

BOŠTJAN M. ZUPANČIČ

**O EVROPSKEM SODIŠČU ZA ČLOVEKOVE PRAVICE**  
KRITIČNA RETROSPEKTIVA (1998–2019)

**LEXPERA®**



ZALOŽBA

LJUBLJANA 2020

# Predgovor k slovenski izdaji

*Inštitutu Evropske univerze,  
navdahnjenemu mestu Firenze,  
ki sta to knjigo omogočila ...!*

V veselje mi je – a ne zato, ker *je pesniku*, kot pravi Czesław Miłosz, *do tega, da bi bil slaven v lastni vasi* –, da je knjiga zdaj izšla tudi v slovensčini. Najprej je bila natisnjena v francoščini (Harmattan, 2018), nato v italijanščini (Lambert, 2019) in nazadnje v angleščini (Eleven Publishing, 2019). Prvi dve izdaji sta preveda angleškega izvirnika, za slovensko pa sem dodal podpoglavje o dokaznem pravu (4.10.7).

Besedilo je pisano tudi s pedagoškim namenom, in to s posebnim poudarkom, saj bodo na tem terenu stvari spreminjali, če jih bodo, samo mladi pravniki; starega psa novih trikov ni mogoče naučiti (*you can't teach an old dog new tricks*). Slovenski odvetniki bodo v knjigi našli kritiko nacionalnega (tukaj slovenskega) pravosodja, katerega zgrešene odločbe bi se morale znajti na Evropskem sodišču za človekove pravice v Strasbourgu (ESČP). Odvetniki se bodo morali tudi strezniti glede tega, kaj je pred ESČP sploh mogoče. To sem pojasnil v primerjavi z občim pravom (*common law*), v katerem pravosodni sistem deluje neprimerno bolje kot v Franciji, Nemčiji, Španiji itd. – in pri nas. V primerjavi obeh sistemov sem pokazal na nevraltične točke celinskega sistema – kot nekdo, ki se je na ESČP s tem ukvarjal osemnajst let. Tudi za sodnike bo knjiga zaradi tega najmanj poučna. Za pravne teoretike v Sloveniji, kolikor jih je, bi delo moralo biti izzivalno, provokativno –, kakor je za tiste, ki jo berejo v enem od omenjenih treh jezikov, tudi v Strasbourgu. Glede na pozni izid na te odzive še čakamo.

Na koncu samo še tole. Monografije o ESČP so zvečine nekritične evlogije strasbourškega dogajanja. »Outsiderjem«, ker nimajo internih informacij, kaj drugega niti ne preostane. Knjiga, ki jo imate v roki, pa je dosihmal edini zelo kritični »insiderski« prikaz tega, kar v tako imenovani strasbourški mašineriji škrta.

Ker ni bilo lahko sloveniti angleške pravne terminologije, se za prevod lepo zahvaljujem gospodu Blažu Babiču in za lekturo gospe Nuši Mastnak. Posebej se zahvaljujem Univerzitetnemu inštitutu v Firencah, ki mi je s štipendijo omogočil trimesečno delo v tem neverjetnem mestu. Firenze žarijo od posebne energije; brez njih te knjige ne bi bilo.

Boštjan M. Zupančič

Ljubljana, oktober 2019

# Kazalo

1	Predgovor . . . . .	19
2	Evropska konvencija o človekovih pravicah <i>in statu nascendi</i> . . . . .	23
3	V okvirih občega prava . . . . .	39
4	Dva načina pravnih razlag . . . . .	69
5	O občutku za pravičnost: <i>σπουδαίος</i> nasproti pravnim formalistom . . . . .	103
6	Pravice in pravna sredstva z njihovega postopkovnega vidika . . . . .	125
7	Vladavina prava, <i>Rechtstaat, Etat de Droit</i> . . . . .	141
8	Nepriustranskost odločanja in pristranskost odločitve . . . . .	149
9	Prvotna in drugotna pravila: obrat v Evropski konvenciji o človekovih pravicah . . . . .	163
10	Silogistični način sklepanja nasproti analognemu . . . . .	177
11	Logična prisila . . . . .	185
12	Razkorak med odločitvijo sodišča in pravimi <i>rationes decidendi</i> . . .	189
13	Kaj so človekove pravice . . . . .	203
14	Postopkovna pravna sredstva . . . . .	211
15	O pravicah in privilegijih: morala dolžnosti nasproti morali hotenja . . . . .	221
16	Pravica do zasebnosti in osebnotne pravice nasproti svobodi izražanja . . . . .	241
17	Smernice . . . . .	249
18	Pravica do življenja in pravna subjektiviteta zarodka ( <i>nasciturusa</i> ) .	261
19	Vzročnost . . . . .	287
20	Ne bis in idem ( <i>double jeopardy</i> , prepoved ponovnega sojenja) . . . .	299

21 Nepristranskost . . . . .	311
22 Kolaps normativne integracije. . . . .	325

# Podrobno kazalo

1	Predgovor.....	19
2	Evropska konvencija o človekovih pravicah <i>in statu nascendi</i> .....	23
2.1	Ameriški podvig.....	23
2.2	Soodvisnost demokracije in vladavine prava.....	24
2.3	Duh Konvencije.....	24
2.4	Nameni avtorjev Konvencije in ustanoviteljev Sodišča.....	25
2.5	Prihod novih sodnikov iz Srednje in Vzhodne Evrope .....	25
2.6	Ustavno sodišče Evrope? .....	26
2.7	Moralna vzvišenost zahodnoevropskih držav .....	27
2.8	Vzpon mednarodne sodne prakse .....	28
2.9	Kakovost sodne prakse ESČP.....	30
2.10	Sedeminštirideset piramid? .....	31
2.11	Zavezujoča narava sodb ESČP .....	33
2.11.1	<i>De facto</i> zavezujoča narava sodb ESČP.....	33
2.11.2	Zavezujoča narava sodb ESČP.....	34
2.11.3	Pilotne sodbe.....	35
2.11.4	Zavezujoča narava sodb nam pravzaprav ne pove, kako in na koga se zavezanost nanaša; načeloma tri možnosti.....	36
2.12	Preživele vrednote ( <i>residual values</i> ) .....	37
2.12.1	Socialnopsihološka pripomba .....	38
3	V okvirih občega prava .....	39
3.1	Uvod.....	39
3.2	Obče pravo in kontinentalna pravna tradicija: pravo sodnikov nasproti pravu zakonov .....	41
3.2.1	Prvič, obče pravo je pravo sodnikov .....	41

3.2.2	Drugič, podobni primeri bi morali biti odločeni enako ( <i>stare decisis</i> : podobni primeri se presojuje podobno): po objavi bi morale sodbe postati zavezujoči precedensi	41
3.2.2.1	Uvod	42
3.2.2.2	Obče pravo	43
3.2.2.3	Nevarnost samosklicevanja (samoreferenčnosti)	46
3.2.2.4	Kontinentalni pravni sistem	48
3.2.2.5	Nasprotnost dejstev in prava	49
3.2.2.6	Uzakonitev	53
3.2.2.7	Sklep	56
3.2.3	Tretjič, izračunljivost (predvidljivost) prava	58
3.2.4	Četrtič, <i>ex ante</i> in <i>ex post</i> oblikovanje prava	59
3.2.5	Petič, ali sodniki odkrivajo ali ustvarjajo pravo	60
3.2.6	Šestič, postopno (inkrementalno) nasproti trenutnemu ustvarjanju (odkrivanju) prava	62
3.3	Evropska konvencija o človekovih pravicah in Evropsko sodišče za človekove pravice v Strasbourg	63
3.3.1	Konvencija	63
3.3.2	Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP)	64
3.3.3	ESČP in obče pravo	65
3.3.4	Izjemen položaj kontinentalnega prava	67
3.4	Sklep	68
4	<b>Dva načina pravnih razlag</b>	69
4.1	Abstraktno in konkretno	70
4.2	Pravne opredelitve	71
4.3	Moč in popredmetenje pravnih pojmov	72
4.4	Vloga prava v razreševanju sporov	72
4.5	Heteronomna pravna razlaga	73
4.5.1	Formalna in konkretna pravičnost	74
4.5.2	Avtoritarni in protiavtoritarni pristopi sodnikov	75
4.5.3	Avtoritarni pravni formalizem	76
4.5.4	Čezmerna pojmovanja	78
4.6	Obče pravo: podobnosti med različnimi primeri	79
4.6.1	Hobbes	81
4.7	Ključni pomen odkrivanja resnice	82
4.8	Pravni formalizem in razreševanje sporov	83

4.8.1	Zaprtnost nasproti odprtosti ( <i>open textured vs. close textured</i> ) . . . . .	83
4.8.2	Rimsko pravo . . . . .	85
4.8.2.1	<i>Lex Rhodia de Iactu</i> . . . . .	85
4.8.2.2	Justinijan in njegov <i>Codex Iustinianus</i> . . . . .	86
4.9	Mejne težave pri izvajanju občega prava . . . . .	87
4.9.1	Odsotnost strateških poenostavitvev . . . . .	87
4.10	Norme in dejstva v dveh pravnih sistemih . . . . .	88
4.10.1	Pravni postopek . . . . .	88
4.10.2	Leibniz in njegove »monade« . . . . .	88
4.10.3	Kura in jajce . . . . .	89
4.10.4	<i>Qualification Juridique</i> (pravna kvalifikacija) . . . . .	90
4.10.4.1	Dostojevski . . . . .	91
4.10.5	Kaj so »dejstva« . . . . .	92
4.10.6	Zaznavanje in razumevanje . . . . .	93
4.10.7	Dokazno pravo kot integralni del »poštenega (in logičnega) sojenja« ( <i>fair trial</i> ) . . . . .	94
4.11	ESČP in ustavna sodišča po Evropi . . . . .	99
5	<b>O občutku za pravičnost: σπουδαίος nasproti pravnim formalistom</b> . . . . .	103
5.1	Uvod . . . . .	103
5.2	Avtonomno pravno sklepanje: predhodno vprašanje . . . . .	103
5.3	Pravni ekspertni sistemi . . . . .	104
5.4	Postopek »zavrženja« s strani sodnika posameznika . . . . .	106
5.5	Nazaj k pravnemu sklepanju . . . . .	107
5.6	Piaget in Kohlberg . . . . .	108
5.7	Odnos do oblasti . . . . .	110
5.8	Ločeno mnenje . . . . .	111
5.9	Ravnodušnost in dvoumnost . . . . .	116
5.10	<i>Spoudaios</i> (σπουδαίος) . . . . .	118
5.11	<i>Zhenren</i> . . . . .	122
5.12	Nazaj v tako imenovano »resničnost« . . . . .	123
6	<b>Pravice in pravna sredstva z njihovega postopkovnega vidika</b> . . . . .	125
6.1	Človekove pravice in njihova »esenca« . . . . .	129
6.2	»Živi instrument« ( <i>living instrument</i> ): Evropska konvencija kot tiha revolucija kontinentalnega prava . . . . .	132



6.2.1	Abstraktno in konkretno . . . . .	132
6.2.2	Interpretacija . . . . .	133
6.3	Zavezujoča narava sodnih odločb ( <i>the binding nature of judgments</i> ). . . . .	134
6.4	Koliko primerov . . . . .	136
6.5	Človekove pravice kot epifenomen . . . . .	137
6.6	Pojasnitev hipoteze: nekaj vmesnih sklepov . . . . .	138
6.7	Epistemološka metaanaliza . . . . .	138
<b>7</b>	<b>Vladavina prava, <i>Rechtsstaat</i>, <i>Etat de Droit</i></b> . . . . .	<b>141</b>
7.1	<i>Rechtsstaat</i> . . . . .	141
7.2	<i>L'État de Droit</i> . . . . .	142
7.3	Sodna ocena ustavnosti: <i>Marbury proti Madison</i> in ameriška vladavina prava. . . . .	142
7.4	Moč logike nasproti logiki moči . . . . .	142
7.4.1	Logika moči terja sodniško moč logike (in obratno) . . . . .	143
7.5	Prepričevalna moč pravnega sklepanja. . . . .	145
7.6	<i>Magna Carta Libertatum</i> (1215) . . . . .	145
7.7	Zavezujoča moč mednarodnih zakonodaj . . . . .	146
7.8	Neodvisnost sodne veje . . . . .	147
<b>8</b>	<b>Nepriustranskost odločanja in pristranskost odločitve</b> . . . . .	<b>149</b>
8.1	Kaj je nepristranskost . . . . .	149
8.2	Prenagljeno odločanje ( <i>praesudicium</i> ): primer <i>Ališič in drugi proti Sloveniji in Srbiji</i> . . . . .	150
8.3	<i>Kyprianou proti Cipru</i> . . . . .	158
<b>9</b>	<b>Prvotna in drugotna pravila: obrat v Evropski konvenciji o človekovih pravicah</b> . . . . .	<b>163</b>
9.1	Členi 8, 9, 10 in 11 Konvencije . . . . .	164
9.1.1	Člen 8 . . . . .	164
9.1.2	Test sorazmernosti. . . . .	164
9.1.3	Člen 9 . . . . .	165
9.1.4	Člen 10 . . . . .	166
9.1.5	Člen 11 . . . . .	171
9.2	Teoretična razprava . . . . .	172
9.2.1	<i>Pinto Coelho proti Portugalski</i> (2016) . . . . .	173
9.2.2	<i>Medipress-Sociedade Jornalística, LDA proti Portugalski</i> (2016) . . . . .	174
9.3	Sklep . . . . .	175

<b>10 Silogistični način sklepanja nasproti analognemu</b> . . . . .	177
10.1 Empirični dokaz: <i>Hic Rhodus, hic salta!</i> . . . . .	178
10.2 Študija primera: <i>Burden proti Združenemu kraljestvu</i> (2008) . .	178
10.2.1 Moje ločeno mnenje . . . . .	179
<b>11 Logična prisila</b> . . . . .	185
11.1 Logična prisila in sklepanje po analogiji. . . . .	186
11.1.1 <i>Argumentum a minori ad maius</i> . . . . .	186
11.1.2 <i>Argumentum ad absurdum</i> . . . . .	186
11.1.3 Argument »spolzkega pobočja« ( <i>slippery slope</i> ) in namensko pravno sklepanje (teleološka metoda) . . . . .	187
<b>12 Razkorak med odločitvijo sodišča in pravimi <i>rationes decidendi</i></b> . . .	189
12.1 Na splošno o intuiciji . . . . .	189
12.2 Pravna intuicija . . . . .	191
12.3 Občutek za pravičnost. . . . .	193
12.4 Škof Berkeley: pravno sklepanje <i>ex ante</i> in <i>ex post</i> obrazložitev	195
12.4.1 Bližanje odločitvi. . . . .	195
12.5 Primer privilegija zoper samoobtožbo ( <i>privilege against self-incrimination</i> ) . . . . .	197
12.6 Vloga pravne teorije. . . . .	198
12.7 Relevanten problem na ESČP: spolzko pobočje. . . . .	200
<b>13 Kaj so človekove pravice</b> . . . . .	203
13.1 Univerzalnost človekovih pravic? . . . . .	203
13.1.1 Zgodovinska ovira za rast nacionalne države . . . . .	203
13.2 Univerzalnost človekovih pravic . . . . .	204
13.3 Univerzalnost: materialna ali procesna? . . . . .	204
13.3.1 V rimskem pravu. . . . .	204
13.3.2 »Univerzalnost« profesorja Francka . . . . .	205
13.3.2.1 Spopad civilizacij. . . . .	206
13.3.3 Kulturne razlike ter zavezujoča moč ESČP in ustavnih sodišč. . . . .	206
13.4 Človekove pravice kot epifenomen . . . . .	208
13.4.1 Posameznik proti državi . . . . .	208
<b>14 Postopkovna pravna sredstva</b> . . . . .	211
14.1 Delno pritrdilno, delno odklonilno ločeno mnenje v <i>Lucà proti Italiji</i> (2001) . . . . .	211

14.1.1	II. del . . . . .	211
14.1.2	III. del . . . . .	213
14.2	Revolucionarna sprememba v pravnih sredstvih ESČP . . . . .	214
14.2.1	<i>Lucà proti Italiji</i> (ločeno mnenje – I. del) . . . . .	214
14.2.1.1	Delno pritrdilno mnenje – I. del . . . . .	215
14.2.2	Materialnopravno sredstvo: <i>Scozzari in Giunta</i> <i>proti Italiji</i> . . . . .	217
14.2.2.1	Douglas, Zidar, Chayes in Bultrini . . . . .	217
14.2.3	Postopki po primeru <i>Scozzari</i> . . . . .	218
<b>15</b>	<b>O pravicah in privilegijih: morala dolžnosti nasproti morali hotenja</b>	<b>219</b>
15.1	Uvod . . . . .	219
15.2	Pravica in pravno sredstvo . . . . .	222
15.3	Postopkovni okvir . . . . .	224
15.3.1	Primer rimskega prava . . . . .	225
15.4	Sodobno pravo . . . . .	226
15.5	Pravica in zakonitost . . . . .	227
15.5.1	Načelo zakonitosti v kazenskem pravu . . . . .	228
15.6	Privilegij . . . . .	229
15.7	Dva primera na ESČP . . . . .	230
15.7.1	<i>E. B. proti Franciji</i> : vpeljava ideje . . . . .	230
15.7.2	<i>Boulois proti Luksemburgu</i> : precedenčno nadaljevanje . . . . .	233
15.8	Akademsko vprašanje . . . . .	234
15.9	Skupni jezik . . . . .	235
15.10	<i>Majhen proti Sloveniji</i> . . . . .	236
15.11	Sklep . . . . .	237
<b>16</b>	<b>Pravica do zasebnosti in osebnotne pravice nasproti svobodi</b> <b>izražanja</b> . . . . .	<b>239</b>
16.1	Uvod . . . . .	239
16.2	Razumno pričakovanje zasebnosti . . . . .	239
16.2.1	<i>Olmstead proti Združenim državam</i> . . . . .	239
16.2.2	<i>Halford proti Združenemu kraljestvu</i> . . . . .	240
16.3	Osebnotne pravice in človekove pravice . . . . .	242
16.4	Rimsko pravo . . . . .	242
<b>17</b>	<b>Smernice</b> . . . . .	<b>247</b>
17.1	Dva » <i>Lucky Strike</i> « primera . . . . .	248
17.2	Imunski sistem državnega jedra . . . . .	251

17.3 ESČP se nagiba k ignoriranju drugega odstavka 10. člena EKČP . . . . .	253
17.4 Primer <i>Furst-Pfeifer proti Avstriji</i> . . . . .	254
<b>18 Pravica do življenja in pravna subjektiviteta zarodka (<i>nasciturusa</i>) .</b>	<b>259</b>
18.1 Uvod. . . . .	259
18.2 Zgodovina splava. . . . .	260
18.2.1 Starodavni viri . . . . .	260
18.2.1.1 Hamurabijev zakonik (1772–1771 pr. Kr.): šest določb glede splava. . . . .	260
18.2.1.2 Asirski zakonik iz Ašura (pribl. 1075 pr. Kr.): tri določbe. . . . .	261
18.2.1.3 Peteroknjižje po Talmudu (Stara zaveza): Eksodus, 5. stol. pr. Kr., vpliv izgnanstva v Babilonu, 2 Mz 21,22–23 . . . . .	261
18.2.2 Grki . . . . .	262
18.2.2.1 Hipokratova prisega (460–357 pr. Kr.) . . . . .	262
18.2.2.2 Platon (428–347 pr. Kr.) in Aristotel (384–322 pr. Kr.) . . . . .	262
18.2.3 Rimsko pravo: <i>nasciturus</i> kot pravni subjekt. . . . .	262
18.2.4 Srednjeveško pravo . . . . .	263
18.2.4.1 Gratian (1140): <i>Concordia Discordantium Canonum</i> , povzetek 4000 besedil . . . . .	263
18.3 Najsodobnejši razvoj . . . . .	264
18.3.1 Pravna subjektiviteta živali . . . . .	264
18.4 Sodobni pravni viri . . . . .	265
18.4.1 Primer na Vrhovnem sodišču ZDA, <i>Roe proti Wade</i> (1973) . . . . .	265
18.4.1.1 Primer <i>Roe proti Wade</i> razdeli nosečnost na tri obdobja . . . . .	266
18.4.2 Stališče nemškega ustavnega sodišča (1975) . . . . .	266
18.5 Mednarodno pravo . . . . .	267
18.5.1 Splošna deklaracija o človekovih pravicah (1948) . . . . .	267
18.5.2 Ameriška deklaracija o človekovih pravicah (1969) . . . . .	267
18.5.3 Evropska deklaracija o človekovih pravicah (1953) . . . . .	267
18.5.4 Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah (1966) . . . . .	268

18.5.5	Primer <i>Vo proti Franciji</i> (2005): <i>petitio principii</i> (zmota krožnega sklepanja) . . . . .	268
18.5.5.1	Dejstva . . . . .	268
18.5.5.2	Vsebina . . . . .	268
18.5.5.3	Izrek . . . . .	269
18.5.5.4	Ločeno mnenje sodnika Georga Ressa . . . . .	270
18.5.6	<i>Lambert proti Franciji</i> (2015) in pravna subjektiviteta neživega človeškega bitja . . . . .	271
18.5.6.1	Pravna subjektiviteta zarodka ali ploda . . . . .	273
18.5.7	Konvencija in Sodišče . . . . .	275
18.5.7.1	Razlage: evropska regionalna raven: ESČP o pravicah otroka . . . . .	275
18.5.7.1.1	Teleološka (namenska) razlaga . . . . .	275
18.5.7.1.2	Legitimni cilj . . . . .	276
18.5.7.1.3	Test sorazmernosti in test enakega varstva . . . . .	276
18.5.7.2	Povzetek . . . . .	276
18.5.8	Nedavni razvoj na mednarodnem nivoju ZN: <i>argumentum ad absurdum</i> . . . . .	278
18.5.8.1	Pregled pravnega <i>statusa quo</i> . . . . .	278
18.5.8.2	Mednarodni pakt ZN o državljanskih in političnih pravicah (MPDPP, ICCPR) . . . . .	278
18.5.8.2.1	Neizogibno splošno mnenje . . . . .	279
18.5.8.2.2	<i>Res ipsa loquitur</i> . . . . .	280
18.6	Sklep . . . . .	280
18.6.1	Prvič . . . . .	281
18.6.2	Drugič . . . . .	281
18.6.3	Tretjič . . . . .	282
18.6.4	Četrtrič . . . . .	282
18.6.5	Petič . . . . .	282
19	<b>Vzročnost</b> . . . . .	285
19.1	Uvod . . . . .	285
19.2	Statistični dokazi in skupinska tožba . . . . .	286
19.3	Očitavnost in obdolževanje ( <i>imputability and imputation</i> ) . . . . .	288
19.4	Je objektivna resničnost dosegljiva . . . . .	289
19.5	Malikovanje znanosti . . . . .	290
19.6	V iskanju resnice: inkvizitorno in kontradiktorno . . . . .	291
19.7	Tomaž Akvinski: <i>adequatio intellectus et rei</i> . . . . .	291

19.8	Deljena odgovornost ( <i>shared responsibility</i> ) . . . . .	292
19.9	Porota . . . . .	293
19.10	<i>Giuliani in Gaggio proti Italiji</i> ter problem abstraktne vzročnosti . . . . .	294
19.11	<i>Mastromatteo proti Italiji</i> . . . . .	295
<b>20</b>	<b><i>Ne bis in idem (double jeopardy, prepoved ponovnega sojenja)</i></b> . . . . .	<b>297</b>
20.1	Uvod . . . . .	297
20.2	Hkratnost kaznivih dejanj, idealna in resnična . . . . .	297
20.3	Logična slepa ulica . . . . .	298
20.3.1	Dialektika pravil in dejstev . . . . .	299
20.4	Dejstva . . . . .	299
20.4.1	Pirandello . . . . .	300
20.5	Značilnost historičnih dogodkov . . . . .	301
20.6	Obče pravo in prepoved ponovnega sojenja . . . . .	301
20.7	Primer <i>Zdeněka Sováka</i> . . . . .	302
20.8	Pomembni primeri iz ZDA . . . . .	302
20.9	Različne pravne inkriminacije . . . . .	305
20.10	Doktrina Lona Fullerja . . . . .	306
20.11	Dokazno breme ( <i>onus probandi</i> ) . . . . .	307
20.12	Zaključek . . . . .	307
<b>21</b>	<b>Nepriistranskost</b> . . . . .	<b>309</b>
21.1	Uvod . . . . .	309
21.2	Oblikovanje hipoteze (obtožba) . . . . .	309
21.3	Preiskava . . . . .	311
21.4	Nepriistranskost . . . . .	312
21.5	Sistemske prokrustovske nagnjenje . . . . .	315
21.6	Domneva nedolžnosti proti domnevi krivde . . . . .	315
21.7	Iskanje »resnice« . . . . .	317
21.8	Idealni tip kontradiktornega postopka . . . . .	319
21.9	Inkvizitorni model . . . . .	320
21.10	Zaključek . . . . .	321
<b>22</b>	<b>Kolaps normativne integracije</b> . . . . .	<b>323</b>
22.1	Kaj je normativna integracija . . . . .	323
22.2	Sprejeta pravila in delovanje družbe . . . . .	323
22.3	Sociološko . . . . .	324
22.4	Posamično . . . . .	324

22.4.1	Ojdipizacija . . . . .	324
22.4.1.1	Dečki . . . . .	325
22.4.1.2	Deklice . . . . .	325
22.4.2	Carole Pateman . . . . .	326
22.5	Univerzalnost ojdipovskega trikotnika . . . . .	327
22.6	Endokrinološki vidik . . . . .	327
22.6.1	Hormonski motilci . . . . .	328
22.6.2	Demaskulinizacija možganov . . . . .	329
22.7	Kako demaskulinizacija vpliva na normativno integracijo . . .	330
22.7.1	Opazno požensčenje moških . . . . .	330
22.7.2	Usodni učinek na identifikacijo z očetom . . . . .	331
22.7.3	Sprejem temeljnega razlikovanja med »prav« in »neprav« . . . . .	331
22.7.4	Kakšno vrsto morale bo sprejel fant . . . . .	332
22.8	Epidemija spolne neopredeljenosti . . . . .	333
22.8.1	Generacijsko kopičenje degeneracij . . . . .	333
22.9	Kolektivno zanikanje in politična korektnost . . . . .	334
22.9.1	Oče in sin . . . . .	334
22.10	Lacanova »Zakon« zdaj prihaja od žensk . . . . .	335
22.11	Spodkopavanje . . . . .	335
22.11.1	Vsiljivci . . . . .	336
22.12	Anomija . . . . .	337
22.13	Feminizem . . . . .	337
22.14	Bruno Bettelheim in »izzivljanje ojdipovskega konflikta« . . .	339
22.15	Poskus sklepa . . . . .	339
22.16	Napoved . . . . .	340
	<b>Imensko kazalo . . . . .</b>	<b>341</b>
	<b>Literatura . . . . .</b>	<b>347</b>
	<b>Sodna praksa . . . . .</b>	<b>359</b>

# 1 Predgovor

To knjigo sem napisal kot najstarejši »insajder« – po osemnajstih letih službovanja kot sodnik Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v Strasbourgu. Protokol XI k Evropski konvenciji o človekovih pravicah (EKČP) je utemeljil tako imenovano stalno »novo Sodišče«; vsi mi, novi sodniki smo nastopili svoj mandat 1. novembra 1998. Večina teh sodnikov je bila prej članov Komisije, razen nekaj izjem »starih sodnikov«. Slednji pa so bili po večini mednarodni odvetniki in niso bili ponovno izvoljeni v »novo Sodišče«. Nekateri izmed nas smo bili nekdanji sodniki, profesorji, odvetniki in celo diplomati.

Sam sem v teh neprijetnih osemnajstih letih bil bitko proti kontinentalnemu pravnemu formalizmu.<sup>1</sup>

Moji zgodnejši temelji so bili postavljeni dosti prej, tudi na Harvardu v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja. O njih sem kasneje, med službovanjem na Sodišču, pisal v knjigi *Minervina sova – eseji o človekovih pravicah*.

Omenjena bitka se je odvijala vseh osemnajst let, terjala pa je tudi vrsto ločenih, po večini odklonilnih mnenj. Že pred koncem mojega mandata na Sodišču sem jih zbral v knjigi *Minervine sovice – človekove pravice in praksa*

---

<sup>1</sup> Spopad se je začel že leta 1999, z znanim primerom *Selmouni proti Franciji*. Kot podpredsednik Odbora ZN proti mučenju (UN CAT) sem si bil pridobil znanja, ki so mi omogočila doseči prvo obsodbo proti eni od evropskih držav – in torej ne Turčiji – na podlagi 3. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP). *Selmouni proti Franciji* [VS], pritožba št. 25803/94, 28. julij 1991. Ta bitka se je odvila v velikem senatu, zato nisem bil dolžan pisati ločenega mnenja. ESČP je jasno, v 97. odstavku sodbe, sprejelo (recipiralo) vrhunsko opredelitev mučenja z uporabo 1. člena Konvencije ZN proti mučenju (CAT). 1. člen: »V tej konvenciji pomeni izraz »mučenje« vsako dejanje, ki osebi namenoma prizadane hudo bolečino ali trpljenje, ali telesno ali duševno, da bi se od nje ali koga drugega dobila obvestila ali priznanja ali da bi se kaznovala za dejanje, ki ga je storila sama ali kdo drug ali je zanj osumljena sama ali kdo drug, da bi se ustrašovala ali nanjo izvajal pritisk ali da bi se ustrašoval kdo drug ali nanj izvajal pritisk, ali iz kateregakoli drugega razloga, ki temelji na katerikoli obliki diskriminacije, če to bolečino ali trpljenje prizadeva uradna oseba ali kdo drug, ki nastopa kot oseba z uradnim statusom ali na njeno pobudo ali z njeno izrecno privolitvijo ali privolitvijo molče. [...]«



ESČP. Knjiga je svojevrstno pričevanje o moji bitki, vendar pa so ločena mnenja pisana *ad hoc casu* in niso dovoljevala širše in poglobljene teoretične obdelave.<sup>2</sup>

V tej knjigi se bom ukvarjal s slednjim, medtem ko sem se na Sodišču ukvarjal z uspehi, porazi in slavji, ko sem poskušal v sodno prakso ESČP vnašati predhodno dobro premišljena teoretična, *ne* mnenja, ampak prepričanja. Zaradi tega me je duhoviti Benedetto Conforti, prvi italijanski sodnik, poimenoval »*Sebastiano il contrario*« (»narobe Boštjan«). Šele kasneje v mandatu sem dobil nekaj priznanja, vendar nikoli od zahodnih sodnikov. Za nekatere izmed njih, je bila npr. moja izvolitev za predsednika pravi šok.<sup>3</sup> Obstoj predsodkov, malodane rasističnih, tako znotraj kot zunaj Sodišča, je bil najbolje potrjen v zloglasnem članku J. F. Flaussa.<sup>4</sup>

Izostritev teoretičnih ugotovitev in s tem gornjih prepričanj bi ne bila nikoli mogoča med službovanjem ali poprej v petih letih sojenja na Ustavnem sodišču Republike Slovenije –, pa tudi ne v osemnajstih letih sojenja na ESČP. Kot bi dejal E. M. Forster, je razkošje temeljitega razumevanja pridržano poučevanju:

---

<sup>2</sup> *The Owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Eleven Publishing, Utrecht, 2007, na voljo gratis na <https://docs.wixstatic.com/ugd/a060a3Qd0a305fa8bd494280c6339f49898886.pdf>, in *The Owlets of Minerva, Human Rights in the Practice of the European Court of Human Rights*, Eleven Publishing, Utrecht, 2011, dostopno na <https://docs.wixstatic.com/ugd/a060a32810c480b93e4df29869a136bdb431c9.pdf> (15. 10. 2017).

<sup>3</sup> Povedal bom direktno. V vseh petnajstih letih študija in profesure v Združenih državah kot Vzhodnoevropejec nikoli nisem občutil predsodkov, medtem ko so bila leta v Strasbourgu polna pokroviteljskih in podcenjevalnih incidentov. Paternalizem je oblika sadizma. Temu so botrovali tako zahodni sodniki kot celo nekateri zahodni uslužbenci sekretariata (*registry*). Spomnim se, da sem na neki točki izpostavil očitno pomoto pri uporabi formule »razumnega pričakovanja zasebnosti« (*reasonable expectation of privacy*), ki je izviral iz primera *Katz proti ZDA*, 389 U.S. 347 (1967). Šele točno trideset let kasneje je bila ta zelo pomenska besedna zveza omenjena, ampak spregledana, v primeru *Halford proti Združenemu kraljestvu*, pritožba št. 20605/92, 25. junij 1997, ko so angleški odvetniki, očitno vajeni Lexisa ali Westlawa (česar ESČP nikoli ni uporabljalo oziroma pravilno izkoristilo), na to računali v svoji vlogi. Pisec osnutka sodbe v primeru, vodilni kader sekretariata, tega izvora ni poznal, ampak je arogantno zavrgel moje pripombe, pri čemer ni razumel, da bi bil prav ta izraz najboljši argument v razsodbi ESČP. Mimogrede, ta formulacija je bila kljub njeni razlagalni moči šele pred kratkim, petdeset let po primeru *Katz proti ZDA*, uporabljena pri obravnavi primera glede zasebnosti, po 8. členu Konvencije. Glej *Bărbulescu proti Romuniji* [VS], pritožba št. 61496/08, 5. september 2017. Prvikrat sem jo sam vpeljal v pritrdilnem mnenju ob primeru *von Hannover proti Nemčiji*, pritožba št. 59320/00, 24. junij 2004. Kasneje so jo odvetniki uporabljali v številnih vlogah na Sodišče, ESČP pa je potrebovalo še naslednja desetletja (šteto po primeru *Hannover*), da je dojelo njen pomen.

<sup>4</sup> Glej *infra* opombo 10.

---

»Kako naj vem, kaj mislim, dokler ne slišim, kaj rečem ...« Kakorkoli, vse do danes so se kot najboljši sodniki izkazali prav nekdanji profesorji prava, saj je dobro znano, da dobrih generalov ne gre iskati v navadni pehoti.