zadevnega amandmaja so: (a) privilegiji in imunitete državljanov (*the privileges or immunities of citizens of the United States*) kot določene pravice, ki pripadajo vsem državljanom ZDA; (b) dolžno pravno postopanje (*due process of law*) in (c) enaka zaščita zakonov (*equal protection of the laws*). Berger v svoji znani kritiki »vladavine sodnikov« (*government by judiciary*) nazorno prikaže domet in večinsko pojmovanje zadevnih kategorij v času njihovega sprejetja.³⁴ Tako je bil pojem *privileges or immunities* bil pojmovan kot pojem, ki se je nanašal na življenje, svobodo in lastnino ter nikakor ni bil namenjen političnim pravicam (volilna pravica). Prav tako se je *due process of law* nanašal na priznavanje teh pravic pred sodišči ter je *equal protection of the laws* pomenila zgolj prepoved diskriminacije na podlagi obstoječe zakonodaje. Skozi podrobno analizo zakonodajnega postopka Berger tako nakaže, da je Vrhovno sodišče ZDA v zvezi z razlago 14. amandmaja bistveno razširilo domet njegove uporabe, in to celo *contra legem* v primerjavi z voljo ustavodajalca (39. kongresa). Z zgodovinske perspektive je njegova teorija neizpodbitna. Kar pa Berger prezre in kjer njegova teorija ni prepričljiva, je v točki, kjer se postavi vprašanje, ali zgodovinski dogodki ter razvoj družbe skozi čas ne terja od sodnikov spremenjene razlage določeno ustavne norme, in sicer ne na podlagi perspektive izvirnega zakonodajalca, temveč na podlagi potreb in razvoja družbe v času razlage. Bergerjeva kritika, da se ni dopustno pretvarjati, da je prvotni namen izvirnega zakonodajalca obsegal že tudi aplikacijo, kot se pripisuje, je upravičena. Kjer pa Berger zgreši, je glede ustreznosti in upravičenosti takšne vloge sodišča, saj npr. rezultati Vrhovnega sodišča ZDA pod vodstvom predsednika sodišča Earl Warrena (1954-1969) v zvezi z ustvarjalno vlogo sodišča prepričajo slehernega, ki verjame v človekove pravice. Tako npr. ni mogoče oporekati odpravi segregacije v javnih šolah v zadevi *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Seveda pa je treba pri tem odkrito priznati ustvarjal-

³⁴ Glej podrobneje Raul Berger: *Government by Judiciary, Government by Judiciary, Liberty Fund*, 1997. Glej tudi odločitve Vrhovnega sodišča ZDA v zadevah *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873), in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), kot diametralno nasprotno primere razlage 14. amandmaja k Ustavi ZDA.

no vlogo sodnika, ki ni več zgolj razlagalec Ustave, temveč njen ustvarjalec, ter se tudi vprašati, kje so meje takšne ustvarjalne vloge.³⁵ Javnost se mora moči sodstva zavedati in se kritično soočiti s pomenom in nevarnostmi takšne ureditve, ne da bi pri tem odklonila takšno vlogo samo, saj so pozitivni učinki prepombni in predaljnosežni, da bi se v demokratični družbi lahko tej vlogi odpovedali. Hkrati pa navedeno tudi kaže, da je sistem vzajemnega priznavanja zgolj prehodna stopnja na poti k absolutni harmonizaciji. Ob tem pa je del harmonizacije in to celo glede odprave segregacije potekal tudi na podlagi t. i. *Commerce Clause* iz 1. člena Ustave ZDA, torej na podlagi logike prostega blagovnega pretoka.³⁶ Tako je Vrhovno sodišče zvezno zakonodajo glede državljskih svoboščin, ki je določala prepoved diskriminacije tudi v zasebnih obratih, utemeljilo prav na podlagi *Commerce Clause*, npr. v zadevi *Atlanta Motel v U.S.*, 379 U.S. 241 (1964), kjer se je sklicevalo na motnje, ki jih rasna segregacija povzroča v meddržavnem prometu.³⁷

Pri tem pa tudi v ZDA še ni prišlo do popolnega poenotenja in se kot bistven izziv v prihodnje nakazuje prav opredelitev pojma zakonske zveze in priznavanje istospolnih porok, kot kaže primer istospolnih porok v Kaliforniji. V zadevnem primeru je polemika izšla iz odločitve Vrhovnega sodišča Kalifornije, da dopusti istospolne poroke, in posledičnega referendumu, ki je z ustavnim amandmajem (*Proposition 8*) slednje prepovedal. Vprašanje je tako prišlo pred zvezno okrajno sodišče za severni okraj Kalifornije, ki je v zadevi *Perry proti Schwarzenegger*, No C 09-2292 VRW na prvi stopnji potrdilo neustavnost prepovedi takšnih porok na podlagi 14. amandmaja.³⁸ S tem pa se je odprla pot, ki bo v končni fazi vodila do Vrhovnega sodišča ZDA, ki bo moralo dejansko podati enotno opredelitev pojma zakonske zveze za celotno ZDA ter

³⁵ Bruce Ackerman: *We the People*, Volume 1: Foundations in Volume 2: Transformations, Belknap Press of Harvard University Press, 1993 in 2000, in Bruce Ackerman: »The Living Constitution«, 120 *Harvard Law Review* 7 (2007), 1737–1812, str. 1805.

³⁶ Glej npr. Dan T. Coenan: *Constitutional Law: The Commerce Clause*, Foundation Press, 2003.

³⁷ Glej tudi odločitev Vrhovnega sodišča v zadevi *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964), kjer je bila trditve o vplivu na čezmejni promet veliko manj prepričljiva glede na majhnost lokala in zgolj lokalno obiskovanost ter je temeljila na analizi nakupa produktov. Na vprašljivost zamenjave 14. amandmaja s *Commerce Clause* opozarja v svojem pritrdilnem ločenem mnenju tudi sodnik Douglas v zadevi *Atlanta Motel*, ko navaja, da »bi odločitev, ki bi temeljila na 14. amandmaju, imela bolj jasen učinek in ne bi bil potreben postopek ugotavljanja, ali določena restavracija ali gostišče sodi v okvir komercialne opredelitve po zakonu in ali je določena stranka čezmejni potnik«.

³⁸ <https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf>. Pri tem je zlasti zanimivo, da uradni predstavniki Kalifornije zadeve pred sodiščem niso želeli zastopati ter so zastopstvo prezele same skupine, ki oporekajo sklepanju istospolnih porok.

odpraviti pravno vprašljivo situacijo nepriznavanja legalno sklenjenih zvez po vsej ZDA.

6. Aplikacija ameriške izkušnje na sedanji razvoj EU

Na podlagi navedenega je mogoče zaključiti dvoje: 1) načelo vzajemnega priznavanja ne more delovati na podlagi popolnoma različnih sistemskih temeljev; 2) v enotnem pravnem sistemu, kjer se uporablja načelo vzajemnega priznavanja, so velikokrat sodišča tista, ki poenotijo kriterij, ob odsotnosti zagotovitve demokratične večine.

1) Glede človekovih pravic je mogoče samo dvoje, ali neka pravica velja ali pa ne velja v okviru enotnega pravnega območja. »Preproga iz koščkov« dolgoročno ne more delovati in je lahko kvečjemu začasni politični kompromis, pri čemer se nesoglasje odloži na prihodnost. In tukaj nastopi bistven problem tako glede kazenskega postopka kot tudi glede osebnega in družinskega statusa. Enotnega kazenskopravnega območja znotraj EU ni mogoče ustvariti, ne da bi poenotili temeljne kazenskopravne pravice in v povezavi z njimi še zlasti vprašanje ekskluzije kot drugo plat teh pravic v primeru njihove kršitve. Brez takšnega poenotenja bo sistem deloval shizofreno, kot deluje sedaj, kjer je nacionalni sodnik prisiljen, da v notranjih primerih uporablja nacionalne ustavne standarde, v čezmejnih primerih kazenske preiskave znotraj EU pa tuje, morda nižje standarde države članice, kjer je standard drugačen oz. nižji v primerjavi z domačo državo članico. Takšen sistem obdolženci, sodniki in tudi državljani dojemajo kot arbitrarnega. Pri tem izpostavljam tudi problem demokratične legitimacije, saj se bodo tuji kazenskopravni ukrepi razširjali brez demokratične volje izvoljenega zakonodajalca v določeni državi članici. Pri tem demokratični zakonodajalec na ravni EU, torej Evropski parlament tega ne more nadomestiti zaradi omejenosti poznavanja nacionalnih kazenskopravnih sistemov in ravni odločanja, postavlja pa se vprašanje, ali je presoja subsidiarnosti in proporcionalnosti s strani nacionalnih parlamentov zadostni garant (glej Protokol št. 1 o vlogi nacionalnih parlamentov v EU ter Protokol št. 2 o uporabi načel subsidiarnosti in sorazmernosti). Še bolj problematična je zadeva v primeru kazenskopravne zakonodaje, ki je izšla na podlagi pobud držav članic (glej 76. člen PDEU), torej ne na podlagi

predloga Komisije. V takšnih primerih se zlasti zastavlja problem obvez, ki zavezujejo npr. Komisijo (ustrezna raziskava učinka vpliva, konzultacija teles, kot je Evropski nadzornik za varstvo podatkov, itd.), ne veljajo pa za pobude držav članic, ter izrazita pristranskost držav članic v Svetu (ki jih predstavljajo vlade) v smislu čim večje učinkovitosti pregona.

Prav tako bo dolgoročno kot absurden deloval sistem, ki ne bo poenotil pojmovanja osebnega statusa in družinskih članov. Tako se za učinkovito udejanjanje prostega pretoka državljanov EU pojavlja potreba po enotnem evropskem statusu oz. »*civis europeus sum*«, kot je to označil generalni pravobranilec Jacobs v zadevi C-168/91, *Konstantinidis*, ko navaja, da, »*pravo skupnosti ne pojmuje delavca migranta (ali samozaposlenega migranta) zgolj kot ekonomski dejavnik in produkcijski faktor; upravičen do enake plače in delovnih pogojev kot državljani države gostiteljice; pojmuje ga kot človeško bitje, ki ima pravico do življenja v 'svobodi in dostojanstvu'*«, ter nadalje, da »*ima pravico predpostaviti, da ... se bo z njim ravnalo v skladu s skupnim kodeksom temeljnih vrednot ... upravičen je do 'civis europeus sum' in da se sklicuje na ta status pri nasprotovanju kakršni koli kršitvi njegovih temeljnih pravic*«. Pri tem pa se zastavi drugo vprašanje, in sicer, kateri standardi bodo izbrani (standardi držav z najbolj liberalno razlago ali pa najbolj konzervativnih držav) ter ali bo do takšnega poenotenja prišlo po poti večinskega zakonodajnega postopka s strani Evropskega parlamenta in Sveta ali pa bodo dejavno vlogo bili primorani prevzeti sodni organi Unije. Nadalje pa še, ali je Sodišče Evropske unije takšno vlogo trenutno sploh pripravljeno prevzeti.

2) Trenutni poskusi harmonizacije kažejo, da je udejanjenje takšne nujne harmonizacije nadvse težavno ter bo Sodišče Evropske unije, kot je v začetni fazi Evropske gospodarske skupnosti že bilo, verjetno tisto, ki bo primorano vodilno sodelovati pri oblikovanju enotnega pravnega območja s svojimi odločitvami prav na področjih, ki se jim je do sedaj izogibalo – npr. opredelitev temeljnih pravic v kazenskih postopkih, opredelitev zakonske zveze, začetek življenja³⁹ in podobno. S tem pa se bo dejansko spremenila vloga tega sodišča, ki bo verjetno vse bolj postajalo podobno Vrhovnemu sodišču ZDA. To velja še toliko bolj po začetku veljav-

³⁹ Izognitev vprašanjem, kot je npr. reklamiranje umetnih prekinitev nosečnosti v državah, kjer to ne bi bilo dopustno, kot npr. v zadevi C-159/90, *Grogan v. SPUC*, več ni mogoče.

nosti Lizbonske pogodbe, ki je Listino Evropske unije o temeljnih pravicah pravno formalno določila kot obvezno⁴⁰ (6. člen PEU). Pri tem je sicer res, da Listina obsega določila, ki njeno uporabo omejujejo na »federalne« zadeve in so posamezne države članice izrecno izrazile zadržke (51. člen Listine in npr. Protokol 30 k Pogodbama o uporabi Listine na Poljskem in v Združenem kraljestvu). Kljub temu izkušnja iz ZDA nazorno kaže, da bo pravno logično takšno razlikovanje izjemno težko in ga dolgoročno verjetno ne bo mogoče ohraniti, če naj bi sistem deloval kot koherentni in enotni pravni sistem EU.

Pri tem sodišče tudi ne bo moglo jemati za zgled odločitev ESČP, kot npr. v zadevi *Schalk in Kopf proti Avstriji*, ESČP, št. 30141/04, sodba z dne 24. junija 2010, kjer je to sodišče zanikalo možnost, da 12. člen EKČP trenutno daje pravico do istospolnih porok, hkrati pa je prvič opredelilo istospolno skupnost kot del družinskega življenja in ne zgolj zasebnosti iz 8. člena EKČP (z možnimi implikacijami na pozitivno dolžnost države pri priznavanju in zaščiti določene oblike skupnosti).⁴¹ ESČP pri tem sodi v popolnoma drugačnem kontekstu kot 47 evropskih držav, in sicer kot mednarodni organ, ki deluje na podlagi kriterija skupnih minimalnih pravic. Drugače velja za EU, ki ni mednarodna organizacija, temveč kvazi federalna tvorba (še zlasti po Lizboni), ki lahko deluje zgolj na podlagi enotnih temeljnih standardov, ne pa na podlagi načela vzajemnega priznavanja različnih standardov glede nekaterih temeljnih vprašanj. To pomeni, da bo v prihodnje zadevno sodišče prisiljeno razviti svojo lastno judikaturu glede Listine, kot jo je moralo razviti Vrhovno sodišče ZDA glede *Bill of Rights*. Seveda pa se postavlja vprašanje, kako bo sodišče to vlogo prevzelo, in še zlasti, kako se bo soočilo z nekaterimi nacionalnimi ustavnimi sodišči, kot je nemško zvezno ustavnosodišče, ki svoje »*so lange*«⁴² logike ni nikoli opustilo in še zmeraj bdi nad izvajanjem prava EU v Nemčiji v skladu z nemškim Temeljnim zakonom.⁴³ Dosedanji *laisse faire* pristop sodišča tako več ni zadovoljiv in zadosten. V kolikor bi sodišče pri pasivni politiki vztrajalo, bi bilo

⁴⁰ UL C 83, 30. 3. 2010.

⁴¹ Hkrati pa opozori na širšo definicijo 9. člena Listine EU o temeljnih pravicah - »Pravica sklepanja zakonske zveze in pravica ustvarjanja družine sta zagotovljeni v skladu z nacionalnimi zakoni, ki urejajo uresničevanje teh pravic.«

⁴² 2 BvL 52/71 - Solange I, in 2 BvR 197/83 - Solange II, kot dopuščanje primarnosti prava EU pod budnim očesom nemškega zveznega ustavnega sodišča.

⁴³ 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 in 182/09, sodba z dne 30. junija 2009.

lahko vse bolj dojemano kot preživelo in okorelo, kar bi verjetno imelo za posledico prenos pristojnosti nazaj na nacionalno raven (nekakšen sodni upor nacionalnih sodišč) in širitev »danskega sindroma«. To konkretno pomeni, da bo sodišče moralo zavzeti pozicijo najvišje ravni varstva človekovih pravic, kar vsaj glede istospolnih skupnosti pomeni zavzetje pozicije, ki jim nudi enakovredno raven varstva z možnostjo poroke, po zgledu odločitve Ustavnega sodišča Južne Afrike v zadevi CCT 60/04, *Fourie*, z dne 1. Decembra 2005, kjer je slednje soglasno menilo, da je preprečevanje istospolnih porok v nasprotju z oddelkom 9 Ustave (enako varstvo in zaščita pravic in prepoved diskriminacije) ter da ni primerno določeni obliki skupnosti podeliti izključno družbeno in pravno sprejemljivost ter je potrebno oblikovati družbo tolerance in medsebojnega spoštovanja. Sledenje ESČP tu ne bo dovolj in sprejemljivo, glede na drugačen »margin of appreciation«, kot ga dopušča slednje podpisnicam EKČP, kot kaže že navedena zadeva *Schalk in Kopf*. Nekoliko več manevrskega prostora bo verjetno imelo Sodišče Evropske unije pri opredelitvi vprašanja ekskluzije in dokaznih standardov v kazenskih postopkih kot vprašanja, kjer gre za določitve razumne meje med dopustnostjo dokazov in posegom v pravice posameznika (npr. posledice kršitve pouka v kazenskem postopku). Druga možnost je seveda vztrajanje na vzajemnem priznavanju, ki pa zahteva njegovo dosledno izvajanje, in to ne samo v primeru, kadar gre za interese organov pregona, temveč tudi kadar gre za pravice posameznika. Hkrati bi to pomenilo, da bodo morale države članice z višjim varstvom človekovih pravic (npr. omejeno vlogo državnega tožilca) pristati na izvrševanje odločitev drugih držav članic, kjer je raven varstva nižja, četudi v skladu z EKČP. Drugo vprašanje je, kako bodo to razlagovala nacionalna ustavna sodišča z vidika zahtev nacionalnih ustav. To pa pomeni tudi dosledno izvajanje tega načela glede družinskega statusa in s tem resnični prosti pretok oseb in njihovega osebnega statusa, priznanega v eni državi članici, kjer pa bodo morale države članice z nižjo ravnjo priznavanja pravic priznati zveze, ki jih v notranjih postopkih ne bodo priznavale. Pri tem puščam odprto vprašanje, kako bodo nacionalna ustavna sodišča razlagala enakost pred zakonom in vse anomalije, ki bodo nastale zaradi želje po vključitvi čezmejnega faktorja za doseganje večje ravni pravic s strani državljanov teh držav članic.

7. Sklep

Načelo vzajemnega priznavanja je anomalija, sicer razumljiva anomalija kot faza na poti preoblikovanja več pravnih območij v enotno območje, a vendar anomalija, ki ima številne negativne strani. Njegova nevarnost je v »pretvarjanju«, da je njegova aplikacija neproblematična, in na vztrajanju, da gre za magično formulo, v katero ne gre dvomiti. Pri tem menim, da bi v zadevno problematiko moralo v luči temeljnih človekovih pravic iz zdaj pravno veljavne Listine o temeljnih pravicah dejavneje poseči zlasti Sodišče Evropske unije.⁴⁴ Slednje bi moralo jasno opozoriti na probleme in dopustiti izjeme, nikakor pa posameznika žrtvovati na oltarju zgodovinskosti, kar vloga sodišča ni. Sodišče je organ, katerega primarna naloga je prav varstvo šibkejšega posameznika in njegovih pravic, torej načelno, ne pa utilitaristično odločanje. Tako se obeta zanimivo obdobje v razvoju Evropske unije, ki bo bistveno spremenilo tako percepcijo nacionalne države in suverenosti, kakor tudi nekatere temeljne nacionalne standarde.

LITERATURA

Monografije, članki in strokovni prispevki

- Ackerman Bruce: *We the People*, Volume 1: Foundations in Volume 2: Transformations, Belknap Press of Harvard University Press, 1993 in 2000.
- Ackerman Bruce: »The Living Constitution«, 120 *Harvard Law Review* 7 (2007), 1737–1812.
- Berger Raul: *Government by Judiciary*, Liberty Fund, 1997.
- Bošnjak Marko in drugi: Izhodišča za nov model kazenskega postopka, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, 2006.
- Coenan Dan T.: *Constitutional Law: The Commerce Clause*, Foundation Press, 2003.
- Costello Cathryn: Metock: Free Movement and »Normal Family Life« in the Union, *Common Market Law Review*, 46 (2009), 587–662.
- Dworkin Ronald: *Law's Empire*, Harvard University Press, 2001.
- Fijnaut Cyrille, Ouwerkerk Jannemieke et al.: *The Future of Police and Judicial Cooperation in the EU*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Löf Robin: Shooting from the hip: proposed minimum rights in criminal proceedings throughout the EU, *European Law Journal*, 12 (2006) 3, 421–430.
- Pollicino Oreste: European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to strike the Right Balance between Interacting Legal Systems, *German Law Journal*, (2008) 10, 1313–1355.
- Sarmiento Daniel: European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence, 6 *International Journal of Constitutional Law* 171 (2008), 171–183.
- Steiner Josephine, Woods Lorna in Twigg-Flesner Christian: *EU Law*, Oxford University Press, 2006.
- Vernimmen-Van Tiggelen Gisele et al.: *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Université de Bruxelles, 2009.

⁴⁴ Glej npr. tudi kritiko odločitve sodišča v zadevi C-303/05, *Advocaten de Wereld* - Daniel Sarmiento: European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence, 6 *International Journal of Constitutional Law* 171 (2008), str. 171–183.

Weyembergh Anne: »Approximation of Criminal Laws, The Constitutional Treaty and the Hague Programme«, 42 *Common Market Law Review* (2005), 1576–1577;
Zupančič B.M., Pravo in prav, Cankarjeva založba, 1990.

Judikatura

ECJ, 120/78, *Rewe Zentral AG*.
ECJ, C-159/90, *Grogan v. SPUC*.
ECJ, C-76/90, *Säger*.
ECJ, C-415/93, *Bosman*.
ECJ, C-55/94, *Gebhardt*.
ECJ, C-224/98, *D'Hoop v. Office National de l'emploi*.
ECJ, C-413/99, *Baumbast, R v. Secretary of State for the Home Department*.
ECJ, C-184/99, *Grzelczyck*.
ECJ, C-122/99 in C-125/99, *D. in Švedska proti Svetu*.
ECJ, C-187/01 in C-385/01, *Gözütok in Brugge*.
ECJ, C-117/01, *K.B. v. NHSPA*.
ECJ, C-98/01, *Komisija proti Združeno kraljestvu*.
ECJ, C-148/02 *Garcia Avello*.
ECJ, C-200/02, *Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*.
ECJ, C-467/04, *Gasparini in drugi*.
ECJ, C-303/05, *Advocaten de Wereld*.
ECJ, C-267/06, *Maruko*.
ECJ, C-297/07, *Klaus Bourquain*.
ECJ, C-127/08, *Matock*.
Vrhovno sodišče Irske, *MJELR v. Rettinger*, [2010] IESC 45, sodba z dne 23. julija 2010.
ESČP, *Orchowski proti Poljski*, št. 17885/04, sodba z dne 22. oktobra 2009.
ESČP, *Gägen proti Nmečiji*, št. 22978/05, sodbi z dne 30. junija 2008 in z dne 1. junija 2010.
ESČP, *Schalk in Kopf proti Avstriji*, št. 30141/04, sodba z dne 24. junija 2010.
VS ZDA, *Dred Scott v. Sandford*, 60. U.S. 393(1856).
VS ZDA, *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873).
VS ZDA, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
VS ZDA, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).
VS ZDA, *Escobedo v. Illinois* 78 U.S. 478 (1964).
VS ZDA, *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964).
VS ZDA, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

Zakonodaja

Okvirni sklep Sveta 2002/584/PNZ z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami (UL L 190, 17.7.2002, str. 1).
Okvirni sklep Sveta 2005/214/PNZ z dne 24. februarja 2005 o uporabi načela vzajemnega priznavanja denarnih kazni (UL L 76, 22.3.2005, str. 16).
Okvirni sklep Sveta 2006/783/PNZ z dne 6. oktobra 2006 o uporabi načela vzajemnega priznavanja odredb o zaplembi (UL L 328, 24.11.2006, str. 59).
Okvirni sklep Sveta 2008/978/PNZ z dne 18. decembra 2008 o evropskem dokaznem nalogu za namene pridobitve predmetov, dokumentov in podatkov za uporabo v kazenskih postopkih (UL L 350, 30.12.2008, str. 72).
Okvirni sklep Sveta 2008/947/PNZ z dne 27. novembra 2008 o uporabi načela vzajemnega priznavanja sodb in pogojnih odločb zaradi zagotavljanja nadzorstva nad spremljevalnimi ukrepi in alternativnimi sankcijami (UL L 337, 16.12.2008, str. 102).

Internet

Statewatch, <http://www.statewatch.org/news/2008/aug/tampere.pdf>.
Adam Gorski: The European Arrest Warrant, http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/eaw/other/220_EAW.pdf.
EU Council, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/jha/114859.pdf.
Natasha Simonsen: Is Torture ever justified?, <http://www.ejiltalk.org/'is-torture-ever-justified'-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/>.
U.S. courts, <https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf>.