



NOVA
UNIVERZA

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji
Jan Zobec

Article information:

To cite this document:

Zobec, J. (2018). Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji, Dignitas, št. 49/50, str. 32-54.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/49/50-2>

Created on: 07. 12. 2018

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

Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji

Jan Zobec

1. Korelativnost človekovih pravic

V naravi pravic je, da so soodnosne, sobivajoče, tako (oziroma prav zato) kot njihovi nosilci, ki imajo različne, večkrat tudi nasprotno in med seboj tekmujoče interese. Zato je razumljivo, da so medsebojno odvisne, med seboj prepletene v različnih kombinacijah in povezavah, da med seboj tudi tekmujejo, si konkurirajo in nasprotujejo. V vsako sobivanje pa je vgrajen (vsaj potencialen) konflikt – in ko gre za človekove pravice, katerih odprta tekstura je bistveno širša od tiste, s katero so stkana pravila, je jasno, da so možnosti za konflikt toliko večje ter da se zato lahko v domala vsakem civilnem sporu obe stranki sklicujeta na človekove pravice (*»multi-polar« fundamental rights constellations*). To je ontološki pogled na življenje pravic. Deontološko pa so človekove pravice v idealnem sobivanju, saj bi drugačno stališče pomenilo priznanje pravne anomalije in zanikanje Arhimedovega zakona v pravu. Avtorska in lastninska pravica, čeprav imata lahko isto stično točko – stvar (veliko avtorskih del je utelešenih v stvareh, ko so duhovne stvaritve stopljene s svojim snovnim izrazom), kljub temu, da vsako od njiju opredeljujejo drugačna in lahko tudi medsebojno izključujoča upravičenja,¹ nista medsebojno izključujoči, pač pa vzajemno skladni.² Če sprejmemo deontološko tezo (ki bi morala biti obenem tudi perspektiva ustavnosodnega varstva človekovih pravic), potem lahko tvegamo stališče, ki ima, kot kaže, oporo tudi

¹ Prim. odločbo Ustavnega sodišča U-I-191/09, Up-916/09 z dne 30. 9. 2010.

² To izrecno določa 40. člen ZASP, ki pravi, da je avtorska pravica neodvisna in skladna z lastninsko pravico ali drugimi pravicami na stvari, na kateri je avtorsko delo vsebovano, če ni z zakonom drugače določeno. Tudi brez te, na praktično konkordanco napotujoče določbe bi morale sodišče v vsakem posamičnem primeru konkretne dejanske kolizije pravic najti njuno praktično, konkretno skladnost (praktično konkordanco), kar pomeni konflikt obeh pravic rešiti tako, da nobene od njiju ne bi prikrajšalo za bistveno, ustavno varovano vsebino. Če pa bi bil konflikt na zakonski ravni nepomirljiv, bi morale sodišče aktivirati Ustavno sodišče.

v novejši ustavnosodni presoji, da je vsebina posamezne človekove pravice odvisna (tudi) od druge, z njo tekmujoče (ontološko kolidirajoče, deontološko pa skladno sobivajoče) pravice.³ Druga drugi se morata prilagoditi, druga do druge sta obzirni in medsebojno spoštljivi (kot se dva olikana človeka, ki se srečata na ozki brvi – ki je do tedaj v vsej svoji širini/ožini pripadala vsakemu od njiju, drug drugemu nekoliko umakneta, da lahko oba nadaljujeta pot – ki potem spet pripada vsakemu od njiju v vsej svoji širini/ožini) in zato je praktična, konkretna pravna vsebina vsake od njiju pogojena z vsebino z njo sobivajoče (ontološko kolidirajoče) pravice.⁴ Ker je to posledica narave človekovih pravic (ne smemo pozabiti, da so človekove pravice načela in ne pravila),⁵ omejitve, ki so samo izraz (videti pa kot posledica) praktične konkordance, niso posegi v človekove pravice, pač pa praktičen način izvrševanja, konkretna, situacijska skladnost.⁶ Z vidika obravnavane teme sta za človekove pravice značilni dve lastnosti: najprej to, da so načela (morda sta pravili prepoved mučenja in pravica do življenja),⁷ in drugič, da so soodvisne (sobivajoče). Zato je njihova (vsakokratna) resnična vsebina izmuzljiva, elastična in težko ugotovljiva. Odvisna je od vrste okoliščin, predvsem pa od sobivajočih pravic – tako kot je pravica smučarja odvisna od pravic njemu enakovrednih smučarjev – če je na smučišču sam, ima za sebe celotno strmino, če so tam še drugi, mora temu prilagoditi način smučanja (tako, kot ga morajo prilagoditi tudi tisti, katerim se mora sam

³ Prim. odločbo U-I-191/09, Up-916/09 z dne 30. 9. 2010, kjer Ustavno sodišče, sklicujoč se na teorijo (F. Testen v L. Šturm [ur.], Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 195), pravi, da »metodo usklajevanja med (navideznimi) nasprotji med določbami Ustave o človekovih pravicah teorija imenuje praktična konkordanca in opozarja, da pri tem vprašanju še ne gre za posege v človekove pravice oziroma za njihovo omejevanje na podlagi tretjega odstavka 15. člena Ustave«. In potem še: »Načelo neodvisnosti pomeni, da so pravice medsebojno neodvisne, hkrati pa vzajemno omejene z drugimi pravicami v okviru veljavnega pravnega reda. Taka sistemska umestitev pravic narekuje sklep, da so na abstraktni ravni enakopravne in hierarhije med njimi ni; obstaja le razvrščanje vsebin, ki določajo konkreten doseg vsake pravice« (tu se Ustavno sodišče sklicuje na M. Trampuža v: M. Trampuž, B. Oman in A. Zupančič, Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997, str. 129).

⁴ V prejšnji opombi omenjeno načelo neodvisnosti zato ne gre razumeti v tem smislu, da vsebina posamezne pravice ne bi bila odvisna od druge z njo tekmujoče pravice, ampak, da pravici druga druge ne izključujeta.

⁵ Načela so norme, ki pomenijo zahtevo po optimalizaciji: glede na dane pravne in dejanske možnosti zahtevajo načela »samo« največjo možno mero uresničitve. Zato se medsebojno ne izključujejo. Za pravila pa velja »vse ali nič«. So namreč take vrste norm, ki so lahko samo bodisi izpolnjene ali neizpolnjene, so trde, nepremakljive točke pravno in dejansko mogočega. Razlika med načeli in med pravili je potemtakem kvalitativna in ne stopenjska (gl. R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights, prev. J. Rivers, Oxford University Press, 2002, str. 47, 48; avtor se sklicuje na ustavnosodno prakso nemškega Zveznega ustavnega sodišča – v nadaljevanju BverfG – prim. str. 50, op. 32).

⁶ Tako tudi F. Testen, nav. delo, str. 195.

⁷ »Morda« zato, ker vsaj teoretično niso izključeni skrajni primeri stiske in silobrana.

prilagoditi).⁸ Tisto, kar je trdno, stabilno in nereduktibilno, kar mora biti ohranjeno tudi ob konkurenci drugih enakovrednih pravic, je bistvena, ustavno zajamčena jedrna in neprebojna vsebina človekove pravice, tisto, kar sploh zagotavlja njen ustavni obstoj. Na tej skrajni točki, na kateri človekove pravice stojijo ali padejo (in ki je ni lahko najti), pa ustavne določbe o človekovih pravicah niso več načela, pač pa pravila.

2. Metoda reševanja »konflikta« pravic

Zaradi širine razlagalnega prostora, ki ga dajejo načela, je iskanje prave mere med njimi (človekovimi pravicami), ki so si v konfliktu, povezano z nekaterimi nevarnostmi in tveganji. Kajti bolj ko se tekstura pravnih norm odpira, večja je nejasnost njih prave vsebine, s tem pa več možnosti za nastanek dejanskega konflikta, ki je posledica nesoglasij o vsebini pravne norme (pri pravilih je konflikt večkrat že predviden in se mu zakonodajalec vnaprej izogne, ali pa določi relativno zanesljiva merila, po katerih se rešuje), in več možnosti je, da se v presojo vključijo subjektivni in iracionalni elementi (ali tisto, kar je v domeni zakonodajalca – diskrecija). Ker velja, da so človekove pravice na abstraktni ravni enakopravne in da med njimi ni hierarhije, je treba oblikovati merila za rešitev dejanskega (pravno pa navideznega) spora med dvema pravicama. Vprašanje pa je, katera so tista merila, po katerih poteka uravnoteženje obeh pravic in ki na koncu privedejo do oblikovanja pravila za konkreten primer, na podlagi katerega mora dati ena pravica prednost drugi (pogojna prednost).⁹

Ker so človekove pravice soodvisne in ker je zato njihova konkretna, praktična, situacijska vsebina odvisna od enakovrednih

⁸ Prim. M. Pavčnik, Teorija prava: Prispevek k razumevanju prava, Ljubljana – Cankarjeva založba, 2001 (Zbirka Pravna obzorja), str. 141: »Ta omejitev bo v konfliktu dveh istovrstnih upravičenj (npr. pri lastninski pravici) veljala tudi za drugega nosilca, ker bo moral svojo pravico uresničevati tako, da pri tem ne bo posegal v 'zoženo' pravico, to je v pravico, ki je poprej ovirala izvrševanje njemu pripadajočega upravičenja.« Skratka, »[s]ubjektova pravica ne sme preseči tiste meje, ki v *kakovostno enakem obsegu* tudi drugemu dopušča, da aktivira in izvršuje njemu pripadajočo pravico« (prim. M. Pavčnik, Načelo sorazmernosti (Teze za razpravo), Podjetje in delo, št. 6–7, 2009, str. 1345, kjer se avtor sklicuje na slovensko ustavnosodno prakso – na odločbi Up-422/02, OdlUS XIV/I, 36 in Up-636/07, OdlUS XVII/I, 22).

⁹ Tu gre za derivativne (v ustavnosodni presoji sprodirane) ustavnopravne norme, ki imajo naravo pravih. Vsako pravilno uravnoteženje med seboj tekmujočih človekovih pravic ustvari ustavnopravno pravilo, pod katerega je mogoče subsumirati konkreten konflikt pravic (prim. R. Alexy, nav. delo, str. 56). Vendar je tudi ta sklep vprašljiv – toliko, kolikor tehtanje ne pripelje nujno v vsakem primeru samo do ene ustavnoskladne rešitve konflikta človekovih pravic. Tudi naloga Ustavnega sodišča je tu (kot sicer) predvsem izločitvena in potrditvena ter zelo redko vzpostavljena – v alegoriji B. M. Zupančiča ima namreč Ustavno sodišče (tako kot ESČP) prispodobno Minervine sove.

pravic, ker pravice druga drugo sproti vsebinsko opredeljujejo,¹⁰ omejitve, ki so posledica njim imanentne korelativnosti, niso posegi. Prav zato splošno načelo sorazmernosti in strogi test kot njegova metoda ne moreta biti primerno sredstvo iskanja ravnotežja in usklajevanja njihove praktične, situacijske vsebine ter skladnosti ene z drugo.¹¹ Splošno načelo sorazmernosti vselej izhaja iz ustavno dopustnega cilja, ki opredeljuje vse stopnje strogega testa, ki je njegovo orodje: primernost, nujnost in sorazmernost v ožjem pomenu. Vse se vrti okoli cilja posega v človekovo pravico. Ko pa gre za človekove pravice, nas njihov cilj ne zanima – so namreč vrednote *per se*, cilj sam po sebi. Zato bi bilo nesmiselno trditi, da so ustavno skladne.¹² Metoda iskanja in vzpostavljanja praktične skladnosti je »preprosto« ravnoteženje, zakon tehtanja. Poenostavljena, črno-bela razmejitev med sredstvom in ciljem bi zato lahko

¹⁰ V tem smislu G. Brüggermeier, ki pravi, da človekove pravice vstopajo v sfero civilnega prava prek zakonodaje in jurisprudence, s čimer postajajo civilnopravna razmerja med posamezniki neposredno opojmljena – njihove pravice, svoboščine in obveznosti. Ustava zagotavlja posamezniku osebnostno pravico na glas, podobi, zasebnosti, zagotavlja svobodno pogodbeno voljo – vendar vse *le ob upoštevanju drugih enakopravnih posameznikov* (Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective v: Constitutionalisation of Private Law, T. Barkhuysen, S. D. Lindenbergh – ur., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2006, str. 80, 81).

¹¹ Tak je tudi pristop Ustavnega sodišča. Le v eni zadevi (gre za odločbo Up-406/05 z dne 12. 4. 2007, OdlUS XVI, 53) je Ustavno sodišče uporabilo test, ki ga v tovrstnih zadevah opravi ESČP (in kjer se ugotavlja, ali obstaja legitimen cilj, ali je v luči primera kot celote poseg sorazmeren s ciljem in ali so razlogi, ki so jih navedla sodišča, relevantni in zadostni; Ustavno sodišče se je tu sklicevalo na sodbo v zadevi *Éditions Plon proti Franciji* z dne 18. 8. 2004, na sodbo v zadevi *Association Ekin proti Franciji* z dne 17. 10. 2001 in na sodbo v zadevi *Vereinigung Bildender Künstler proti Avstriji* z dne 25. 1. 2007). Odločitev sodišč je temeljila na ugotovitvi, da je pritožnica s svojo pripovedjo nedopustno posegla v osebnostne pravice tožnic – v njihovo duševno integriteto, v njihov spomin na starše, hkrati pa tudi v čast in dobro ime tretje tožnice. Ustavno sodišče je sicer ugotovilo, da sta sodišči pri presoji zasledovali ustavno dopusten cilj – varstvo pravic tožnic iz 34. in 35. člena Ustave, vendar takšen cilj sam po sebi ne zadošča za ugotovitev, da sta sodišči dopustno posegli v pritožnično pravico do svobode umetniškega ustvarjanja. Da bi bil ustavno dopusten, mora biti poseg sorazmeren s ciljem, ki ga sodišče zasleduje. Ustavno sodišče je nato poudarilo, da je v koliziji dveh enakovrednih pravic (dveh pravic, ki sta obe ustavnopravno varovani) potrebna vsebinska omejitev obeh in ne samo ene od njiju.

¹² Morebitni pomisleki so se pojavili v zvezi z znano sodbo Lebach (BVerfGE 35, 202), kjer je nemško Zvezno ustavno sodišče (v nadaljevanju BVerfG) na podlagi tehtanja »ustavnih vrednot« (v resnici ustavnih pravic) v konfliktu med pravico do dostojanstva in svobodo medijev odločilo v prid resocializacije obsojenca (kot vidikom pravice do dostojanstva). Pred očmi je imelo namreč tudi cilje medijskega poročanja o umoru (poročanje o učinkovitosti kazenskih sankcij, odvracanje ljudi od kaznivih dejanj ter krepitev javne morale in družbene odgovornosti), za katerega je bil tožnik obsojen na zaporno kazen, katere prestajanje je zaključeval prav v času, ko je televizija prikazovala dokumentarno oddajo o tem hudodelstvu. Zato bi se lahko zdelo, da primer ni bil rešen na podlagi tehtanja ustavnih vrednot in načel (na podlagi sorazmernosti v ožjem pomenu), ampak že na podlagi predhodnih stopenj strogega testa – primernosti in nujnosti. Če bi bilo tako, za oddajo, v kateri ne bi bila objavljena obsojenčevo ime in slika, ne bi bilo ovir. Ker pa je BVerfG sprejelo stališče, da bi bile tožnikove pravice kršene tudi brez objave njegovega imena in slike, je bilo treba odločiti na podlagi tretje stopnje strogega testa (sorazmernosti v ožjem pomenu). Samo če sodišče ne bi izhajalo iz te premise, bi bilo zadevo mogoče rešiti zgolj na podlagi testa primernosti in nujnosti (prim. R. Alexy, nav. delo, str. 55 in tam navedeno literaturo). Pristop BVerfG tu spominja na v prejšnji opombi omenjeno zadevo Up-406/05.

bila naslednja: tehtanje je orodje, praktična konkordanca je cilj. V resnici pa sta sredstvo in cilj medsebojno prepletena in soodvisna – tehtanje mora upoštevati cilj, ki opredeljuje merila in »uteži«, cilj (praktična skladnost, ujemanje, sožitje pravic) pa je, čeprav samozadosten, posledica tehtanja.

Tak koncept tehtanja vključuje naklonjenost horizontalnemu učinku človekovih pravic (*Drittwirkung*)¹³ – vsebino človekovih pravic doživlja kot odvisno spremenljivko njihove korelativnosti. Če pa tudi človekove pravice iz sfere civilnega prava razumemo v klasičnem smislu, kot so bile človekove pravice izvorno zasnovane, torej kot razmerje med posameznikom in državo (vertikalno učinkovanje), je vselej država tista, ki je v tem razmerju »dolžnik« – katere naloga je varovati človekove pravice (z zakonodajno in s sodno oblastjo), zaradi česar je samo ona tista, ki poseže v človekovo pravico. Čeprav gre za razmerje med dvema prirejenima subjektoma (dvema posameznikoma), poseg v pravico stori sodišče s svojo odločbo, torej država (ki ni izpolnila svoje naloge, da preko sodišč varuje človekove pravice tudi v razmerjih med posamezniki).¹⁴ Ob takem gledanju naj bi imele človekove pravice vselej stabilno, nespremenljivo in vnaprej določeno vsebino – ne glede na njihovo soodnosnost in medsebojno odvisnost. In če v

¹³ Ne glede na to, ali gre za neposreden ali za posreden učinek. Bistvo doktrine o posrednem horizontalnem učinku namreč izraža ideja, da človekove pravice vstopajo v mrežo civilnega prava samo v obliki civilnopravnih pravic in dolžnosti, civilnopravnih konceptov, pravil in doktrin (gl. G. Brüggermeier, nav. delo, str. 81). Zato ostaja spor dveh posameznikov o njihovih medsebojnih pravicah in dolžnostih civilnopravni spor. In to kljub temu, da na njune vzajemne pravice in dolžnosti vplivajo človekove pravice in ustavne vrednote – bodisi neposredno (taka je npr. določba drugega stavka tretjega odstavka 9. člena nemškega Temeljnega zakona, ki določa ničnostno sankcijo za sporazume, s katerimi bi se omejevala svoboda sindikalnega združevanja) bodisi tako, da ustavno zapoved varstva človekove pravice uresniči z zakonom (*Schutzgebot*), ali pa tako, da sodna praksa razlaga in razvija civilnopravne institute na ustavnoskladen način (prav tam, str. 80). Vzpostavljane ravnotežja med tekmujočimi temeljnimi pravicami v civilnih postopkih se dosega s praktično konkordanco teh pravic (prav tam, str. 81). Posredni horizontalni učinek je BVferG izrazilo v prisposodbi žarčenja človekovih pravic kot manifestacij objektivnega vrednostnega sistema v sfero civilnega prava (zadeva Lüth, 15. 1. 1958 BVerfGE 7, 198). Človekove pravice tako vstopajo v civilnopravna razmerja prek razlage pravnih norm z odprto teksturo, generalnih klavzul, vrednotno usmerjenih konceptov, kot so pravni standardi dobre vere, skrbnosti, malomarnosti, dobrih običajev, ki odpirajo široko polje razlagalne avtonomije.

¹⁴ Anti-horizontalni koncept zastopa C. W. Canaris v želji obvarovati neodvisnost civilnega prava pred vdorom ustavnega prava (gl. prav tam, str. 74, 75). G. Brüggermeier Canarisevo tezo (v nadaljevanju) ostro kritizira kot nedosledno, ki meša vzrok in posledico. Vendar ima ideja o varovalni dolžnosti države, na kateri temelji vertikalni koncept učinkovanja človekovih pravic (*Schutzpflicht*), potrditev vsaj v 1. členu EKČP (ki države pogodbenice zavezuje varovati konvencijske pravice in svoboščine – država krši to dolžnost tudi, če ne zavaruje konvencijske pravice pred posegi posameznikov) in v praksi ESČP (npr. sodba v zadevi *Hannover proti Nemčiji* z dne 24. 6. 2004; začetek tega koncepta pa pomeni zadeva *Marckx proti Belgiji* (sodba z dne 13. 6. 1979, 6833/74). Takemu pristopu je naklonjena tudi določba 5. člena Ustave, ki državo zavezuje ne samo k spoštovanju človekovih pravic, ampak tudi k njih aktivnemu varovanju – kar pomeni pozitivno dolžnost države na vseh področjih svojega oblastnega ravnanja, torej tudi pri razsojanju v civilnih sporih med posamezniki.

to ustavno varovano vsebino poseže država – četudi s sodbo v civilnem sporu med dvema posameznikoma, gre za poseg v človekovo pravico. Tak poseg pa lahko opraviči samo z izgovorom, da ga je narekovalo doseganje ustavno skladnega cilja – ki bi ga tu pomenilo varstvo človekove pravice druge stranke v civilnem sodnem postopku.

3. Tehtanje

V teoriji obstajajo različne rešitve, vendar je vsem skupno, da je metoda razreševanja konflikta tehtanje tekmujočih interesov. Tehtanje je treba razumeti v prisposodbi in ne dobesedno. Tistega, kar se medsebojno primerja, namreč tu ni mogoče meriti, še manj izraziti s skupnim imenovalcem – kot ni mogoče primerjati dolžne črte s težo skale.¹⁵ Zato je težko sprejeti poskuse uvedbe matematičnih meril. Tehtanje (vrednot, načel, stališč) ni mišljeno kot grobo, neposredno kvantificiranje, ampak kot soočanje razumnih argumentov za ali proti prevladi tega ali onega načela, vrednote, opredelitve. Po drugi strani pa lahko skrajno stališče o nemerljivoosti pripelje do popolnega moralnega agnosticizma.¹⁶

3.1. Pravila in merila tehtanja

Katera so torej tista (uravnotežena) pravila tehtanja, ki naj bi pripeljala do odkritja in nato do legitimacije pravega pravila o skladnosti tekmujočih pravic. Izhodiščno mora biti spoznanje, da praviloma nobena od obeh pravic nima že vnaprej *in abstracto* zagotovljene prednosti, da imata obe največkrat enako specifično (abstraktno) težo,¹⁷ v konkretnem primeru pa različno težo.¹⁸ Naslednja pomembna zapoved je, da tehtanje ne sme privedi do tega, da bi bila kateri od tekmujočih pravic odvzeta njena bistve-

¹⁵ A. Scalia v pritrdilnem ločenem mnenju v zadevi *Bendix Autolite Corp. proti Midwesco Enters.*, 486 U.S. 888,897 (1988), cit. po S. Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law* 2009, št. 3, str. 472.

¹⁶ Tudi to je lahko sporno. Po mnenju S. Tsakyrakisa so prav pravila splošnega testa sorazmernosti (s katerimi se opravičujejo posegi v človekove pravice) tisto, kar ovira vstop moralnih premislekov v odločanje o človekovih pravicah (nav. delo, str. 468 in nasl.).

¹⁷ Večina človekovih pravic se ne razlikuje po abstraktni teži – nekatere pač. Pravica do življenja ima na primer večjo abstraktno težo kot splošna svoboda ravnanja (R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, *Ratio Juris*, Vol. 16, 2003, št. 4, str. 440).

¹⁸ In tudi, če imata tekmujoči pravici različno abstraktno težo, šele ocena konkretnih okoliščin primera pove, katera od obeh pravic ima večjo konkretno težo. Če sta abstraktni teži enaki, se ju pri tehtanju zanemari. Prim. R. Alexy, *On Balancing...*, str. 446.

na, ustavno varovana vsebina,¹⁹ ali da bi bila v pravico (načelo) vgrajena izjema, ki bi jo spreminjala v pravilo.²⁰ In kako naj poteka tehtanje?

Tudi tu bi lahko šlo za več stopenj. Najprej je treba ugotoviti, kateri pravici sta v konfliktu, nato pa opredeliti ustavno varovano vsebino vsake od njih. V tretjem koraku je treba ugotoviti, katere konkretne okoliščine obravnavanega (življenjskega) primera so pravno pomembne in katere iz človekovih pravic izvirajoče pravice in njih upravičenja so v koliziji.²¹ Ko je tako vse pripravljeno in zbrano, se sodišče loti predzadnje stopnje – tehtanja v ožjem smislu, ki mora privedi do praktične konkordance (konkretne, praktične uskladitve obeh pravic, njuno uravnoteženje, določitev načina njunega sobivanja, v prispodobi njuna pomiritev), ki v bistvu pomeni oblikovanje pravila, veljavnega za konkreten primer, torej pravila o sobivanju pravic v konkretnih okoliščinah, pravila o

¹⁹ Prim. odločbo Ustavnega sodišča Up-422/02 z dne 10. 3. 2005 (OdlUS XIV, 36): »[O]ba nosilca svojo pravico lahko uresničujeta (le) v omejenem ('zoženem') obsegu, tj. tako, da pri izvrševanju pravice enega ne pride do prekomernega posega v pravico drugega.« V isti odločbi je nato še navedlo: »Odločitev [sodišč] temelji na stališču, da se mora tudi v primeru, če gre za literarno delo, avtorjeva pravica umakniti, čim se nekdo v njem prepozna in se zaradi opisa čuti prizadetega. Iz tega je razvidno, da so sodišča prekomerno zavarovala tožnikovo pravico do časti in dobrega imena, avtorjevo pravico do svobode umetniškega izražanja pa *izključila* [poudaril J. Z.] iz obravnavanja.« Enako napako sodišč je Ustavno sodišče ugotovilo v zadevi Up-1292/08 z dne 10. 9. 2009. Po tem, ko je opredelilo vsebino ustavnega jamstva lastnine (zagotovitev in uresničitev posameznikove svobode na premoženjskem področju), je navedlo, »da razlaga zakonskega prava (43. člena ZTLR), po kateri skupni lastnik ne more s tožbo uspeti proti drugemu skupnemu lastniku, ko zatrjuje, da ga ta neutemeljeno vznemirja v njegovem pravno zaščitenem lastninskem položaju, lastninsko avtonomijo prizadetega skupnega lastnika povsem *izključiti* [poudaril J. Z.] in v celoti omogoči prevlado tistega od skupnih lastnikov, ki je pripravljen delovati agresivno in samovoljno«. Zato je ugotovilo, da je stališče, na katerem temeljita izpodbijani sodbi, v neskladju s pravico do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave. Obema primeroma je skupna ocena Ustavnega sodišča, da je šlo za poseg v ustavno varovano jedro človekove pravice.

²⁰ Prim. R. Alexy, *A Theory...*, str. 51, 52.

²¹ Čeprav so človekove pravice med seboj največkrat enakovredne (z enako abstraktno težo), pa to ne velja za njihove zakonske izpeljave in iz njih izvirajoča upravičenja. Ni npr. isto, ali gre »samo« za varstvo posesti ali za »pravo« lastninsko pravico. In tudi ni vseeno, katera lastninska upravičenja so v igri. Tako je Ustavno sodišče pri tehtanju upoštevalo temeljni namen pravice do sodnega varstva posesti, »ki je ohranitev obstoječega dejanskega stanja in preprečitev samovolje« (odločba Up-157/00 z dne 10. 4. 2003, OdlUS XII, 58) in v kar nekaj zadevah (Up-32/94, Up-60/00 z dne 13. 7. 2000, OdlUS IX, 296, Up-157/00 z dne 10. 4. 2003, OdlUS XII, 58) dalo prednost pravicama do zasebnosti in do nedotakljivosti stanovanja pred pravico do sodnega varstva posesti (ki je ne zajema jamstvo iz 33. člena Ustave). Ocenilo je namreč, da posega v pravici pritožnikov iz 35. in iz 36. člena Ustave ne more upravičiti: (1) posestno varstvo, ki dedičem omogoča neomejen dostop do celotnega stanovanja (odločbi št. Up-32/94 in št. Up-60/00) oziroma (2) posestno varstvo, ki nekdanjemu zakoncu omogoča nemoten dostop v spalnico nekdanje zakonske partnerke, ne glede na to, da sam spi v manjši hišici poleg stanovanjske hiše in spalnico uporablja le za hrambo oblačil, medtem ko jo pritožnica uporablja skladno z njenim osnovnim namenom (odločba št. Up-157/00). V zadevi Up-636/07 (odločba z dne 17. 1. 2008) pa je Ustavno sodišče sprejelo rešitev sodišč, ki zakoncu omogoča, da v nasprotju z voljo drugega zakonca domuje v hiši, ki jo je pred tem začasno zapustil in na kateri ima sam *močnejše lastninsko upravičenje* [poudaril J. Z.], pri tem pa nima možnosti bivanja druge in je njegova souporaba hiše omejena le na nekatere točno določene prostore. Po oceni Ustavnega sodišča tako stališče ne pomeni prekomernega posega v pravico drugega zakonca do zasebnosti in do nedotakljivosti stanovanja.

rešitvi konkretnega konflikta dveh pravic, ki pove, kateri od njiju je treba v tem konkretnem konfliktu glede na konkretne okoliščine dati prednost (in katera se mora zaradi aktiviranja nujne, ustavno varovane vsebine druge pravice tej umakniti oziroma se mora umakniti del upravičenj, ki sestavljajo to pravico).

Pojmovanje tehtanja kot postopka s štirimi stopnjami je seveda umetno, saj so vsa vprašanja, ki naj bi se obravnavala na posameznih ločenih stopnjah, prepletena in med seboj odvisna. Že ustavno varovana vsebina posamezne človekove pravice (drugi korak) je odvisna od ustavnopravno bistvenih konkretnih okoliščin primera (tretji korak), o tem, katere so te okoliščine (za katere sploh ni nujno, da so samo dejstva obravnavanega življenjskega primera – lahko so tudi že upravičenja, ki tvorijo zakonsko izpeljavo človekove pravice, denimo, ali je ena od tekmujočih pravic pravica do sodnega varstva posesti, in če, ali ne morda idealne posesti dediča),²² pa si je težko oblikovati predstavo brez vsaj približne slike o tem, kako naj bi bili tekmujoči pravici med seboj usklajeni (zadnji korak). Na izostritev te slike pa potem povratno vplivajo razmisleki in spoznanja o ustavno varovani vsebini pravic – ki povedo tudi, katere okoliščine primera so ustavnopravno pomembne.

Stopenjsko razčlenjevanje tudi malo prispeva k oslabitvi osrednjega očitka tehtanju – očitka, da je obremenjeno z arbitrarnostjo in nepremišljenostjo, pač v skladu z običajnimi standardi in hierarhijo.²³ Biti mora takó strukturirano, da zmanjšuje tovrstna tveganja. Zagovorniki testa sorazmernosti vidijo eno od pomembnih prednosti v primerjavi s tehtanjem prav v analitični strukturi sorazmernosti.²⁴ Iskanje rešitve mora biti zato usmerjeno bolj h kriterijem kot k postopku tehtanja.

Ustavno sodišče se večkrat sklicuje na zadevo Up-422/02 (odločba z dne 10. 3. 2005, OdlUS XIV, 36), v kateri je postavilo temeljne kriterije, ki jih je treba upoštevati pri tehtanju med človekovimi pravicami.²⁵ Navedlo je, da je treba najprej opredeliti vsebino obeh ustavnih pravic, ki sta v koliziji,²⁶ ter pri oceni, ali je pisec

²² Prim. odločbi Ustavnega sodišča Up- 32/94 z dne 13. 4. 1995 in Up-60/00 z dne 3. 3. 2000.

²³ Tako J. Habermas, *Between Facts and Norms*, prev. W. Rehg, Cambridge, Polity 1996, str. 259, cit. po Alexy, *On Balancing...*, str. 439.

²⁴ Prim. M. Cohen-Eliya, I. Porat, *American balancing and German proportionality: The historical origins*, I' CON (2010), Vol. 8, št. 2, str. 269, ki se tu obilno sklicujeta na D. M. Beatty (*The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2004) kot izrazitega privrženca sorazmernosti.

²⁵ Npr. v odločbah Up-406/05, Up-1391/07, Up-636/07, Up-2940/07.

²⁶ V obravnavanem primeru je šlo za kolizijo med pravico do varstva časti in dobrega imena ter pravi-

književnega dela prestopil meje svobode umetniškega ustvarjanja in prekršil tožnikovo pravico do časti in dobrega imena, upoštevati vse okoliščine primera. In kaj vse zajema pojem »vse okoliščine primera«? Splošnega odgovora ni mogoče dati. Odgovorov je toliko, kolikor je primerov kolizij (neskončno). To, kar je mogoče ponuditi, so samo iz posameznih konkretnih primerov izluščljive splošne smernice. Ki pa vse temeljijo na Alexyevem zakonu tehtanja, ki pravi: Višja, ko je stopnja nezadovoljitve ali oškodovanja enega načela (v tem primeru človekove pravice), večji mora biti pomen izpolnitve drugega, z njim tekmujočega načela (človekove pravice). Po njegovem ima zato tehtanje tri stopnje: v prvi je treba ugotoviti stopnjo intenzivnosti nezadovoljitve ali oškodovanja prvega načela, potem v drugi stopnjo pomembnosti zadovoljitve z njim tekmujočega, drugega načela, in končno v tretji stopnji, ali pomembnost zadovoljitve tekmujočega, drugega načela opravičuje oškodovanje ali nezadovoljitev prvega. Pri tem si je mogoče tako na prvi (glede intenzivnosti posega) kot na drugi stopnji (glede pomembnosti zadovoljitve drugega načela) pomagati s triadnim modelom – lestvico treh stopenj: lažje, srednje, resno. Te ocene (ki so rezultat racionalnega ustavnopravnega diskurza) potem na tretji stopnji ustvarijo posredno primerljivost (posredno zato, ker temelji na oceni konkretne ustavne pomembnosti konkurirajočih si pravic), ki omogoči in opraviči odločitev.²⁷ Prednosti tako strukturiranega tehtanja, ki je (bolj kot na vrednostne sodbe) osredotočen na dejstva in na okoliščine primera, je v preseganju nemerljivosti in medsebojne neprimerljivosti tekmujočih pravic – kar utrjuje sodno legitimnost in zmanjšuje sodniško subjektivnost.²⁸ Bistveno je, da se tu izognemo neposredni primerjavi dveh medsebojno neprimerljivih in nemerljivih vrednot. Vsako od njiju se ocenjuje z njej lastno metodo in nagovarja z njenim izrazjem. To, kar nas pri tehtanju zanima, je v bistvu samo odgovor na vpraša-

co do svobode umetniškega izražanja. Ustavno sodišče je navedlo, da je treba tu upoštevati, da gre za pripoved literarnega lika o drugem literarnem liku in ne za javno izjavljanje toženca o tožniku, ter da zato primerov, ko sta z umetniškim delom prizadeta čast in dobro ime posameznika, ni mogoče enačiti s primeri, ko pride do posega v to pravico z žaljivo izjavo v tisku oziroma v drugih javnih medijih. Področje umetniškega ustvarjanja je namreč specifično in prežeto s sebi lastnimi zakonitostmi, ki se v bistvenih znakih razlikujejo od zakonitosti novinarskega pisanja, zato za presojo, v kolikšni meri je nekdo nedopustno posegel v čast in dobro ime druge osebe, ni mogoče uporabiti enakih kriterijev. Zato te zadeve ni mogoče primerjati z odločitvami, v katerih je Ustavno sodišče obravnavalo kolizijo med pravico do svobodnega izražanja v medijih in pravico do časti in dobrega imena prizadetega (npr. odločba št. Up-345/01 z dne 5. 2. 2004, Uradni list RS, št. 16/04 in OdlUS XIII, 43; odločba št. Up-452/02 z dne 9. 9. 2004, Uradni list RS, št. 103/04).

²⁷ Prim. R. Alexy, *A Theory...*, str. 102, 401 in nasl. ter isti, *On Balancing...*, str. 437 in nasl.

²⁸ Prim. M. Cohen-Eliya, I. Porat, str. 269, 270.

nje, kako daleč je (bi) šla kršitev (ene ali druge) pravice; z drugimi besedami, koliko se je (bi se) približala samemu jedru posamezne vrednote.²⁹

3.2. Posamezni primeri ustavnosodne presoje

»Material«, ki z metodo indukcije in analogije pomaga oblikovati smernice tehtanja v doktrine, standarde in stališča, in ki pomeni argumentacijski humus ustavnega diskurza o pomembnosti zadovoljitve ene pravice in o stopnji prizadetosti druge kot ceni, ki jo je treba za to plačati, je poleg judikature ESČP (sodbe ESČP imajo precedenčno moč, zato stališča tega tribunala zavezujejo tudi slovenska sodišča) predvsem jurisprudenca Ustavnega sodišča o posameznih, konkretnih uskladitvah konkurirajočih si človekovih pravic.

3.2.1. Svoboda umetniškega ustvarjanja, svoboda izražanja – čast in dobro ime, zasebnost

V primerih kolizije med svobodo umetniškega ustvarjanja in pravico do časti in dobrega imena je treba pri tehtanju med težo posega v pravico do svobode umetniškega ustvarjanja na eni strani in težo posega v osebne pravice na drugi strani upoštevati specifikum umetniškega ustvarjanja³⁰ in konkretne okoliščine, ki ga spremljajo, ter stopnjo žaljivosti pisanja in občutka prizadetosti, ki ga je povzročilo.³¹ Pri konfliktu med svobodo umetniškega ustvarjanja in pravico do zasebnosti je Ustavno sodišče pripisalo poseben pomen stopnji intimnosti v zasebnem življenju posameznika. Na splošno velja, da čim manj intimno je področje zasebnega življenja posameznika, tem manjšo pravno zaščito uživa, kadar pride v kolizijo z interesi in pravicami drugih posameznikov.³² Zato je brez privolitve mogoče pisati o zasebnem življenju javnih

²⁹ Prav tam.

³⁰ Izčrpno je razložena v 10., 11. in 12. točki obrazložitve odločbe Up-422/02 z dne 10. 3. 2005, Uradni list RS, št. 29/2005 in OdlUS XIV, 36.

³¹ O žaljivosti, ki je pravni standard, in občutku prizadetosti (tudi pretirane prizadetosti), ki se ravna po subjektivnem dojemanju posameznika (vendar pri tem ne zajema pretirane (ne)občutljivosti, saj pravo ne more varovati skrajnosti), gl. izčrpno razlago v 9., 10. in 11. točki obrazložitve odločbe Up-406/05 z dne 12. 4. 2007.

³² Odločba Up-50/99 z dne 14. 12. 2000, OdlUS IX, 310. Ustavno sodišče se tu sklicuje na delo M. Baston Vogt, *Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persoenlichkeitsrechts*, Mohr Siebeck, 1997, str. 208.

oseb, vendar tudi pri njih brez privolitve ni dovoljeno objavljati stvari iz njihovega intimnega življenja.³³ Ustavno sodišče je dalo v tem primeru prednost pravici do umetniškega ustvarjanja pred pravico do zasebnosti. Navedlo je, da tu »niti ni šlo za razkrivanje dejstev iz tožnikove intimne sfere, temveč za opis njegove vloge v dogajanju, pri katerem je prihajal v stik s številnimi ljudmi, med drugim tudi s pritožnikom, ki je njune stike v zvezi s prostozidarstvom nato opisal v svoji knjigi. Pritožnikov temeljni namen ni bil razkrivanje podatkov iz zasebne sfere tožnika, temveč je želel popisati prostozidarstvo kot pojav ter lastne izkušnje in poglede na prostozidarstvo.«

Pri reševanju konflikta med pravico do dobrega imena in časti na eni strani in med svobodo izražanja na drugi je pomembno, ali je tisti, ki čuti, da sta njegova čast in dobro ime prizadeta, politična oseba ter da v javni polemiki izražena negativna mnenja o taki osebi niso protipravna že samo zato, ker so negativna in lahko torej posameznika prizadenejo.³⁴ Podobna merila izhajajo tudi iz odločbe Up-2940/07 z dne 5. 2. 2009 (Uradni list RS št. 17/09), kjer je Ustavno sodišče izpostavilo dve okoliščini, ki sta tehtanje med ustavnimi pravicami, ki so prišle v kolizijo, močno nagnili v prid pravici do svobode izražanja: 1) šlo je za novinarsko poročanje o temi, ki je imela velik pomen za javnost (članki so obravnavali pojav suma storitve kaznivih dejanj policistov v zvezi z opravljanjem njihovih dolžnosti), in 2) tožnik je zasedal javno funkcijo (vodilno delovno mesto v policijski hierarhiji) in so bila zato njegova ravnanja izpostavljena strožji presoji v tisku in javnosti. V podobni zadevi (kjer je šlo prav tako za prizadetost časti in dobrega imena javnega funkcionarja)³⁵ pa je Ustavno sodišče ugotovilo, da se sodišči v tehtanju med svobodo izražanja na eni strani in pravico do osebnega dostojanstva na drugi strani nista opredelili tako, da bi bila svoboda izražanja prekomerno omejena. Kot pomembno merilo je (poleg že velikokrat poudarjenega pomena novinarskega dela in vloge novinarjev v družbi) podarilo tudi odgovornosti novinarjev, ki pri svojem poročanju ne smejo prestopiti določenih meja, zlasti glede spoštovanja ugleda in pravic drugih. Tudi, kadar javnosti posredujejo vrednostne sodbe, pri katerih po naravi stvari ni mogoče

³³ Ustavno sodišče se tu sklicuje na A. Finžgarja, *Osebnostne pravice*, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana, 1985, str. 128.

³⁴ Gre za odločbo Up-345/01 z dne 5. 2. 2004, OdlUS XIII, 43.

³⁵ Odločba Up-1391/07 z dne 10. 9. 2009, Uradni list RS, št. 82/2009.

zahtevati, da bi bile podvržene dokazovanju resničnosti, mora imeti vrednostna sodba nekaj podlage v dejstvih.³⁶ Ustavno sodišče je sicer potrdilo dosedanje stališče, da je stopnja, ki jo mora določena oseba trpeti, ko gre za izražanje o njej, večja, če gre za javno osebo, in še toliko bolj, če gre za osebo, ki spada v del izvršilne oblasti države (prim. odločba št. Up-462/02 z dne 13. 10. 2004, Uradni list RS, št. 120/04 in OdlUS XIII, 86 in odločba Up-2940/07), ter navedlo, »da če je javni nastop politika provokativen ali celo žaljiv, lahko to pomeni, da mora kot odziv na svoje ravnanje trpeti tudi ostrejšo kritiko. Vendar pa to predpostavlja, da med ravnanjem oziroma izjavami oškodovanca ter kritiko obstaja neka vsebinska povezava oziroma da ima tudi vrednostna sodba nekaj podlage v dejstvih. Kadar te povezave ni, ni mogoče reči, da gre za upravičeno kritiko (v praksi ESČP *fair comment*), temveč gre zgolj za žalitev.« V obravnavani zadevi zato Ustavno sodišče ni sprejelo teze, da je ocena o intelektualnih zmožnostih tožnika³⁷ ter njegovi (ne)sposobnosti za opravljanje dela hišnika v navedenem smislu »upravičena kritika« njegovega nastopa, tudi če je ta nastop mogoče oceniti kot nepriemer in žaljiv do istospolno usmerjenih oseb.³⁸

3.2.2. Varstvo posesti – zasebnost

Drugo skupino primerov praktične konkordance, ki jih je obravnavalo Ustavno sodišče, tvorijo kolizije med različnimi no-

³⁶ Ustavno sodišče se je tu sklicevalo na stališče ESČP v sodbah *Karman proti Rusiji* (sodba z dne 14. 12. 2006, tč. 41), *Scharsach in Neus Verlagsgesellschaft proti Avstriji* (sodba z dne 13. 11. 2003, tč. 40), *Feldek proti Slovaški* (sodba z dne 12. 7. 2001, tč. 86) in *Jerusalem proti Avstriji* (sodba z dne 27. 2. 2001, tč. 44 in 45). V sodbi *Karman proti Rusiji* je ESČP to zahtevo poudarilo kot odločilno, ko je ugotovilo, da je imela oznaka (vrednostna sodba) »lokalni neofašist« zadostno dejansko podlago v spoznanjih izvedencev, ki so na podlagi pregleda številnih publikacij časopisa soglasno ugotovili sorodnost z nacionalsocialističnimi ideali.

³⁷ Novinar je zanj uporabil izraz »cerebralni bankrotiranec«.

³⁸ Tu je šlo celo za zlorabo pravice. Ustavno sodišče je namreč v 15. točki obrazložitve navedlo: »Iz načina, kako je članek tožene stranke napisan (žaljiv, zbadljiv, posmehljiv), je po mnenju sodišča razvidno, da *namen članka presega le informiranje* javnosti ter kritiko poslančevega dela in s tem v zvezi kritiko njegovega vedenja ter *ima namen razvrednotiti tožnika kot osebnost* [poudaril J. Z.].« Če pustimo ob strani problem empirične epistemološke diskrecije (ki tu ni povsem izključena), izvrševanje pravice, ki nasprotuje namenu, zaradi katerega je ustavno varovana (informiranje javnosti), pomeni izkoriščanje, pravilneje zlorabljanje gole pravne oblike pravice oziroma njenega videza za doseg nečesa, česar Ustava ne varuje. Vrednota, ki stoji za pravico do informiranja javnosti, je prav to: informiranje javnosti. Ustavna pritožnica oziroma njen novinar je tu zapustil polje ustavno varovanega (informiranje javnosti) in se napotil na področje, kamor pravica, katere pravno lupino (ali prazen videz) je uporabil za svoje početje, sploh ne seže. Ker je zato ni izvrševal, tudi ni pomembno, koliko »teže« je bilo na drugi strani tehtnice (kjer se je nahajala pravica do časti in ugleda). Kadar imamo opraviti z zlorabo, takrat tisto, kar naj bi varovali (zlorabljen pravica), sploh ni pravica (ker za ravnanjem, ki naj bi bilo izvrševanje »pravice«, razen praznega pravnega videza, ne stoji ničesar). Zato tudi ni kaj tehtati – kajti na eni strani tehtnice je pravica, medtem ko na drugi strani ni ničesar.

silci (ustavnega jamstva) lastnine ter med to pravico na eni strani in pravico do zasebnosti ter avtorsko pravico na drugi strani. Gre torej za položaje, ko je ista stvar (stanovanje, hiša, spalnica, avtobusna postaja) stičišče različnih človekovih pravic. Dokaj številni so primeri, ko je Ustavno sodišče uskladilo pravico do varstva posesti s pravico do zasebnosti, ki se je tu manifestirala v svoji najbolj tipični in izvirni, snovni in prostorski izpeljavi. Prvi tak primer je odločba Up-32/94 z dne 13. 4. 1995, kjer je šlo za konkurenco idealne posesti dediča in realne posesti, okrepljene še s pravico do zasebnosti. Ustavno sodišče je ugotovilo, da so bili v tem primeru pravila in kriteriji posestnega varstva, kolikor gre za možnost souporabe stanovanjske hiše kot celote in vseh prostorov v njej (razen prostorov, ki so bili po zatrjevanju tožnika v njegovi neposredni posesti, česar pa sodišče še ni ugotovilo) napačno uporabljeni: v škodo močnejše (realne) posesti je bila zavarovana šibkejša (idealna, fiktivna posest dediča), ob tem pa je hkrati prišlo tudi do nedopustnega posega v ustavno pravico do zasebnosti.³⁹ Zasebnost pa je bila samostojen in odločilen razlog za uspeh ustavne pritožnice v zadevi Up-157/00 (odločba z dne 10. 4. 2003), kjer sta bili obe stranki sopoestenci celotne hiše. Ustavno sodišče je dalo tu odločilen pomen vsebini posesti vsakega od sopoestnikov.⁴⁰

Skupna značilnost primerov usklajevanja pravic do varstva posesti je, da v resnici sploh ni šlo za kolizijo dveh človekovih pravic, ampak zgolj za spopad »navadnih« (zakonskih) pravic. Pravica do sodnega varstva posesti je namreč zunaj ustavnega jamstva lastni-

³⁹ Temu enak je primer, ki ga je Ustavno sodišče obravnavalo v odločbi Up-60/00 z dne 3. 3. 2000. V obeh primerih je pravica do zasebnosti z neposrednim horizontalnim učinkom vstopila v civilno-pravna razmerja med posamezniki.

⁴⁰ Navedlo je: »Kadar namreč sodišče obravnava posestne spore, v katerih posestno varstvo proti enemu sopoestniku zahteva drugi sopoestnik, pri čemer enemu izmed posestnikov posest omogoča tudi zagotavljanje zasebnosti, posest drugega sopoestnika pa te funkcije nima, mora pri odločanju o tem, v kakšnem obsegu bo nudilo posestno varstvo, kadar in kolikor je to mogoče, upoštevati tudi posestna položaja in vsebini posesti obeh sopoestnikov. Sodišče je v obravnavanem primeru ugotovilo, da tožnik spi v manjši hišici poleg stanovanjske hiše, sporno spalnico pa uporablja le za shranjevanje sezonskih oblačil in za nič drugega, medtem ko pritožnici hiša predstavlja dom, v katerem živi, spalnico pa uporablja v skladu z njenim osnovnim namenom, kot prostor za spanje, ki predstavlja enega najbolj intimnih delov človekovega življenjskega okolja.« Poleg tega, da tu nastopa zasebnost kot samostojen in odločilen argument odločanja o uskladitvi enakovrednih posestnih položajih (za razliko od prejšnjih primerov sta bila tu oba posestnika realna, efektivna posestnika), kar kaže na stališče o neposrednem horizontalnem učinkovanju človekovih pravic (to potrjuje tudi stavek iz 10. točke obrazložitve, ki pravi: »Po drugi strani pa ni izključeno, da bi civilistično nesporna odločitev sodišča kršila pravico do zasebnosti ene izmed pravnih strank.«), čemur bi se Ustavno sodišče lahko elegantno izognilo s sklicevanjem na načelo prepovedi zlorabe pravic iz 4. člena ZTLR (ki daje v skladu z idejo o posrednem horizontalnem učinku dovolj prostora za vstop človekovih pravic v stvarnopravna razmerja med posamezniki), je problematičen tudi argument, »da tožnik spi v manjši hišici poleg stanovanjske hiše«. V podtekstu vsebuje namreč težnjo, naj bo varstvo premoženjskih pravic odvisno od dejanskega premoženjskega stanja stranke (ideja o zunajpravni izravnalni pravičnosti).

ne. V spor med dvema »čistima« civilnima pravicama je bila vpletena človekova pravica do zasebnosti, ki je na koncu (pred Ustavnim sodiščem) absorbirala posestno pravo in odločila o navadnem civilnopravnem sporu. Zato se zdi, da je šlo Ustavno sodišče predalet, ko je dalo večjo (ustavno) težo realni posesti (Up-32/94) ali »vsebini« posesti (Up-157/00). Posest namreč sploh nima ustavne teže. Tudi če je v škodo močnejše (realne) posesti zavarovana šibkejša (idealna, fiktivna posest dediča), ni s tem ustavnopravno samo po sebi še nič narobe. Ustavnopravne narave je bilo tu samo vprašanje, kako posestno varstvo (kakršnokoli to že je: ali je tako, da daje prednost realni ali pa idealni posesti oziroma takšni ali drugačni vsebini posesti) uskladiti s pravico do zasebnosti. Pri tem sta z vidika vloge ustavnega sodstva pravzaprav možni samo dve rešitvi: bodisi ustavnoskladna razlaga civilnopravnih (stvarnopravnih) institutov ali (če to ni mogoče) ugotovitev protiustavne pravne praznine, ker je civilno pravo pozabilo na možnost vstopa človekove pravice do zasebnosti v posestna razmerja in sodišču ni omogočilo ta konflikt razrešiti brez omejevanja pravice do zasebnosti. Ustavno sodišče pa se je odločilo za tretjo – problematično rešitev: za neposreden horizontalen učinek človekove pravice do zasebnosti na civilnopravna razmerja.⁴¹ Zakaj problematično?

Najprej zato, ker je civilno pravo razvilo mrežo institutov, ki po eni strani opredeljujejo vrednote, ki veljajo v družbi za pravične in ki so z utrjenim konsenzom sprejete kot merilo urejanja razmerij med posamezniki, po drugi strani pa prek odprtih pojmov, kot so dobra vera, dobri običaji, vestnost in poštenje, prepoved zlorabe, standardi skrbnosti itd., omogoča tudi vstop ustavnih vrednot v to pravno področje. Vendar tako, da se te vrednote vključijo v strukturo civilnega prava, se mu prilagodijo in se obnašajo v skladu z njegovo logiko in miselnostjo (se »civilizirajo«) – ne pa da intervenirajo od zunaj in kot *deus ex machina* (ali kot adut iz rokava te ali one stranke) odločijo v civilnem sporu. Razen tega imajo marsikatero človekove pravice (še najbolj tiste, ki vplivajo na civilnopravna razmerja) difuzen značaj in na abstraktni ustavni ravni nejasno vsebino. Oživijo in kristalizirajo šele v posameznih razmerjih. In ta razmerja najbolje pozna pravno področje, ki mu pripadajo in ki jih že od nekdaj ureja. Zato se zdi razumljivo in povsem naravno, da iskanje in opredeljevanje njih vsebine ne more mimo matič-

⁴¹ Gl. v prejšnji opombi naveden izsek iz 10. točke obrazložitve, ki pravi, da »ni izključeno, da bi civilistično nesporna odločitev sodišča kršila pravico do zasebnosti ene izmed pravnih strank«.

nega pravnega področja, še posebej ne, ko gre za civilno pravo, najstarejšo vedo o razreševanju sporov. Bolj kot človekove pravice same so vrednote, ki stojijo za njimi, tisto, kar je vir navdiha za razlago in razumevanje norm civilnega prava.⁴² Človekove pravice v civilnem pravu samo odsevajo – in ne vdirajo vanj.⁴³ Bistvo posrednega horizontalnega učinka je v asimilaciji človekovih pravic civilnopravnim razmerjem. V civilnih sporih je pogosto tudi tako, da bi se na človekove pravice, katerih vsebina je večkrat nejasna in težko določljiva, lahko sklicevali obe sprti stranki ter sodišče postavili pred težko nalogo: uskladiti dvoje hierarhično prirejenih človekovih pravic, od katerih nima nobena že vnaprej zagotovljene prednosti. Vzpostavljanje ravnotežja v konfliktu med dvema privatnima subjektoma je tipična naloga civilnega prava, človekove pravice pa s svojo nejasno in težko določljivo vsebino ne dajejo zanesljive in samozadostne opore za odločitev v sporu.⁴⁴ Tudi ni nepomembno, da so človekove pravice izvorno javnopravno zasnovane (kot jamstva, obljube in zaveze države posameznikom) ter da se zato v razmerjih med posamezniki obnašajo nepredvidljivo in drugače kot na vertikalni osi.⁴⁵ In končno: neposreden vdor ustavnega prava v civilno pravo bi v končni posledici oslabil vlogo ustavnega sodišča kot organa, pristojnega za abstraktno kontrolo ustavnosti, še posebej glede protiustavnih pravnih praznin, saj bi jih bilo mogoče, tako kot je to storilo Ustavno sodišče v omenjenih primerih, zapolnjevati kar z neposredno uporabo ustavnih do-

⁴² Prim. J. Smits, *Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View* v: T. Barkhuysen, S. D. Lindenberg – ur., *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2006, str. 21, 22. V tem smislu C. Busch, *Fundamental Rights and Private Law in the EU Member States*: *Fundamental Rights and Private Law*, C. Busch, H. Schulte-Nölke – ur., Sellier, München 2011, str. 12.

⁴³ Namesto izrazov horizontalni učinek ali učinek na tretje (*Drittwirkung*) bi bil zato primernejši izraz refleksi učinek (ki se uporablja v Franciji [*effet reflexe*] in na Nizozemskem [*reflexwerking*] – prim. C. Busch, str. 12).

⁴⁴ Prim. J. Smits, str. 16, 17. Kot značilen primer take nejasnosti ponuja avtor vprašanje odškodninske odgovornosti za nezaželeno (napačno) rojstvo – isti problem, različni odgovori najvišjih sodnih avtoritet v Nemčiji, Angliji in na Nizozemskem (prav tam, str. 17, 18).

⁴⁵ V razmerjih med posamezniki je v posege v določene človekove pravice mogoče privoliti (npr. v zasebnost, v svobodo) – pogodbeno svoboda (kot izraz svobode ravnanja) vključuje tudi svobodo razpolaganja z nekaterimi človekovimi pravicami (če ta svoboda zaradi strukturne podrejenosti ni pretirano omejena). V oporoki bi bilo morda dovoljeno postaviti npr. pogoj, ki je videti kot izrazit poseg v človekovo pravico – to, da dedič ne sme spremeniti veroizpovedi, se poročiti, ali se poročiti v nasprotju s pravili, ki veljajo v določeni plemiški družini (gl. J. Smits, prav tam, str. 17). BVerfG je dalo najprej prednost dedni pogodbi (1 BvR 1937/97 z dne 21. 2. 2000), štiri leta kasneje pa v podobni zadevi ugotovilo, da nemško Zvezno sodišče (ki je ocenilo, da oporočna klavzula o primernosti, po kateri bodoči kronski princ izgubi dedno pravico, če bi bila njegova poročna izbira v nasprotju s pravili dinastije Hohenzollern, ne pomeni bistvene omejitve svobode izbire zakonskega partnerja ter da je imel oporočitelj, bivši kronski princ Wilhelm Pruski, tudi dober razlog za tako klavzulo) ni zadostno pretehtalo, ali je desetletja po koncu monarhije stabilnost posesti kronske dinastije lahko razlog za omejitev dedičeve svobode izbire zakonskega partnerja (1 BvR 2248/01 z dne 22. 3. 2004).

ločb. Po drugi strani pa bi se ustavno sodstvo prekomerno vpletlo tudi v domeno »rednih« sodišč in uzurpiralo vlogo redne sodne instance. Na to nevarnost opozarja odločba Up-157/00, s katero je Ustavno sodišče (na podlagi 60. člena ZUstS) odločilo o stvari in tožbeni zahtevki v delu, ki se nanaša na odločitev o motenju posesti spalnice, zavrnilo (čeprav za to ni bilo podlage v navadnem, stvarnem [posestnem] pravu). Navedlo je: »Za tako odločitev se je Ustavno sodišče odločilo zato, ker je na podlagi podatkov v spisu presodilo, da je ob tako ugotovljenem dejanskem stanju, kot izhaja iz izpodbijanih sklepov, edina odločitev, ki je z vidika ustavne pravice do zasebnosti ustavnoskladna, zavrnitev tožbenega zahtevka v delu, ki se nanaša na motenje posesti spalnice.«

3.2.3. Lastnina – zasebnost

Predmet zadeve Up-636/07 (odločba z dne 17. 1. 2008 – Uradni list RS, št. 28/2008 in OdlUS XVII, 22) je bila uskladitev močnejše tožnikove lastninske pravice (izključni lastnik kmetije, na kateri stoji hiša, za katere izgradnjo je sredstva zagotovil pretežno sam), ki je bila pomembno okrepljena s pravico do doma in do zasebnosti (tožnik je s tožbo zahteval bivanje v hiši, ki jo je pred tem zaradi nemogočih razmer v družini začasno zapustil), s pravico ustavne pritožnice (toženke – tožnikove soproge) do prostorske zasebnosti in do nedotakljivosti stanovanja. Po presoji Ustavnega sodišča izpodbijana odločitev, s katero je tožniku, ki nima možnosti bivanja drugje, omogočeno nadaljnje domovanje v hiši, na kateri ima močnejše premoženjsko upravičenje, ni prezrla pravic, na katere se sklicuje pritožnica. Sodišči sta namreč tožniku omogočili (so)uporabo s sodbo točno določenih prostorov in s tem določili način uporabe stanovanja, ki bo po njuni oceni najmanj posegal v toženkino zasebnost (zagotovili sta ji izključno uporabo treh prostorov).⁴⁶

3.2.4. Poseg v ustavno varovano jedro jamstva lastnine

Metoda praktične konkordance pa je pri odločanju na sodišču prve in druge stopnje povsem izostala v zadevi, kjer je šlo za

⁴⁶ Odločba je dokaz teze, da tudi konkreten rezultat tehtanja ne pripelje nujno v vsakem primeru samo do ene ustavnoskladne rešitve konflikta človekovih pravic. Z vidika ustavnopravne uskladitve sobivanja pravic ene in druge stranke najbrž ne bi bilo nič narobe, če bi bilo sobivanje urejeno na kak drugačen način (npr. z drugačno razdelitvijo prostorov).

razmerja med skupnima lastnikoma (bivšima zakoncema). Lastninska pravica več oseb na isti stvari zahteva že po svoji naravi usklajevanje, prilagajanje in iskanje ravnotežja med različnimi, med seboj tudi sprtimi interesi solastnikov ali skupnih lastnikov. Avtonomija in svoboda vsakega posameznega lastnika sta v teh razmerjih omejeni z enakim ustavno varovanim položajem drugih lastnikov – vendar ne tako, da bi bili bistveno okrnjeni ali celo izključeni, še zlasti ne tako, da bi imelo večjo težo in pomen samovoljno ravnanje drugega od solastnikov ali skupnih lastnikov, ki bi ustvarjalo neravnotežje v lastninskem razmerju. V razmerje med skupnimi lastniki vnaša tako neravnotežje razlaga zakonske določbe (v konkretnem primeru 43. člena ZTLR), po kateri skupni lastnik nima negatorne tožbe, s katero bi branil in prisilno uveljavil svoja, zaradi enostranskega ravnanja drugega skupnega lastnika ogrožena upravičenja glede sporazumnega soodločanja o uporabi in/ali upravljanju skupne stvari. Taka razlaga namreč lastninsko avtonomijo (katere bistvena sestavina je sodelovati pri sprejemanju odločitev o upravljanju s stvarjo) prizadetega skupnega lastnika povsem izključi in v celoti omogoči prevlado tistega od skupnih lastnikov, ki deluje agresivno in samovoljno (v konkretnem primeru sta sodišči z razlago, da skupni lastnik ne more varovati upravičenja soodločati o manjših adaptacijah in izboljšavah skupne nepremičnine, zavrnil negatorno tožbo na vzpostavitev prejšnjega stanja v tistih prostorih skupne stanovanjske hiše, v katerih je toženka samovoljno in brez tožnikovega soglasja uredila in dogradila določene prostore). Sodišči sta tu očitno spregledali nujnost uskladitve upravičenj, ki izhajajo iz skupne lastnine, zaradi česar sta eno od bistvenih upravičenj enega od skupnih lastnikov s svojo razlago povsem izničili – taka razlaga zato ni prestala preizkusa s Schumannovo formulo (odločba Up-1292/08 z dne 10. 9. 2009, Uradni list RS, št. 77/2009).

3.2.5. Lastnina – avtorska pravica

Razreševanje kolizije med avtorsko in lastninsko pravico je bilo predmet zadeve Mušič (odločba U-I-191/09, Up-916/09 z dne 30. 9. 2010).⁴⁷ Ustavno sodišče je dalo tu pomembne smernice za re-

⁴⁷Tožnik je zahteval, naj se tožencema (investitorju in projektantu dela avtobusne postaje – v nadaljevanju AP) prepove projektiranje kateregakoli dela AP in tudi gradnja na podlagi projektov, izdelanih

ševanje kolizij med avtorsko in lastninsko pravico. Navedlo je, da je treba spoštovati dvoje pravil: pravilo o ohranitvi bistvenih vsebin, po katerem mora sodišče varovati bistvena upravičenja ene pravice in jim podrediti manj bistvena upravičenja druge pravice, in pravilo omejenosti posegov, iz katerega izhaja, da se lahko omejitve ene pravice in s tem dopuščanje posameznih posegov iz naslova druge pravice pogojujejo z njihovo restriktivnostjo po vsebini, obsegu in trajanju.⁴⁸ Med interesi lastnika glede svobodnega ravnanja z lastno stvarjo so relativno bolj upoštevni in imajo večjo težo tisti, ki zadevajo njeno namembnost in funkcionalnost ter ekonomičnost arhitekturne rešitve, bistveno manj pa povsem estetske težnje lastnika.⁴⁹ Bistvo (pri)tožnikovega (arhitektovega) zahtevka ni bilo prepovedati nepooblaščenega vsebinsko posnemanja ali skazitev določenega avtorskega dela, ampak doseči, da se na določenem zemljišču gradi le tisto, kar si je na začetku zamislil arhitekt, ali sploh nič. Odločitev Vrhovnega sodišča (ki je zavrnilo arhitektov zahtevk) v veliki meri temelji na pravni oceni, da sta dve fazi kompleksa avtobusne postaje med seboj ločeni in funkcionalno neodvisni, tako da ne sestavljata enega celovitega avtorskega dela.

3.2.6. Oblikovanje meril = argumentacija

Iz teh primerov je mogoče izoblikovati splošnejša, kot uteži delujoča merila, ki so med seboj argumentacijsko primerljiva – lahko tudi s pomočjo pripisovanja različnih stopenj utesnjevanja ene pravice in pomembnosti zadovoljitve druge, z njo tekmujoče pravice. Vendar vselej takó, da so atributi »lažje«, »zmerno« ali »resno« (»hudo«) v vsakem posameznem primeru (tudi če se ta v vseh bistvenih okoliščinah ujema s precedensom) razumno in prepričljivo obrazloženi. Najmočnejši odgovor na kritike, da je tehtanje bodisi arbitrarno ali nepremišljeno, pač v skladu z

v nasprotju z njegovimi (nagrajenimi) projekti, na podlagi katerih je bila zgrajena le t. i. prva faza kompleksa AP, do gradnje druge faze (trgovinsko poslovnega objekta) pa ni prišlo. Kasneje je prišlo do spremembe lastništva AP in novi investitor (toženec) je s projektantom (drugim tožencem) sklenil pogodbo o izdelavi projektne dokumentacije za trgovsko poslovni objekt. Ta dokumentacija je bila izdelana mimo pritožnikove idejne zasnove druge faze kompleksa AP. Sodišči prve in druge stopnje sta ugodili zahtevku pritožnika, revizijsko sodišče pa je njegov zahtevk zavrnilo (sodba Vrhovnega sodišča II Ips 1018/2007 z dne 19. 3. 2009).

⁴⁸ Ustavno sodišče se tu sklicuje na M. Trampuža v delu *Avtorsko pravo in likovna umetnost*, Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996, str. 122–123.

⁴⁹ Ustavno sodišče se tu sklicuje na F. Kosterhorn, A. Binder, *Urheberrecht für Architekten und Ingenieure*, C. H. Beck, München 2003, str. 121.

običajnimi standardi in hierarhijo,⁵⁰ skratka, da je obremenjeno s strukturno diskrecijo, pa je prav postopek argumentacije. Očitek o »običajnih standardih« bi bil utemeljen samo, če bi bil precedens edina upoštevna podlaga odločitve, ne pa njena pravilnost. In o nepremišljenosti je mogoče govoriti samo, če tehtanje ni (tudi) rezultat postopka argumentacije.⁵¹ Na argumentacijo pa je treba gledati ne samo enorazsežno – zgolj kot utemeljitev odločitve s prepričljivimi in razumnimi argumenti, ampak kot strukturo, ki to omogoča. In sodni postopki (razumljeni kot tok argumentacije) so tako tudi zasnovani. Aksiom poštenega sodnega postopka je prek vseh svojih vidikov (nepriustranskost, kontradiktornost, pravica do izjavljanja, dolžnost obrazložitve sodb itd.) skupaj s pravico do pravnega sredstva približek Habermasovemu konceptu idealne govorne situacije. Za vsak vidik, ki je pomemben pri tehtanju, mora biti zagotovljeno dinamično večstopenjsko kontradiktorno obravnavanje in izjavljanje strank ter sodišč na prvi, na pritožbeni in na revizijski stopnji sojenja. Stranke s svojimi ustavnopravnimi argumenti sploh ne morejo do Ustavnega sodišča, če jih niso že prej uveljavljale v sodnem postopku in s tem prisilile sodišča (ki niso vezana samo na zakon, ampak tudi na Ustavo), da so se o njih izrekla (t. i. materialno izčrpanje). Ustavno sodišče se (v prisposodbi Minervine sove)⁵² pojavi šele po tem, ko so vsi sodni postopki že končani – in ko ima pred seboj vse (v predhodnih sodnih postopkih uveljavljene ter nato v razgibanem in polemičnem diskurzu razčlenjene) ustavnopravne argumente. Tak pristop vključuje novodobni lik sodnika – ki ni (več) dedukcijski Jupiter, tudi ne (samo) Dworkinov Heraklej, pač pa je Ostijev Hermes – razumljen v prisposodbi postopka, kot diskurza, v katerem sodeluje širok krog igralcev, kjer se poleg volje zakonodajalca v graditev pravnega pomena vključuje normativne stvaritve, izhajajoče iz drugih virov, kot so sodna praksa, običaji, mednarodne konvencije, splošna pravna načela, doktrina itd.,⁵³ in katerega rezultat je posledica intelek-

⁵⁰ Gl. op. 23.

⁵¹ R. Alexy, *On Balancing...*, str. 439. Najmočnejši argument zoper Habermasov očitek, da je tehtanje arbitrarno in nepremišljeno, je prav njegov koncept idealne govorne situacije (katere približek je sodni postopek kot celota).

⁵² B. M. Zupančič je Heglovo idejo o nepredpisovalni naravi filozofije, ki lahko razume šele, ko je vsega konec, prenesel na ESČP – tudi to pride na prizorišče po tem, ko so vsi postopki že končani, ter jih opazuje od daleč, časovno odmaknjeno in zato s širše perspektive (*Owl of Minerva*, Eleven, Utrecht 2008).

⁵³ Prim. F. Ost, *Sodnika trije liki: Jupiter, Heraklej, Hermes* (prev. A. Kristan), *Revus*, 8, 2008, str. 89.

tualnega navora vseh sodelujočih, kjer je metoda tehtanja vsaj enakovredna subsumpcijski formuli in kjer se spori razrešujejo (in ne rešujejo).

3.3. Sklenitev tehtanja

Po tem, ko so ugotovljene in ocenjene vse pomembne okoliščine primera, ko je ocenjena stopnja utesnjevanja (prizadetosti, oškodovanja) ene pravice in stopnja pomembnosti zadovoljitve druge, s prvo tekmujoče pravice, sledi še zadnja faza tehtanja – presoja, ali pomembnost zadovoljitve druge pravice opravičuje utesnitev prve, in če, v kakšni meri. Na podlagi tehtanja oblikovano pravilo vstopi potem skupaj z bistvenimi okoliščinami življenjskega primera v subsumpcijsko fazo (ki je zaradi popolne prikrojitve pravila konkretnemu dejanskemu stanu samo navidezna): podreditev konkretnega dejanskega stanu oblikovanem (*ad hoc*) pravilu, ki ga tu pomeni praktična konkordanca – konkretno pravilo o načinu sobivanja obeh pravic.⁵⁴

4. Med racionalnim in iracionalnim

Opisan model reševanja kolizije enakovrednih pravic temelji na ideji utemeljitvenega modela ravnoteženja (in ki ustreza postopku argumentacije) – za razliko od decisionističnega modela (ki ustreza procesu odkritja), pri katerem rezultata tehtanja ni mogoče podvreči racionalni kontroli. Utemeljiten, obrazložiten model razlikuje med miselnim procesom, po katerem je treba dati prednost eni od pravic, ki sta si v konfliktu, in njegovo utemeljitev, argumentacijo, ki jo je mogoče podvreči razumni kontroli.⁵⁵ Res je, da rezultat tehtanja na podlagi ocene intenzivnosti omejevanja ene pravice in stopnje pomembnosti zadovoljitve druge ne pripelje vselej do popolnoma racionalne odločitve (take, za katero bi stali racionalni, ali bolje, eksaktno prepričljivi argumenti – da bi odločitev lahko prepoznali kot razumno, mora biti takó, se pravi razumsko tudi utemeljena; lahko rečemo, da je posamezna odločitev sodišča toliko racionalna, kolikor so taki njeni, v obrazložitvi pojasnjeni razlogi). Tudi je res, da tehtanje ne pripelje nujno samo

⁵⁴ Šolsko poučna je 13. točka obrazložitve odločbe Up-636/07 z dne 17. 1. 2008.

⁵⁵ Prim. R. Alexy, *A Theory...*, str. 100, 101.

do natančno ene ustavnoskadne rešitve. Prav tako drži, da je pri odločanju vselej navzoča tudi moralna razsežnost (ker so človekove pravice pravni izraz vrednot, imajo močan etičen naboj),⁵⁶ in res je, da so pri sojenju, pri tehtanju pa še posebej vselej vključene tudi iracionalne prvine – intuicija, inspiracija, občutek za pravičnost, čustva, nazorska prepričanja.⁵⁷

Ampak sistem sodnih precedensov, v katerega je vgrajeno nenehno premišljanje in diskurzivno preverjanje njihove aplikabilnosti, aktualnosti in tudi pravilnosti – ne glede na to, ali gre za klasično, anglosaksonsko, se pravi neposredno učinkujočo doktrino *stare decisis*, ali za dejansko, posredno (preko splošnega načela enakosti pred zakonom) učinkujočo moč sodnih precedensov,⁵⁸ kot se je uveljavila v kontinentalnem pravem krogu, omogoča optimističen pogled. Tak sistem, ki je po eni strani stabilen in dosleden (kar sta vrednoti pravne predvidljivosti in varnosti precedens je mogoče spremeniti samo, če za to obstajajo *compelling reasons*), hkrati pa po drugi strani evolutiven, saj se nagiba k temu, da samega sebe koherentno dopolnjuje, izboljšuje in nadgrajuje – kar odseva zahtevo po pravem napredku, po razvoju prava in po odzivnosti prava na spreminjajočo se družbo in dejanske razmere ter odnose v njej. Pravo namreč raste iz dejstev, iz nenehno spreminjajoče se življenjske prakse – tudi vse velike kodifikacije niso nič drugega kot abstr-

⁵⁶ Če bi bilo že mogoče sprejeti idejo o primerljivosti vrednot znotraj moralnega diskurza, pa nikakor ni mogoče sprejeti teze, da so vrednote primerljive brez moralne argumentacije, se pravi argumentacije, ki med njimi vzpostavlja razmerja, hierarhijo in utemeljuje prioriteto. Brez moralnega diskurza pa ni mogoče dokazati, da so vrednote med seboj primerljive (S. Tsakyrakis, nav. delo, str. 474). To je najpomembnejši razlog, da omenjeni teoretik odklanja idejo tehtanja. Po njegovem tehtanje po principu sorazmernosti, ki ustvarja iluzijo nekakšne mehanične primerjave vrednot, podobno kot tehtanje jabolk in pomaranč, nosi v sebi nevarnost spregleda kompleksnosti moralne presoje, in še posebej kompleksnosti pravic – še bolj natančno: nagnjeno je k neupoštevanju dejstva, da vsebuje moralni univerzum ideje, ki jih preprosto ni mogoče kvantificirati, kar pomeni, da pri utemeljevanju odločitve o rezultatu tehtanja ostajajo prezrte (str. 475). Vendar avtorjev pomislek zbledi ob dejstvu, da je tudi moralno komponento odločanja mogoče (in treba) razumno argumentirati – intersubjektivno, se pravi na način »uvidnosti«, »preverljivosti«, »prepričljivosti«, predvsem pa tako, da je vrednostna sodba »konsenzualno sposobna« (prim. A. Kaufmann, Uvod v filozofijo prava (prevod V. Lamut), Cankarjeva založba, Ljubljana 1994, str. 224). S ciljem doseči čim večjo stopnjo razumnosti v pravni argumentaciji je Alexy izdelal formulo tehtanja, ki deluje po pravilih aritmetike – ne neposredno (kot preko pravil logike učinkuje subsumpcijska formula), pač pa posredno in analogno, z razlago in razumevanjem sodb prek števil (R. Alexy, *On Balancing...*, str. 444 in nasl.).

⁵⁷ Ali ni modrost, tako zaželeno lastnost sodnikov, obdana z intuicijo (M. Novak, *Three Models of Balancing* (in *Constitutional Review*), *Ratio Juris*, Vol. 23, št. 1, str. 104). O iracionalnih prvinah tehtanja gl. prav tam, str. 104–108. Gl. tudi S. Tsakyrakis, nav. delo, str. 473, kjer avtor povzema stališča J. Waldrona o intuitivni primerjavi vrednot – npr., ko je že na prvi pogled jasno, da bi vsaka razumna oseba dala prednost življenju nedolžnega otročička pred ohranitvijo nanj padajočega kipa.

⁵⁸ Prim. D. N. McCormick in R. S. Summers v: *Interpreting Precedens*, *A Comparative Study*, D. N. McCormick, R. S. Summers (ur.), Ashgate, Aldershot 1997, str. 543, 544.

hيران odgovor na življenje, *restatement* obstoječe jurisprudence (ki pa je prav zaradi tega, abstrakcije namreč, ločen od svojega bistva – v čemer tiči jedro tragedije kontinentalnega prava).⁵⁹ Kajti če naj bo učinkovito, nikoli ne sme biti ločeno od tistega, iz česar izvira, kar ureja in k čemur se vselej vrača, torej od svojega organskega bistva, ki ni nič drugega kot življenje samo v vsej svoji razsežnosti.

Tak pristop nakazuje rešitev največjega problema metode iskanja situacijske skladnosti človekovih pravic. Vsak primer argumentirane praktične konkordance, o katerem se je izreklo Ustavno sodišče in ESČP, pomeni nov prispevek k oblikovanju in racionalizaciji meril in standardov, na podlagi katerih se išče in vzpostavlja ravnotežje v nadaljnjih primerih kolizij – in je s tem nov prispevek k pravni predvidljivosti. Več ko je (pravilno izbranih) precedensov, jasnejša in bolj predvidljiva postajajo merila tehtanja, bolj se oži prostor iracionalnemu, tisto, kar se je prej morda zdelo iracionalno, pa postaja racionalno. Zahteva, naj bodo merila tehtanja razumna, je namreč načelo, torej zahteva s pogojno stopnjo uresničljivosti, kar pomeni, da je odvisno od konkretnih razmer in okoliščin (najbolj pa od sodnika – ki je merilo vsega pravnega) – torej uresničljivo v večji ali v manjši meri. Z vsakim novim (pravilno izbranim in pravilno utemeljenim ter razloženim) precedensom se ta mera povečuje. Ne nujno v svojem izvirno epistemološkem smislu, gotovo pa v argumentabilnem. Vstop iracionalnega v tehtanje ni in nikoli ne bo povsem izključen – že zato, ker smo sodniki samo človeška bitja, v katerih se prepletata tako racionalno kot iracionalno, in zato, ker je vsaka posamezna praktična konkordanca neponovljiv življenjski primer, pa tudi, ker niti neskončno število rešenih primerov (in z njimi oblikovanih meril in standardov za iskanje ravnotežja pravic) ne more zapreti že po njihovi naravi odprte teksture načel.

Verjamem pa, da spoštovanje izročila doktrine *stare decisis* in zahteva po razumni argumentaciji vzpostavljenega konkretnega sožitja (praktične konkordance) dveh (prej med seboj sprtih) pravic odseva misel, da prav racionalnost zahteva, da se tudi z iracionalnim ukvarjamo racionalno,⁶⁰ kar tu razumem kot prizadevanja po razumno nadzorovanem vstopanju nerazumnega v sodno

⁵⁹ Tako B. M. Zupančič, *Erga omnes*, Kakšna bo prihodnost za Evropsko sodišče za človekove pravice, Predavanje na Ustavnem sodišču Republike Slovenije, februar 2011.

⁶⁰ A. Kaufmann, nav. delo, str. 218.

odločanje. Gotovo so pri iskanju prave rešitve dobrodošle inspiracija, intuicija, modrost, občutek za pravičnost. Vendar samo, če so te (iracionalne) komponente odločanja dekodirane v razumno argumentacijo. Postopku odkritja mora vselej slediti postopek argumentiranja (legitimiranja), ki rezultat navdiha podvrže razumni kritični kontroli. Navdih je samo služabnik in ne vladar sodnikove pameti.