



NOVA
UNIVERZA

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na Evropskem sodišču za človekove pravice

Jernej Letnar Čerňič

Article information:

To cite this document:

Letnar Čerňič, J. (2018). Ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na Evropskem sodišču za človekove pravice, Dignitas, št. 49/50, str. 284-306.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/49/50-16>

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

Ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na Evropskem sodišču za človekove pravice

Jernej Letnar Černič

1. Uvod

Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) nadzoruje spoštovanje Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju EKČP) v sedemindesetih državah Sveta Evrope, ki jih Konvencija pravno zavezuje. EKČP je v osnovi »ustavni instrument evropskega javnega reda«.¹ Enako je EKČP v pritrdilnem ločenem mnenju v zadevi *Fischer v. Avstrija* opisal tudi sodnik Jambrek.² ESČP zato deluje kot nekakšno evropsko ustavno sodišče. Sistem Evropske konvencije o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah je najbolj učinkovit in uspešen sistem za varstvo človekovih pravic na svetu. Bolj uspešen ali vsaj enako učinkovit sistem za varstvo človekovih pravic zamažimo na vseh drugih celinah. Vsebina EKČP je takšna, kot so jo v sodbah in ločenih mnenjih napolnili in opredelili sodniki. EKČP varuje večje število človekovih pravic, kot jih izhaja iz besedila Evropske konvencije in njenih protokolov, ki je bila sprejeta v začetku petdesetih let prejšnjega stoletja. Že iz sodbe v zadevi *Tyrer v. Združeno kraljestvo* izhaja, da je EKČP »živ instrument, ki ga je potrebno razložiti v luči današnjih razmer«.³ Čeprav iz besedila EKČP izhajajo samo državljanske in politične pravice, pa je ESČP že večkrat razsodilo, da EKČP posredno varuje tudi večino ekonomskih in socialnih človekovih pravic.

Ljudje, ki besedilo členov Evropske konvencije razlagajo in oblikujejo na osnovi razmer v vsakokratni evropski družbi, so sodniki ESČP. Sodniki oblikujejo vsebino EKČP kot »živ mehanizem« v

¹ *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)* A 310 (1995); 20 EHRR 99 at para.75.

² Sodnik P. Jambrek v *Fischer v. Austria* A 312 (1995); 20 EHRR 349.

³ *Tyrer v. United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, para. § 31, »a living instrument which must be interpreted in light of present-day conditions«.

sodbah in tudi v pritrdilnih ter odklonilnih ločenih mnenjih. EKČP je normativni dokument za varstvo človekovih pravic najvišje veljave, poleg tega pa tudi politični dokument, ki vsebuje številne odprte pravne pojme. Takšne pravne pojme pa lahko razlagajo le ljudje – sodniki, ki odločajo v konkretnih primerih z različno ravno znanja in izkušenj. Prav zato je širši slovenski in evropski javnosti pomembno predstaviti in analizirati ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na Evropskem sodišču za človekove pravice, saj do sedaj takšne priložnosti še ni bilo.

V prispevku analiziramo ločena mnenja slovenskega sodnika na Evropskem sodišču za človekove pravice, dr. Petra Jambreka, ki je v obdobju med letoma 1993 in 1998 opravljal delo prvega slovenskega sodnika na Evropskem sodišču za človekove pravice. V prispevku se osredotočamo na ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na ESČP, ne iz kakršne koli osebne afinitete, ampak zato, ker strokovne prispevke o delu sodnika Jambreka na ESČP zaman iščemo. V večji meri pa tudi zato, ker se slovenska pravna stroka, z redkimi svetlimi izjemami,⁴ iz različnih razlogov ne ukvarja s proučevanjem ločenih mnenj sodnikov ustavnega sodišča ter sodnikov ESČP.

Po kratkem uvodu v drugem delu ugotavljamo pomen ločenih mnenj v sodni praksi ESČP. V tretjem delu preučujemo glavna modela sodniške uporabe prava, ki obsega aktivno in zadržano sodniško odločanje. V četrtem delu so predstavljena in analizirana izbrana ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na ESČP. Posebna pozornost je namenjena analizi ločenih mnenj v nekaterih pomembnejših zadevah, v katerih je sodnik Jambrek sam podal ločeno mnenje. Peti del obsega pogled v prihodnost pri podajanju ločenih mnenj ESČP v povezavi s prihodnostjo sodišča samega. V zaključku ugotavljamo, ali ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na ESČP sledijo klasičnemu ali attitudinalnemu modelu sodniškega uporabljanja prava. V nadaljevanju najprej obravnavamo pomen ločenih mnenj v praksi ESČP.

⁴ M. Novak, Med duhom in črko primera: nosilni, postranski razlogi in ločena mnenja, Podjetje in delo, 2004, št. 7; A. Teršek, Ločena mnenja – obogatitev pravnega mišljenja, Pravna praksa, 2007, št. 30, str. 8; K. Jaklič, Sodnikovo spogledovanje s cirkusom in samostanom: primerjalna analiza vrednostnih sistemov in procesa odločanja ustavnih sodnikov, Dignitas, št. 2, 1999.

2. Ločena mnenja v sodni praksi ESČP

Ločena mnenja so pomemben delček v mozaiku odločanja sodnikov na ESČP za človekove pravice. Ločena mnenja so *unikum* delovanja najvišjih domačih in mednarodnih sodišč, saj v marsičem ponujajo vpogled v njihovo zakulisno delovanje, predvsem v proces sodniškega odločanja. Pritrdilna ločena mnenja se strinjajo s sodbo, ne pa tudi z razlogi posameznih odločitev. Nasprotno pa odklonilna ločena mnenja nasprotujejo tako sami sodbi kot tudi razlogom za odločitve. Ločena mnenja, tako pritrdilna kot odklonilna, je že od začetka mogoče najti na ESČP oziroma njegovi predhodnici, Evropski komisiji za človekove pravice. Na ESČP razlikujejo med različnimi rezultati sodnega odločanja. Sodniške odločitve so lahko soglasne. Posamezni sodnik lahko poda pritrdilno ali odklonilno ločeno mnenje, delno pritrdilno ali delno odklonilno ločeno mnenje oziroma se hkrati delno strinja oziroma ne strinja. Več sodnikov lahko poda skupno odklonilno ali pritrdilno mnenje ali pa poda skupno delno pritrdilno oziroma delno odklonilno mnenje. Skupno je tako osem različnih možnosti, ki so lahko rezultat sodnega odločanja.

Sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice morajo biti obrazložene. Bolj natančno, 1. odstavek 45. člena EKČP določa, da morajo biti »sodbe kot tudi odločitve o sprejemljivosti ali nesprejemljivosti zahtev za obravnavo utemeljene«. Pravna podlaga za ločena mnenja sodnikov ESČP izvira iz 2. odstavka 45. odstavka EKČP, ki določa: »[Č]e sodba v celoti ali delno ne izraža soglasnega mnenja sodnikov, lahko vsak sodnik temu doda svoje ločeno mnenje.« Še bolj podrobno pravno podlago je mogoče najti v Pravilih sodišča, ki v 2. odstavku 74. člena določajo: »[V]sak sodnik, ki je sodeloval pri obravnavi primera, je upravičen, da sodbi priloži svoje ločeno mnenje, ki soglaša ali ne soglaša s sodbo, ali zgolj golo izjavo za nesoglasja.«⁵ Pravna podlaga je sodnikom omogočila, da so skozi leta uveljavili ločena mnenja kot običajni del delovanja Evropskega sodišča.

Evropski sodniki kot tudi drugi sodniki najvišjih sodišč s pomočjo ločenih mnenj odražajo svojo osebnost in vrednostno prepričanje ter usmerjenost. Ločena mnenja niso pravno zavezujoča, vendar so lahko v posameznih primerih etično zavezujoča.⁶ Sodni-

⁵ Pravila Evropskega sodišča za človekove pravice, 74 (2). člen.

⁶ Glej denimo T. Pavčnik, Ločeno mnenje, Pravna praksa, 2008, št. 12, str. 92.

ki lahko v ločenih mnenjih pojasnijo razloge, zaradi katerih so glasovali za sodbo večine, ki pa jih ni bilo mogoče obrazložiti v sodbi sami.⁷ Še bolj razumljiva je dopustnost ločenih mnenj pri sodnikih, ki niso glasovali za večinsko odločitev. V teh primerih je še primerneje, da se sodnikom dopusti obrazložiti vzroke, zaradi katerih so glasovali zoper sodbo. V odklonilnih ločenih mnenjih lahko sodniki prepričajo širšo pravno javnost v evropskem prostoru in drugod, da so razlogi za zavrnilno sodbo bolj prepričljivi od tistih, ki bi sodbi ugodili. Sodne odločitve, pri katerih je v posameznem primeru ugotovljena kršitev posameznega ali več členov EKČP, se na ESČP sprejemajo z glasovanjem oziroma s preglasovanjem. Vsebina odločitev ESČP pa mora temeljiti tudi na moči argumentov, ki jih vsebuje. V primeru, ko ni dobrih argumentov oziroma so »za lase privlečeni«, sodba ne bo pridobila precedenčne vrednosti in jo bomo hitro pozabili. V strokovno neprepričljivih sodbah lahko večji pomen pridobijo ločena mnenja, ki so dobro napisana in obrazložena. Sodbe so utemeljuje s strokovno prepričljivostjo in preglednostjo ter strokovno obrazložitvijo. Ločena mnenja so prav tako prepričljiva le takrat, ko so dobro obrazložena oziroma so bolj utemeljena in obrazložena kot sama sodba.⁸

Strokovna utemeljitev in prepričljiva ločena mnenja lahko pripomorejo k doseganju treh osnovnih ciljev: bolj poglobljeno sodno odločanje znotraj sodišča in med samimi sodniki v prihodnosti, razumevanje sodnega odločanja zunaj sodnega senata, lahko so izhodišče za nadaljnjo sodno razpravo v strokovni javnosti. Prvič, prepričljiva ločena mnenja lahko prepričajo sodniške kolege, da se bodo v podobnih primerljivih zadevah drugače odločili. Še več, sodniki, ki pripravijo odklonilno ločeno mnenje, lahko »pripomorejo k temu, da se njihovo pravno stališče v prihodnosti iz manjšinskega spremeni v večinsko«.⁹ Ločena mnenja tako lahko pripomorejo k večji strokovni prepričljivosti sodnih odločitev in preglednosti, razumljivosti ter sprejemljivosti sodnih argumentov. Drugič, ločena mnenja ponujajo vpogled v notranje delovanje sodišča, ki je običajno skrito očem javnosti. Sodno odločanje zaradi ločenih mnenj postane bolj pregledno in odgovorno, saj so sodniki neprestano podvrženi strokovnemu preverjanju njihovega od-

⁷ Glej M. Novak, Med duhom in črko primera: nosilni, postranski razlogi in ločena mnenja, *Podjetje in delo*, 2004, št. 7, str. 1039.

⁸ Glej denimo A. Teršek, Ločena mnenja – obogatitev pravnega mišljenja, *Pravna praksa*, 2007, št. 30, str. 8.

⁹ C. Ribičič, Ločena mnenja in varstvo človekovih pravic, *Pravna praksa*, 2006, št. 42, str. 22.

ločanja. Tretjič, kakovostna in strokovna ločena mnenja so lahko izhodišča za strokovno razpravo o posameznih vprašanjih oziroma so lahko iniciativa za spremembo zakonske ali ustavne ureditve. Ločena mnenja imajo prednosti pred kolektivnim sodniškim odločanjem brez ločenih mnenj.

Ločena mnenja so pomembna tudi za legitimiranje odločanja evropskih sodnikov in splošno za uresničevanje in zagotavljanje legitimnosti delovanja ESČP. Zagotavljajo legitimnost institucionalnega odločanja na ESČP in legitimnost delovanja ter odločanja posameznih sodnikov. Ločena mnenja pa seveda ne morejo biti sama sebi namen, saj zanje velja enako kot za sodbe: če so ločena mnenja strokovno šibka in neprepričljiva, je bolje, da jih sodniki ne napišejo. V ločenih mnenjih bodoči pritožniki lahko najdejo argumente, ki lahko pripomorejo h končnemu uspehu postopka pred sodiščem. Legitimnost ločenega mnenja je odvisna od njegove logičnosti in argumentiranosti ter ne od sodbe kot celote.

Znotraj evropskega sodišča so nekateri sodniki zelo nenaklonjeni pisanju ločenih mnenj, ker naj bi le-ta omejevala odločitev večine sodnikov. Vendar je tradicija ločenih mnenj na ESČP zelo dolga in bogata. Vsekakor pa drži, da sodnik s pisanjem in objavo ločenega mnenja pred sodniki in predvsem pred široko strokovno javnostjo prevzame veliko odgovornost.

Strokovnjaki so do sedaj opravili že kar nekaj študij o ločenih mnenjih na Evropskem sodišču za človekove pravice.¹⁰ White in Boussiakou sta preučevala ločena mnenja na Evropskem sodišču med leti 1999 in 2004 in svoje ugotovitve predstavila v t. i. Leicesterski študiji.¹¹ Ugotovila sta, da je »približno 25 odstotkov vsebinskih strasbourških sodb soglasnih, 15 odstotkov vsebuje vsaj eno ločeno mnenje, in 60 odstotkov vsebuje vsaj eno pritrdilno ločeno mnenje«. ¹² Odklonilna ločena mnenja sta našla v 211 zadevah.¹³ Rivièrè je v svoji študiji podobno ugotovil, da so sodniki od začetka delovanja sodišča do 31. septembra 1998 podali 908 loče-

¹⁰ F. J. Bruinsma and M. de Blois, *Rules of Law from Westport to Wladiwostok. Separate Opinions in the European Court of Human Rights* (1997) 15 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 175; J. Bruinsma, »The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chamber of the ECHR (1998-2006)«, (2008) *Ancilla Juris* 32; E. Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, International Organization (2007) 61, 669; F. Rivièrè, *Les opinions separees des juges a' la cour europeenne des droits de l'homme* (Brussels: Bruylant, 2004).

¹¹ R.C.A White in I. Boussiakou; *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review*, 9 (2009), str. 37–60.

¹² Prav tam, str. 53.

¹³ Prav tam, str. 52.

nih mnenj v vsebinskih sodbah.¹⁴ Na drugi strani Voeten ugotavlja, da je 900 od 6749 sodb v obdobju med letom 1955 in 30. junijem 2006 vsebovalo vsaj eno ločeno mnenje.¹⁵

Šturm zagovarja stališče, da je kritika »toliko bolj učinkovita, kolikor bolj se opira na stvarne argumente in kolikor manj pene na ustih ima posamezni kritik. Zaradi tega je toliko bolj pomembno, da so [...] odločitve temeljito in izčrpno obrazložene.«¹⁶ Če sodne odločbe niso natančno obrazložene, lahko k pojasnjevanju konteksta sodniškega odločanja pripomorejo tudi pritrdilna ali odklonilna ločena sodniška mnenja. Ločena mnenja med domačimi in evropskimi sodišči se razlikujejo. Mavčič denimo opaža, da je »med odločitvami ustavnih sodišč, ki se praviloma sprejemajo v Evropi, in med angloameriškim tipom odločitve, bistvena razlika. Prve sprejema 'brezosebno' sodišče kot tako, medtem ko pri drugih pridejo posamezni sodniki osebno do izraza.«¹⁷ ESČP je nekje vmes med kontinentalnim in anglosaškim sistemom odločanja. Še posebej so ločena mnenja pogosta na tistih sodiščih, ki sama odločajo, katere zadeve bodo sprejela v obravnavo, kot na primer ameriško Vrhovno sodišče, kjer skoraj v vsaki konkretni zadevi vsak od devetih sodnikov sodbi priloži svoje pritrdilno ali odklonilno ločeno mnenje.¹⁸

Razlogi, zakaj sodniki na ESČP oblikujejo ločena mnenja, niso docela jasni. Ločena mnenja lahko zasledujejo naslednje funkcije: 1. Sodnik želi v svojem mnenju opozoriti na pomanjkljivosti zakonske ureditve ali na napačno razlago sodišč. 2. Sodnik zgolj sporoča svoje mnenje o določeni zadevi, ker se ne strinja z razlogi odločitve ali s samo odločitvijo. 3. Sodnik napiše mnenje zaradi negativne dinamike znotraj senata, ker želi jasno in odločno povedati, da se ne strinja z odločitvijo večine. 4. Sodnik želi usmeriti delovanje sodnih kolegov ali kolegov nižjih sodišč. 5. Sodnik želi odločitve večine obrazložiti natančneje, kot mu dovoljuje prostor v sodbi, in pojasniti razloge, ki v sodbi morda niso bili dobro obrazloženi. 6. Sodnik želi upravičiti neko vrednostno odločitev, ki izhaja iz sodbe. Verjetno je mogoče najti še več razlogov, da člo-

¹⁴ F. Rivièrè, *Les opinions separees des juges a' la cour europeenne des droits de l'homme* (Brussels: Bruylant, 2004, str. 25, citirano v R.C.A. White in Boussiakou, str. 47).

¹⁵ E. Voeten, str. 684, citirano v R.C.A. White in Boussiakou, str. 53.

¹⁶ L. Šturm, *Omejitev oblasti: ustavna izhodišča javnega prava*, Ljubljana: Nova revija, 1998.

¹⁷ A. Mavčič, *Ločeno mnenje v ustavnem sojenju*, Pravna praksa, 1992, št. 254, str. 17.

¹⁸ Glej denimo P. J. Cooper, *Battles on the Bench, Conflict Inside the Supreme Court*, University Press of Kansas (1995).

vek napiše ločeno mnenje. White in Boussiakou tako ugotavljata, da »je sodni temperament tisti, ki odloča obseg, v katerem sodnik doda svoje lastni glas k sodbi s pritrdilnim ali odklonilnim ločenim mnenjem. Sodni temperament oblikujejo sodnikove predhodne izkušnje in vrednostni sistem, ki ga sodnik vključi v njegovo sodno odločanje. Slednje kaže na pluralizem, strpnost in široko miselnost, za katere je Sodišče že večkrat zapisalo, da so značilnosti demokratične družbe.«¹⁹ Sodni temperament naj bi bil tisti, ki sodnika prepriča, da poda ločeno mnenje. Iz študije White in Boussiakou pa ne izhaja, da bi predhodne izkušnje sodnikov iz domačih okolij pogojevale vsebino pritrdilnih in odklonilnih ločenih mnenj. Izkušenj in običajev iz domačih pravnih redov pa seveda ni mogoče kar tako izključiti iz razlogov za takšno ali drugačno vsebino ločenih mnenj. Kljub temu pa Arold ugotavlja, da »pravna kultura na ESČP premaga različnosti med posameznimi državami in pravnimi redi« ter da se morajo na novo prihajajoči sodniki prilagoditi pravni kulturi ESČP.²⁰

Iskanje normativnih odgovorov na različna vprašanja, ki prihajajo pred ESČP, lahko pripomore k sestavljanju mozaika družbene zavesti in moralne ter pravne odgovornosti tudi v slovenskem javnem prostoru, kar naj pripomore k izgradnji večjega dostojanstva slovenske države. Sodbe in ločena mnenja lahko ugotavljajo, ali v širšem evropskem prostoru obstajajo temeljna pravna načela, ki so skupna vsem udeležencem tako v domači kot v mednarodni družbeni skupnosti. V šestdesetih letih delovanja je ESČP doživelo veliko sprememb in prilagajanj. V začetku njegovega razvoja ločena mnenja niso bila preveč dobrodošla, vendar so se v naslednjih desetletjih, ko so sodniki postali bolj odprti za javno izražanje različnih stališč, razširila in razvila.

3. Aktivno in zadržano sodniško odločanje

V ločenih sodniških mnenjih, ne samo na Evropskem sodišču, je zanimivo preučevati in analizirati vrednostne sisteme evropskih sodnikov. Pri sodnem odločanju razlikujemo med aktivnim in zadržanim sodniškim odločanjem (*judicial activism v. judici-*

¹⁹ White in Boussiakou, str. 59.

²⁰ N. L. Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2007).

al restraint).²¹ Klasični model uporabe prava pomeni, da sodnik tehnično izpelje svojo odločitev neposredno iz pravnih pravil. Uporabljanje prava je le tehnično opravilo, ko se pravna pravila uporabijo na konkretnem primeru. Takšna uporaba prava ne dopušča pomislekov o pravičnosti oziroma nepravičnosti posameznega pravnega pravila, saj zadostuje, da je takšno pravilo formalnopravno veljavno. Sodnikovo subjektivno prepričanje in njegove izkušnje pri njegovem odločanju nimajo nobene vloge. Vse, kar je pomembno, je neposredna tehnična uporabnost pravnih pravil.

Drugi model v večji meri sledi vrednostnemu prepričanju posameznega sodnika, ki pri sodniškem odločanju odloča vedno subjektivno. Jaklič ugotavlja, da je »sodnik v veliki meri ideološki akter (*ideological actor*). Soočen s pravnim vprašanjem, lahko vedno izbere tisto odločitev, ki bi jo sprejel, če bi sam bil ustavodajalec.«²² Jaklič utemeljuje, da »pravo nima lastne moči, da bi sodnika v kaj prisililo; služi zgolj kot *post hoc* sredstvo za prikrivanje sodnikovega vrednostnega prepričanja.«²³ Subjektivno oziroma izkustveno dojetje prava ima tako prednost pred golo uporaba prava, saj »dejanska navezanost na pravne vire [...] omogoča, da se preko procesa odločanja v ustavni red prenesejo preference sodnikov.«²⁴ Sodniško odločanje tako ni podrejeno le spoštovanju in uporabi formalnopravnih virov, ampak tudi subjektivnemu in vrednostnemu pristopu pri uporabi prava. Aktivni pristop sledi prepričanju, da so pravna pravila notranje povezana s pravičnostjo. Kljub temu pa se postavlja tehtno vprašanje oziroma dilema, kako delovati, kadar zakon ali zakonska pravna norma ne sledi pravičnosti oziroma kadar ji neposredno nasprotuje oziroma jo zanika. Radbruch rešuje takšno dilemo tako, da utemeljuje: »[Č]e zakoni zavestno zatajijo voljo do pravičnosti, in na primer ljudem samovoljno zagotavljajo ali odrekajo človekove pravice, potem ti zakoni niso veljavni. Narod jim ne dolguje poslušnosti in v tem primeru morajo tudi pravniki zbrati pogum, da jim odrečejo pravni značaj.«²⁵ Zakoni, ki ne sledijo pravičnosti, izgubijo naravo prava. Vsebinsko nepravičen zakon torej ni pravo, temveč zgolj vsebinska nepravič-

²¹ P. Mahoney, *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, *Human Rights Law Journal*, 1990, 11. str. 66–68.

²² K. Jaklič, *Sodnikovo spogledovanje s cirkusom in samostanom: primerjalna analiza vrednostnih sistemov in procesa odločanja ustavnih sodnikov*, *Dignitas*, št. 2, 1999, str. 113.

²³ Prav tam, str. 114.

²⁴ Prav tam.

²⁵ G. Radbruch, *Filozofija prava*, Študijska izd., Cankarjeva založba (Zbirka pravna obzorja; 16), Ljubljana, 2001, str. 267.

nost v formalnopравни preobleki.

Če izvedemo temeljito in poglobljeno analizo vseh vrednot, ki jih zasledujeta oba pristopa, lahko presodimo, da imata oba prednosti in slabosti, vendar se zdi, da attitudinalni model vsebinsko sledi načelu pravičnosti, ki ni odmaknjeno od vsakdanjega življenja in upošteva tudi izkustva sodnikov in njihovo znanje. Vsak sodnik prihaja v sodno dvorano z različnimi izkušnjami in znanjem, zato tudi sodniško odločanje ni uniformno, ampak se razlikuje od sodnika do sodnika.

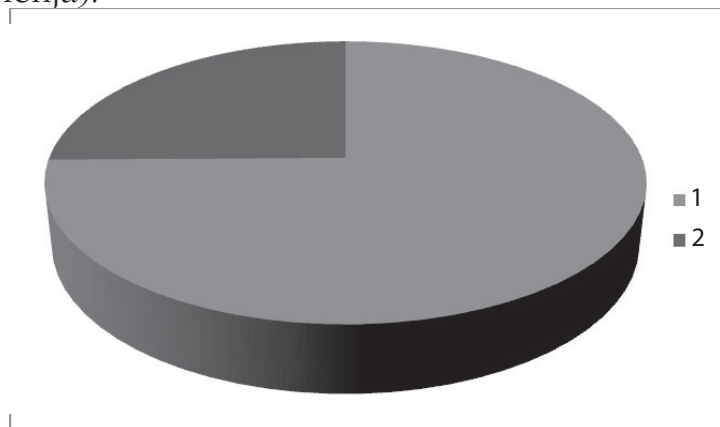
4. Ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na ESČP

Peter Jambrek, prvi slovenski sodnik na Evropskem sodišču za človekove pravice, je pri njem deloval med leti 1993 in 1998, ko je še delovala Evropska komisija za človekove pravice, ki je kot poseben organ opravljala predhodni pregled dopustnosti pritožb. Pravno podlago za podajanje ločenih mnenj v času delovanja Evropske komisije je bilo mogoče najti v 1. odstavku 31. člena statuta Evropske komisije za človekove pravice, ki je določal: »[Č]e (sodniki) ne dosežejo rešitve, sestavi komisija poročilo o dejstvih ter oblikuje svoje stališče o tem, ali ugotovljena dejstva kažejo na to, da je prizadeta država prekršila svoje obveznosti po tej konvenciji.« V poročilu se lahko navedejo mnenja vseh članov komisije. 2. odstavek 51. člena pa je glede odločitev Evropskega sodišča za človekove pravice določal: »[Č]e sodba v celoti ali delno ne izraža enotnega mnenja sodnikov, lahko vsak sodnik poda svoje ločeno mnenje.« Evropska komisija je 1. 11. 1998 ukinila Protokol št. 11 k Evropski konvenciji o človekovih pravicah.

V času delovanju sodnika Jambreka so na ESČP veljale posamezne specifičnosti, ki so se v naslednjem desetletju spremenile. V tem obdobju sodniki še niso bili stalno prisotni v Strasbourgu, saj so tja prihajali le enkrat mesečno za teden dni. Tako je sodnik Jambrek lahko istočasno opravljal funkcijo ustavnega sodnika in evropskega sodnika, kar danes ni mogoče. Sodnik Jambrek je v času delovanja na ESČP sodeloval pri odločanju v sto petnajstih zadevah. Ločena mnenja je podal v devetindvajsetih zadevah, pri čemer je v devetnajstih zadevah podal odklonilno ločeno mnenje, v devetih zadevah pa pritrdilno mnenje. V zadevi *M. S. v. Švedska* je podal tako odklonilno kot pritrdilno ločeno mnenje, zato smo

to mnenje šteli tako med pritrdilne kot odklonilne zadeve. Na sliki 1 je prikazano, da je sodnik Jambrek podal ločeno mnenje v več kot četrtini zadev, v katerih je sodeloval pri sodniškem odločanju.

Slika 1: Delež ločenih mnenj sodnika Jambreka (št. 2: ločena mnenja).



Velik delež ločenih mnenj glede na skupno število vseh zadev implicitno prikazuje sodnikovo prepričanje, da mora dejavno sodelovati pri sodniškem odločanju, predvsem v primerih, ko je potrebno in upravičeno podati tudi ločeno mnenje. V Tabeli št. 1 so poimensko prikazane vse zadeve, v katerih je sodnik Jambrek podal ločeno mnenje.

Tabela št. 1: Ločena mnenja prvega sodnika na Evropskem sodišču.

Pritrdilna ločena mnenja	Odklonilna ločena mnenja
Guerra in drugi v. Italija (2. člen)	McCann in drugi v. Združeno kraljestvo (2. člen)
Osman v. Združeno kraljestvo (2. člen)	H. L. R. v. Francija (3. člen)
Chahal v. Združeno kraljestvo (3. člen)	Ribitsch v. Avstrija (3. člen)
Bellet v. Francija (6. člen)	Murray v. Združeno kraljestvo (28.10.94) (5. člen)
Mantovanelli v. Francija (6. člen)	Aerts v. Belgija (5. člen)
Maillard v. Francija (6. člen)	Balmer-Schafroth in drugi v. Švica (6. člen)

M. S. v. Švedska (8. člen)	Twalib v. Grčija (6. člen)
Grigoriades v. Grčija (10. člen)	Omar v. Francija (6. člen)
Lehideux in Isorni v. Francija (10. člen)	Süssman v. Nemčija (8. člen)
Fischer v. Avstrija (Protokol 7, 4. člen)	M. S. v. Švedska (8. člen)
	Valsamis v. Grčija (9. člen)
	Tolstoy v. Združeno kraljestvo (13.7.95) (10. člen)
	Zana v. Turčija (10. člen)
	Bowman v. Združeno kraljestvo (10. člen)
	Schoepfer v. Švica (10. člen)
	Vogt v. Nemčija (11. člen)
	Gustafsson v. Švedska (11. člen)
	Mentes in drugi v. Turčija (50. člen)
	Loizidou v. Turčija (Protokol 1, 1. člen)
	Efstratiou v. Grčija (Protokol 1, 2. člen)

Večje število odklonilnih kot pritrdilnih ločenih mnenj lahko pojasnimo z dejstvom, da sodnik Jambrek v večini zadev, v katerih je soglašal z mnenjem večine in z odločitvijo sodnega senata in njeno obrazložitvijo, ni priložil ločenega pritrdilnega mnenja. Skupen pregled v Tabeli št. 1 pa prikazuje, da je sodnik Jambrek večkrat sodeloval pri pripravi odklonilnih ločenih mnenj, tako samostojnih kot skupnih. Sodnik Jambrek je pri pisanju ločenih mnenj izhajal s subjektivnega vrednostnega stališča. Razloge, da je pogosto pisal ločena mnenja oziroma se jim pridružil, lahko najdemo v vseh šestih razlogih, ki so bili predhodno omenjeni. Sodnik je opozarjal na pomanjkljivosti zakonske ureditve ali na napačno razlago domačih sodišč, sporočal je lastno mnenje o posamezni zadevi, podal je ločena mnenja zaradi negativne dinamike znotraj senata, pri čemer je želel jasno povedati, da se ne strinja z odločitvijo večine, usmerjal je bodoče delovanje sodnih kolegov ali kolegov nižjih sodišč, podal je temeljito obrazložitev sodbe in želel opravičiti vrednostno odločitev, ki iz sodbe izhaja. Verjetno je pri celotnem delovanju precejšnjo vlogo imel tudi sodniški temperament.

Pri delovanju ESČP zunanji opazovalec morda pričakuje, da se sodniki pri odločanju ločijo glede na geografsko območje evropskega kontinenta, iz katerega prihajajo. Z drugimi besedami, sodniki iz vzhodnoevropskih držav ali pa sodniki iz sredozemskih držav naj bi se združevali v zaključene geografske skupine in enako odločali, ker naj bi izhajali iz primerljivih kultur in tradicij njihovih družb. Vendar sodnik Jambrek takšne razdelitve na skupine ni opazal. Pri sodniškem odločanju se sodniki na ESČP niso delili v večje geografske skupine, razen morda sodniki iz nordijskih držav, ki izhajajo iz pravnih redov, ki temeljijo na podobnih oziroma enakih civilizacijskih vrednotah.²⁶ Nordijski sodniki so pomembno vplivali na sodnike iz baltskih držav. To je razumljivo, saj so baltski in nordijski sodniki celo stanovali v istem stanovanjskem kompleksu oziroma hotelu ter tako delili več kot le okroglo mizo v sodnem senatu. Sodnik Jambrek je večino sodeloval v senatu, ki ga je vodil norveški sodnik Rolv Risdall, ki je na ESČP deloval kar petindvajset let in je med leti 1985 in 1998 opravljal tudi funkcijo predsednika sodišča. Risdall je bil izrazito nenaklonjen pisanju ločenih mnenj, saj naj bi spodkopavala avtoriteto sodišč in zunanjim opazovalcem prikazovala, da pri sodniškem odločanju prihaja do razhajanj oziroma do osebnih zamer, ki bi lahko vplivale na odločanje.²⁷ V času delovanja sodnika Jambreka se je sodišče po interesnih preferencah delilo na sever in jug, čeprav na sejah senata ni bilo interesne delitve na konzervativne in napredne sodnike.²⁸ Prav tako ni bilo splošno opaziti delitve na zahodnoevropske in vzhodnoevropske sodnike, čeprav je bilo omenjeno delitev mogoče opaziti v zadevah, kot sta *Gustafsson v. Švedska* in *Vogt v. Nemčija*.²⁹ Na sejah senata je sodnik Jambrek bolj opazal delitev sodnikov po času prebitem ESČP na podlagi načela senioritete.

Sodnik Jambrek je 16 od 28 ločenih mnenj napisal oziroma postal samostojno brez sodelovanja kogarkoli med sodniki. V Tabeli št. 2 so prikazane zadeve, v katerih se sodnik pri pisanju mnenja ni pridružil nobenemu drugemu sodniku. V dvanajstih zadevah se je pridružil sodniškim kolegom oziroma je ločeno mnenje napisal skupaj z enim ali več sodniki. Pregled mnenj v tabeli prikazuje, da

²⁶ Pogovor s P. Jambrekom, 7. 2. 2011.

²⁷ Prav tam.

²⁸ Prav tam.

²⁹ Prav tam.

je sodnik Jambrek samostojno podal enako število pritrdilnih kot odklonilnih ločenih mnenj.

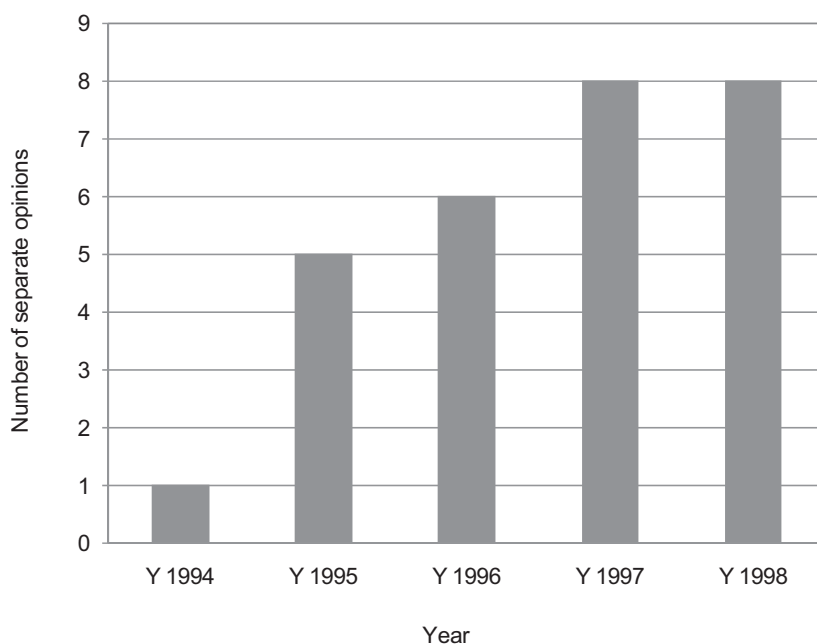
Tabela št. 2: Samostojna ločena mnenja prvega sodnika na Evropskem sodišču.

Pritrdilna ločena mnenja	Odklonilna ločena mnenja
Guerra in drugi v. Italija (2. člen)	H. L. R. v. Francija (3. člen)
Osman v. Združeno kraljestvo (2. člen)	Murray v. Združeno kraljestvo (28.10.94) (5. člen)
Chahal v. Združeno kraljestvo (3. člen)	Tolstoy v. Združeno kraljestvo (13.7.95) (10. člen)
Mantovanelli v. Francija (6. člen)	Schoepfer v. Švica (10. člen)
Maillard v. Francija (6. člen)	Vogt v. Nemčija (11. člen)
Grigoriades v. Grčija (10. člen)	Gustafsson v. Švedska (11. člen)
Lehideux in Isorni v. Francija (10. člen)	Mentes in drugi v. Turčija (50. člen)
Fischer v. Avstrija (Protokol 7, 4. člen)	Loizidou v. Turčija (Protokol 1, 1. člen)

Zanimiv je pregled razdelitev mnenj sodnika Jambreka po letih, kot je prikazano na sliki 2. Razvidno je, da je število ločenih mnenj naraščalo sorazmerno s številom delovnih let na ESČP. V prvih letih ni podal veliko ločenih mnenj, medtem ko jih je v zadnjih letih delovanja vsako leto podal po osem.

Iz statistike ločenih mnenj sodnika Jambreka lahko vidimo, da je bil zelo dejaven pri podajanju tako pritrdilnih kot odklonilnih ločenih mnenj. Večino ločenih mnenj je podal samostojno, kar kaže na sodnikov subjektivni vrednostni sistem, da opozori na posamezno pereče vprašanje.

Slika št. 2: Ločena mnenja sodnika Jambreka na ESČP, razdeljena po letih.



Vzrok za manjše ali večje število ločenih mnenj lahko najdemo prav v sodnikovem subjektivnem vrednostnem sistemu, saj je sodnik pri pisanju upošteval tako svoje strokovno znanje kot tudi človeško vest. Sodnik Jambrek je v ločenih mnenjih sporočal prepričanja, mnenja, poglede in druge sodbe, s katerimi ni spodkopal večinskega odločanja v sodnem senatu, ampak ga je predvsem okrepil, da bi predstavil drug pogled na dejansko predmetno stanje. Seveda sodnikova odločitev ni nikoli odvisna le od subjektivnega vrednostnega sistema, ampak mora temeljiti na dejanskem stanju in formalnih pravnih virih. Prepričljivost obrazložitve ločenega mnenja vsakega sodnika se seveda razlikuje od primera do primera. V nekaterih zadevah sodnik že vnaprej sprejme odločitev in mu pravo služi le kot sredstvo za opravičevanje odločitve. Najbolj prepričljive pa so tiste sodniške odločitve in ločena mnenja, ki jih sodnik poda na osnovi analize pravnih argumentov brez predhodne opredelitve. V naslednjem poglavju analiziramo posamezna med pomembnejšimi mnenji sodnika Jambreka.

4.1. Obravnava in analiza pomembnejših odločitev sodnika Jambreka

V naslednjih vrsticah prikazujemo nekaj najpomembnejših zadev, v katerih je sodeloval sodnik Jambrek in podal ločeno mnenje, pritrdilno ali odklonilno. Izvedli smo pregled sodnikovih mnenj v šestih zadevah, ki so *Gustafsson v. Švedska*, *Vogt v. Nemčija*, *Guerra in drugi v. Italija*, *Osman v. Združeno kraljestvo*, *Tolstoy v. Združeno kraljestvo* ter *Grigoriades v. Grčija*. S pomočjo ločenih mnenj v teh zadevah smo izvedli kratko empirično analizo uporabe subjektivnega vrednostnega sistema.

Sodnik Jambrek je eno od svojih najobsežnejših ločenih mnenj napisal v zadevi *Gustafsson v. Švedska*. ESČP je presojalo, ali je prišlo do kršitve 11. člena EKČP, ki varuje pravico vsakogar, »da mirno zboruje in se svobodno združuje, vključno s pravico, da ustanavlja sindikate in se jim pridruži, da bi zavaroval svoje interese«.³⁰ Sodniki so v tej zadevi obravnavali tako pozitivno kot negativno dimenzijo svobode združevanja v sindikate, saj se gospod Gustafsson ni želel priključiti kolektivni pogodbi za njegov industrijski sektor. Večina sodnikov je razsodila, da Švedska ni kršila pravice do svobodnega združevanja. Pri obravnavanju zadeve na sodnem senatu je prišlo do razhajanj med takratnim predsednikom sodišča Rysdallom, ki je zagovarjal stališče, da ni prišlo do kršitve EKČP, in sodnikom Jambrekom, ki je zagovarjal nasprotno stališče. Sodnik Jambrek je zato podal samostojno delno odklonilno ločeno mnenje, v katerem je zagovarjal negativno stran svobode združevanja, ki pomeni, da nikogar ni mogoče prisiliti, da se pridruži posamezni kolektivni pogodbi. V ločenem mnenju je zapisal:

Prvič, ne zdi se, da je gospod Gustafsson z vztrajnim zavračanjem povezovanja sebe ali pri njem zaposlenih delavcev v švedski sistem kolektivnega pogajanja na kakršenkoli način posegal v pravice in svoboščine sindikata delavcev, ki delajo v hotelih in restavracijah ... Dejansko je bila ena izmed njegovih zaposlenih članica sindikata in je v tistem času javno izjavila, da so ukrepi nepotrebni, ker so bile pravice delavcev v restavraciji gospoda Gustafssona dobro varovane in spoštovane.³¹

³⁰ *Gustafsson v. Sweden*, (1996) 22 EHRR 409, 25. april 1996.

³¹ Prav tam, delno odklonilno mnenje sodnika Jambreka, 7. odstavek.

Sodnik Jambrek je svoje mnenje zaključil tako, da je poudaril, da je imela Kraljevina Švedska pozitivno obveznost, da sprejme ustrezne ukrepe, ki bodo gospodu Gustafssonu omogočili učinkovito uživanje negativne svobode združevanja. Jambrekovo mnenje še dandanes ostaja avtoriteta zato, ker človekova pravica do svobodnega združevanja v sindikate vključuje tako pozitivno kot tudi negativno komponento.

Enako pomembno je odklonilno ločeno mnenje sodnika Jambreka v zadevi *Vogt v. Nemčija*. V tej zadevi je pritožnica poučevala nemščino in francoščino v srednji šoli in je bila v delovnem razmerju za nedoločen čas. Gospa Vogt je bila članica Nemške komunistične partije, česar ni skrivala, in je večkrat javno predstavljala njeno dejavnost. Srednja šola jo je zaradi njenega nastopanja, neskladnega s pravili javnih uslužbencev, odpustila. Gospa Vogt je zato sprožila postopek pred nemškim sodiščem in kasneje pred ESČP, češ da ji je bila kršena pravica do svobode izražanja iz 10. člena EKČP. ESČP je razsodilo, da je bila odpoved delovnega razmerja gospe Vogt nesorazmerna kazen ter da je potrebno svobodo izražanja razlagati širše in da je bila v predmetni zadevi zato kršena. Sodnik Jambrek je odstopil od odločitve večine tako, da je podal odklonilno mnenje na temelju odnosa nemškega naroda do totalitarnih režimov. Sodnik Jambrek je zapisal, da bi morali sodniki dati večjo vrednost in prednost naslednjim elementom testa sorazmernosti:

- poseben položaj Nemčije v Zahodni Evropi od 1945 do 1990 z razdeljenim ljudstvom, meje z državami nekdanjega komunističnega bloka, zaradi česar je bila država izpostavljena in ranljiva glede na nacionalno varnost (vključno z obrambo demokratičnih vrednot), ozemeljsko celovitost in javno varnost;
- vloga komunistične partije kot sredstvo pri širjenju komunistične propagande v zahodni Nemčiji;
- dejavno politično udejstvovanje pritožnice od jeseni leta 1980 naprej;
- zadržan način, s katerim so nemški upravni organi presojali politično lojalnost;
- zapletene povezave med zasebnim življenjem v politiki in poklicnim življenjem v javni upravi;
- domača sodišča morajo imeti široko polje presoje pri obravnavanju zadev zaposlovanja javnih uslužbencev.

Zato se zdi, da so bili disciplinski ukrepi proti gospe Vogt sorazmerni in potrebni v demokratični družbi.³²

Sodnik Jambrek je v zadevi Vogt izhajal iz lastne subjektivne vrednostne izkušnje, utemeljene na zgodovinski izkušnji naroda, ki je večino prejšnjega stoletja trpel pod totalitarnimi nedemokratskimi sistemi. V tej zadevi je šlo za vrednostno nabito zadevo, ko je sodnik Jambrek imel jasno prepričanje o tem, kako pravično rešiti zadevo, zaradi česar je njegovo mnenje v zadevi bolj prepričljivo kot mnenje večine sodnikov, ki niso mogli izhajati iz lastne osebne izkušnje življenja v totalitarnem sistemu. Pri tem je zlasti poudaril prepletenost javnega in zasebnega življenja v totalitarnih sistemih, saj le-ti želijo nadzirati oziroma nadzirajo vse pore družbenega življenja v posamezni družbi.

Sodnik Jambrek je v pritrdilnem ločenem mnenju v zadevi *Guerra in drugi v. Italija* glede delovanja italijanske vlade, ki ni obvestila prebivalcev o možnosti morebitnega onesnaženja okolja s strani tovarne, zapisal, da imajo države pozitivno obveznost, da obvestijo prebivalce o morebitnih okoljevarstvenih tveganjih. Pri tem je zapisal, da »mora taka pozitivna obveznost vključevati pravico lokalnih prebivalcev, ki so lahko potencialne žrtve industrijskih nevarnosti, da zahtevajo, da jim posebne vladne agencije sporočijo in objavijo podatke in dokaze o onesnaževanju okolja. Če vlada iz neupravičenih razlogov ne ravna skladno s tako zahtevo, potem bi se morala takšna odpoved šteti za enakovredno vmešavanju v varstvo svobode izražanja.«³³ Sodnik Jambrek je v odklonilnem mnenju izhajal iz vrednostnega uporabljanja prava in širokega razumevanja pravic, varovanih v EKČP, pri čemer je poudaril, da imajo države pri uresničevanju EKČP tako negativne kot tudi pozitivne obveznosti.

ESČP je v zadevi *Osman v. Združeno kraljestvo* presojalo, ali je država kršila svojo pozitivno obveznost, da učinkovito varuje posameznikovo pravico do življenja iz 2. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah.³⁴ *Osman v. Združeno kraljestvo* je zadnja

³² Vogt v. Nemčija, Series A, No. 323 (1995) 21 EHRR 205, odklonilno mnenje sodnika Jambreka, 8. odstavek.

³³ Guerra in drugi v. Italija (1998) 26 EHRR 357, 19. 2. 1998, odklonilno ločeno mnenje sodnika Jambreka.

³⁴ Osman v. Združeno kraljestvo (23452/94) [1998] ECHR 101 (28. 10. 1998). Vsebinsko zasnovo za pritrdilno ločeno mnenje sodnika Jambreka je v tej zadevi pripravil profesor Pieter van Dijk, pogovor s P. Jambrekom, 7. 2. 2011.

zadeva, pri kateri je sodnik Jambrek sodeloval pri sodnem odločanju na ESČP. Sodnik Jambrek je v pritrdilnem ločenem mnenju zapisal, da bi moralo:

sodišče bolj široko razlagati pojem »civilnopravne pravice in obveznosti«, kot ga je razlagalo v tem primeru in v svoji sodni praksi na splošno, pri čemer bi se moralo Sodišče prepričati, ali pravica obstaja v domačem pravnem redu na podlagi notranjega prava – v tem primeru pravica, ki izhaja iz splošne odškodninske odgovornosti zaradi malomarnosti, ali dolžnost skrbnega ravnanja policijskih organov. Edini pogoj za priznanje, da je pravica priznana kot »državljska« pravica in s tem zagotavlja prosilcu dostop do domačih sodišč na podlagi 1. odstavka 6. člena, bi bil, da je sporna pravica v domačih pravnih redih priznana kot individualna pravica v okviru splošne svobode posameznika. V tem kontekstu bi pravica vsakogar do poštenega sojenja varovala tudi posameznika v razmerju do državnih organov.³⁵

V tej zadevi je sodnik Jambrek uporabil široko razlago 1. odstavka 6. člena EKČP, ki izhaja iz osebnega vrednostnega sistema, ki kaže na razumevanje EKČP kot živega organizma in ne kot mednarodne pogodbe, ki je zakopana v času, ko je bila sprejeta. Iz slednje zadeve sledi, da je potrebno pravice in obveznosti razlagati široko.

Verjetno ena najbolj kontroverznih zadev, če že ne najbolj razvpita, pri kateri je sodnik Jambrek sodeloval, je zadeva *Tolstoy v. Združeno kraljestvo*. ESČP je v tej zadevi razsodilo, da je Združeno kraljestvo kršilo 10. člen EKČP o svobodi izražanja, ker so njena sodišča pritožniku izrekla nesorazmerno kazen za poseg v čast in dobro ime lorda Aldingtona. Pritožnik je namreč v svoji knjigi zapisal, da je lord Aldington odgovoren za izročitev slovenskih in drugih beguncev v taborišču Vetrinj na avstrijskem Koroškem slovenskim partizanom, ki so potem te begunce izvensodno usmrtili. ESČP pa ni ugotovilo tudi kršitve 1. odstavka 6. člena EKČP, ki varuje pravico do poštenega sojenja. Sodnik Jambrek je zato v delno odklonilnem ločenem mnenju zapisal, da bi moralo sodišče ugotoviti tudi kršitev 1. odstavka 6. člena EKČP:

³⁵ Prav tam. Pritrdilno mnenje sodnika Jambreka, 2. odstavek.

7. V vsakem primeru menim, da pritožbeno sodišče ni bilo upravičeno zavrniti prošnje pritožnika za podaljšanje roka za štirinajst dni za plačilo varščine (glej 18. odstavek sodbe). Interesi pritožnika pri vlaganju njegove pritožbe odtehtajo razloge pritožbe sodišča za zavrnitev takšne prošnje. [...] Spoštljivo se ne strinjam z večino, da pritožnik ne bi mogel zbrati več denarja, če bi mu bilo dano več časa (64. odstavek sodbe). Iz pritožnikove prošnje za podaljšanje roka je implicitno izhajalo, da je bil pripravljen priskrbeti varščino oziroma si zanjo vsaj prizadevati, vendar mu pritožbeno sodišče ni dalo realnih možnosti, da dokaže, da bi bil sposoben pridobiti zahtevano vsoto, če bi imel na voljo več časa.³⁶

8. Zaradi teh razlogov sem prišel do drugačnega zaključka kot večina. Ne glede na dejstvo, da je bila zadeva v veliki meri obravnavana na pritožbenem sodišču, je država presegla polje svoje proste presoje, s čimer je nesorazmerno posegla v pravico pritožnika do dostopa do sodišča v smislu 1. odstavka 6. člena EKČP. Zato menim, da je prišlo do kršitve 1. odstavka 6. člena EKČP.³⁷

Sodnik Jambrek je v zadevi *Tolstoy v. Združeno kraljestvo* uporabil širšo razlago prostega dostopa do zakonitega in neodvisnega sodišča. Hkrati je ponovno izhajal iz osebne zgodovinske izkušnje, ki je bila drugim sodnikom zaradi nepoznavanja dejstev dobrodošla. Podaljšanje roka za predložitev varščine bi torej sledilo temeljnemu načelu poštenega sojenja.

Sodnik Jambrek je v pritrdilnem ločenem mnenju v zadevi *Griгорiades v. Grčija* glede uresničevanja svobode izražanja zapisal:

5. Obrekovanje vojske lahko seveda objektivno vpliva na vojaško disciplino. Iz tega razloga naj bi bila vojska zaščitena pred žalitvami, katerih cilj je očrniti njen javni ugled in ki zato lahko ogrozijo izpolnjevanje njenih funkcij. Po drugi strani vojska, kot tudi druge državne institucije, ne bi smela biti absolutno zaščitena pred kritiko. Prav tako dopustne kritike o pomembnih vprašanjih ne bi smel preprečevati strah pred morebitno kaznijo ...

6. Strinjam se tudi, na splošno, z logiko ameriškega »zažiganja

³⁶ Tolstoy Miloslavsky v. Združeno kraljestvo (1995) 20 EHRR 44.

³⁷ Prav tam.

zastave«, kjer javni interes ne upravičuje vladnega vmešavanja v simbolična dejanja preziranja ameriške zastave. [...] Simboličen govor, ki žali celo nacionalne simbole, po mojem mnenju zasluži varstvo v skladu z 10. členom Konvencije, kadar vladno vmešavanje ni sorazmerno in nujno v demokratični družbi.³⁸

Sodnik Jambrek je v tej zadevi zagovarjal širše polje svobode izražanja posameznika nekako skladno s stališči ameriškega Vrhovnega sodišča. Svobodo izražanja je potrebno razlagati na široko in jo omejiti le, ko spodbuja k neenakopravnosti, razpihuje sovraštvo in nestrpnost ter spodbuja k nasilju in vojni. Hkrati pa je potrebno dopustiti potrebno in razumno kritiko delovanja državnih organov.

4.2 Nekaj misli o vsebini ločenih mnenj sodnika Jambreka

Iz predstavljenih izbranih šestih ločenih mnenj je razvidno, da sodnik Jambrek ne izhaja iz klasičnega sistema uporabe prava, ko sodnik uporablja le formalne pravne vire, da razreši konkretno situacijo. Jambrek sledi attitudinalnemu modelu, ki daje prednost subjektivnemu vrednostnemu prepričanju sodnika. Pri tem je iz ločenih mnenj v zadevah *Gustafsson v. Švedska* in *Tolstoy v. Združeno kraljestvo* razvidno, da je sodnik Jambrek bližje attitudinalnemu pristopu, ki vključuje načelo pravičnosti v uporabljanje prava. Iz zadeve *Vogt v. Nemčija* izhaja, da ima sodnikovo subjektivno vrednostno prepričanje ključno vlogo pri razumevanju dejanskega stanja, razlaga in uporabi pravnih pravil. Sodnik ni tovarniški stroj, ki deluje po vnaprej programiranem načrtu oziroma programu dela. Sodnik je človeško bitje, ki pri odločanju in pisanju ločenih mnenj izhaja iz osebnih prepričanj in stališč in seveda iz osebnih izkušenj, pa tudi iz izkušenj svojega naroda. Ločena mnenja sodnika Jambreka kažejo na dejstvo, da sodnik človekovih pravic v EKČP in z njimi povezanih državnih obveznosti ni razumel kot statičnih in negibljivih pojmov, ampak kot pravno odprte pojme, ki jih je potrebno v konkretnih primerih napolniti z vsebino, ki izhaja iz trenutnega življenjskega okolja in ne iz formalnopravne plasti. Iz večine ločenih mnenj sodnika Jambreka neposredno ali posredno izhaja prepričanje, da je potrebno človekove pravice

³⁸ Grigoriades v. Grčija, 25. 10 1997, odklonilno ločeno mnenje sodnika Jambreka.

razlagati široko in se izogibati njihovi restriktivni razlagi ali uporabi. Sodniki prihajajo v sodniški poklic z različnimi izkušnjami in znanjem. Vsak sodnik ima možnost, da pri sodnem odločanju in pisanju ločenih mnenj svoje znanje in izkušnje uporabi ali pa ne. Iz večine ločenih mnenj sodnika Jambreka izhaja, da si je v svojem sodniškem delovanju prizadeval določbe EKČP razlagati široko, kadar se je le dalo, v prid žrtvam kršitev človekovih pravic. Sodnik Jambrek se sam uvršča med konservativno-liberalne, mi pa ga lahko uvrstimo med sodnike, ki so obsežno znanje in izkušnje s pravo mero prenesli v sodno odločanje in so se izogibali formalnopravnemu uporabljanju prava, s čimer so omogočili bolj temeljito in poglobljeno sodno odločanje in hkrati razumevanje delovanja sodnih senatov na ESČP. Na osnovi celotnega pregleda njegovega delovanja lahko zaključimo, da ločena mnenja prvega slovenskega sodnika na ESČP sledijo v večji meri attitudinalnemu modelu sodniške uporabe prava.

5. Ločena mnenja in prihodnost Evropskega sodišča za človekove pravice

Ločena mnenja so eden od prepoznavnih znakov ESČP, zato na tem področju ni pričakovati sprememb. Bolj vprašljivo je, kaj bo s prihodnostjo ESČP kot edinstvenega regionalnega sodišča za varstvo človekovih pravic. Približno 90 odstotkov novih zahtev za obravnavo pred ESČP je nedopustnih, saj je polovica dopustnih pritožb ponavljajočih se zadev, i. e. zadev, v katerih je ESČP v primerljivih zadevah že odločilo. Prav zato se pojavljajo težave in zamude tudi pri delu Komiteja ministrov Sveta Evrope, ki skrbi za izvrševanje sodb Sodišča. Pri tem je potrebno tudi poudariti, da je Sodišče od leta 1959 v več kot 81 % sodb ugotovilo vsaj eno kršitev Evropske konvencije.

Eden od predlogov za zmanjšanje števila zahtev za obravnavo je, da se poveča učinkovitost pri presojanju (ne)dopustnosti zahtev za obravnavo ob uvedbi posameznih ukrepov: uvedba novega ločenega organa znotraj Sodišča, ki bi presojalo samo o (ne)dopustnosti zahtev za obravnavo, imenovanje dodatnih sodnikov v obstoječih sodnih senatih in prenos nekaterih pristojnosti na uslužbenca sodnega registra. Sodišče lahko izboljša jasnost in doslednost svoje prakse z naslednjimi ukrepi: enotna in striktna uporaba meril o dopustnosti in pristojnosti sodišča; dosledna

uporaba in razlaga vsebinskih določb Evropske konvencije; zadostno pravno utemeljevanje in jasnost sodb, kar bi omogočilo reševanje osnovnih sistemskih težav; pravično zadoščenje. Noben od predlogov ne posega v pravico sodnikov pri podajanju ločenih mnenj. Potrebno pa bi bilo oceniti, v kolikšni meri višina pravičnega zadoščenja deluje kot spodbuda za vlagatelje zahtev za obravnavo.

Morebitna reforma Evropskega sodišča za človekove pravice ne sme poseči v temeljne pravice posameznikov do vložitve zahteve za obravnavo, kot tudi ne v pravico sodnikov, da podajo ločeno mnenje. Sodišče mora učinkovito, pošteno, dosledno in pregledno presojati dopustnost oziroma nedopustnost zahtev za obravnavo, ki bi jih moralo presojati na podlagi že obstoječih kriterijev. Sodišče bi sodbe moralo razglašati v razumnem roku, zlasti v primerih, ko je čas bistvenega pomena, ali v primerljivih primerih, ko je sodna praksa ESČP ustaljena in jasna. Sodišču je potrebno omogočiti ustrezne finančne in človeške vire, da bi lahko učinkovito opravljalo svojo nalogo. Poglavitno pa je, da se rešitve za trenutne težave poiščejo s preglednim sistemom obveščanja v javnosti.

6. Zaključek

Ločena mnenja so posebna značilnost sodnega odločanja najvišjih domačih in mednarodnih sodišč, ki posameznim sodnikom omogočajo, da bolj temeljito obrazložijo razloge, zaradi katerih so glasovali za oziroma zoper večinsko odločitev sodnikov. Na ESČP so ločena mnenja nepogrešljivi sestavni del sodniškega odločanja in predstavljajo vidik samostojnega delovanja posameznega sodnika znotraj sicer kolektivnega sodniškega organa. V ločenih mnenjih prihaja do izraza subjektivno vrednostno prepričanje sodnika, ki ne sme oziroma ne more izhajati preveč izrazito iz same sodniške odločitve. Ločena mnenja podajajo tako priložnost, da se bolje in bolj globoko obrazložijo razlogi za vsakokratno odločitev večine in seveda tudi razlogi zoper odločitev večine. Sodnik Jambrek je možnost podajanja ločenih mnenj izkoristil v velikem številu zadev, kar je bilo v času njegovega delovanja na ESČP bolj nenavadno kot ne. V ločenih mnenjih prav zato prihaja do izraza njegovo subjektivno vrednostno prepričanje. Sodnik Jambrek je pri odločanju in pisanju ločenih mnenj izhajal iz osebnega prepričanja in stališč ter seveda tako iz osebnih izkušenj kot iz zgo-

dovinskih izkušenj svojega naroda. Morda je njegovo samozave-stno prepričanje presenetilo marsikoga od sodniških kolegov, ki so prihajali iz pravnih redov z dolgo tradicijo varstva človekovih pravic in svoboščin. Vsekakor sodnik Jambrek na ESČP ni delo-val kot nekakšen prišlek iz nove članice Sveta Evrope, ampak kot izkušen strokovnjak na področju temeljnih človekovih pravic. To je bilo pomembno tudi za ugled novo nastale države slovenskega naroda.

V ločenih mnenjih je sodnik Jambrek določbe EKČP razlagal ši-roko v prid žrtvam kršitev človekovih pravic. Sodnik Jambrek sodi med sodnike, ki so svoje znanje in izkušnje prenesli v sodno od-ločanje in so se izogibali formalnopravnemu uporabljanju prava, s čimer so omogočili temeljito in poglobljeno sodno odločanje, hkrati pa tudi razlagali človekove pravice v korist pritožnikov, kjer je le bilo mogoče.