

Nesoizmerljivost – kdaj so odločitve postale težavne?

Sebastjan Prosenc¹

POVZETEK

V članku predstavljamo problem nesoizmerljivosti v konfliktu človekovih pravic ali interesov na ustavni ravni oziroma na področju varstva človekovih pravic. Sodišča se nemalokrat znajdejo v zagati, ko morajo odločiti, kateri od konkurenčnih vrednot v konfliktu dati prednost in posledično utemeljiti odločitev o tem, kdaj je ukrep državne oblasti sorazmeren. Članek smo zasnovali s teoretičnimi stališči o ambivalentnosti človekovih pravic, opredelitve problema nesoizmerljivosti in refleksije problema na ravni ustavnega načela sorazmernosti. Proučevali smo možne načine rešitve problema in za primer analizirali dve sodbi ESČP o isti pritožbi, kjer je pomanjkanje kredibilnega merila privedlo do diametralno nasprotne odločitve sodišča pri instančnem odločanju. S pluralističnim pristopom proučevanja problema in z uporabo domačih ter tujih virov smo strukturirali paradigmo, na kateri smo z uporabo različnih metod kot so induktivno-deduktivna, komparativna metoda in metoda analize vsebine proučevali problem nesoizmerljivosti na konkretnem primeru iz sodne prakse ESČP. Raziskavo smo zaradi vsebinske omejitve omejili le na en primer sodne prakse in na splošno dostopne vire. Raziskava reflektira dokaj ozko in v teoriji prava, premajhne pozornosti namenjenemu področju proučevanja nesoizmerljivosti vrednot v konfliktu, kar ji nedvomno daje svoj del izvirnosti. S pričujočim člankom želimo na tem področju doseči preboj za nadaljevanje teoretičnega proučevanja. Uporabnost raziskave pričakujemo tudi na praktični ravni, zlasti skozi prizmo kritičnega pogleda na sodno prakso področja člove-

¹ Zaposlen na Sektorju za sistemsko usmerjanje in nadzor policije Direktorata za policijo in druge varnostne naloge MNZ RS, e-pošta: Sebastjan.Prosenc@gmail.com

kovih pravic, kadar se ta znajde na tako nepredvidljivem področju, kot je umanjkanje kredibilnega merila pri odločanju o uravnoteženju ustavnih vrednot v konfliktu.

Ključne besede: družbene vrednote, nesoizmerljivost, tehtanje, sistem vrednot

Incommensurability – when did the decisions become difficult?

ABSTRACT

The article presents the problem of incommensurability in the conflict of human rights or interests at the constitutional level and in the field of the protection of human rights. Courts often find themselves in a state of turmoil when they have to decide which of the competitive values in the conflict to give priority and, as a result, justify a decision as to when the measure of state power is proportionate. The article was conceived with theoretical views on the ambivalence of human rights, the definition of the problem of non-quantifiability and the reflection of the problem at the level of the constitutional principle of proportionality. We examined possible ways of solving the problem and analyzed two judgments of the ECHR on the same complaint, where the lack of a credible criterion led to a diametrically opposite decision of the court in instant decision-making. Using a pluralistic approach to studying the problem and using domestic and foreign resources, we have structured a paradigm where we use various methods, such as an inductive-deductive, comparative method, and a content analysis method to study the problem of non-quantifiability on a specific case from the ECHR case law. Due to the content limitation, the research discussed only one case study and generally available resources. The research reflects narrowly and in the theory of law, too little attention is devoted to the field of studying the non-measurability of values in conflict, which undoubtedly gives it its part of originality. With this article, we want to achieve a breakthrough in this field to continue the theoretical study. We also expect that this research will be useful at the practical level, especially through the prism of a critical view on the case law of

the human rights, when it finds itself in such an unpredictable field, such as the lack of a credible criterion in deciding on the balance of constitutional values in the conflict.

Keywords: social values, incommensurability, weighing, value system

Uvod

Pri iskanju pravičnosti, kot ideala pravnega odločanja, se zmeraj postavlja vprašanje kje se prva pravica konča in začne druga. Odgovore na to vprašanje so iskali že antični filozofi, in sicer z opredelitvijo pravičnosti kot nasprotja krivičnosti. Pravično naj bi bilo v skladu s sorazmerjem, krivično pa na bi sorazmerje kršilo, kar potemtakem predstavlja preveč ali premalo.² Odgovor na to vprašanje je z razvojem prava in pravne znanosti navrglo (splošno, pravno, ustavno) načelo sorazmernosti. Slednje predstavlja tehtanje med dvema nasprotujočima si pravicama ali interesoma v pravu.

Omenjeno načelo je v 19. stoletju prvič uporabilo Prusko Vrhovno upravno sodišče, pri presoji diskrecijskih pooblastil policijske oblasti.³ V zadnjih sto letih pa se je sedanja zaščitna vloga načela sorazmernosti razvila pod vplivom šole naravnega prava.⁴ Načelo sorazmernosti je neredko predmet presoje v sodni praksi ESČP, kot mednarodnega sodišča, ki odloča o kršitvah pravic držav podpisnic EKČP. Zato so zlasti pomembne določbe drugih odstavkov členov 8–11 EKČP, ki dopuščajo posege v varovane pravice na podlagi »nujnosti v demokratični družbi«.

USRS je načelo sorazmernosti izpeljalo iz 2. člena URS, ki RS opredeljuje kot pravno in socialno državo. Bistven je tudi tretji odstavek 15. člena URS, po katerem so človekove pravice⁵ omejene samo s pravicami drugih ter v primerih, ki jih določa URS. Zato mora dejanje javne oblasti, ki poskuša z omejitvijo neke človekove pravice doseči ustavno dopusten cilj, prestati preizkus sorazmernosti.⁶ Merila za presojo načela sorazmernosti je USRS utemeljilo

² Aristoteles, 2002 str. 162.

³ Šturm, 1998, str. 101.

⁴ Schwarze, 1992, str. 679.

⁵ Izraz človekove pravice uporabljamo kot enoten pojem za človekove pravice in temeljne svoboščine.

⁶ Wedam-Lukić, 2009, str.1350.

v eni svojih odločb, po kateri so kakršnekoli omejitve ustavnih pravic dopustne le, če je (i) poseg nujen, (ii) primeren in (iii) sorazmeren v ožjem smislu.⁷ Da je oblastni poseg v določeno ustavno varovano pravico dopusten, mora prestati presojo vseh treh testov sorazmernosti. Zato je treba pri presojanju nujnosti posega medsebojno tehtati pomembnost pravice v katero se posega in pomembnost pravice, ki se jo želi s tem posegom zavarovati. Sodišče to stori na način, da odmeri nujnost posega sorazmerno s težo prizadetih posledic. USRS dotaknilo tudi problema absolutnosti pravic in navedlo, da je dopusten zelo močan poseg v pravico le, če gre varovani pravici zaradi njenega pomena absolutna prednost. V nasprotnem primeru mora biti intenzivnost posega ene pravice v drugo sorazmerna, tako da sta vzajemno omejeni ena z drugo oziroma uravnoteženi.

Človekove pravice in njihova ambivalentnost

S stališča prevladujoče doktrine človekovih pravic naj bi te pripadale človeku že po njegovi naravi. Zaradi svoje univerzalnosti pripadajo sleherniku, in države so jih dolžne priznavati ter varovati. V Evropi so se prve teorije o človekovih pravicah pojavile v 12. stoletju in šele nekaj stoletij pozneje se je v okviru evropske novoveške in pravno filozofske misli začela razvijati moderna doktrina človekovih pravic.⁸ Človekove pravice predstavljajo vrednostno podobo in jedro demokratične politične morale zahodnega sveta.⁹ Zato se vse demokratične države s svojimi ustavnimi pravnimi akti zavezujejo k spoštovanju človekovih pravic. K temeljnim dokumentom varstva človekovih pravic prištevamo v evropskem prostoru zlasti SDČP, EKČP in LEUTP. Če preletimo le prve člene omenjenih aktov ugotovimo, da je v samem ospredju človekovo dostojanstvo,¹⁰ ki ga opredeljujejo pravica do življenja, osebne celovitosti, prostosti in pravice, ki prepovedujejo suženjstvo, prisilno delo, mučenje, nečloveško ali ponižujoče ravnanje itn. Čeprav nihče zares ne ve, kaj je človekovo dostojanstvo,¹¹ je moč ugotoviti, da ga koncipirajo prav človekove pravice. V naštetih aktih opredeljene pravice predstavljajo družbeno varovano dobrino, ki jo je

⁷ USRS Odločba U-I-137/93, 2. 6. 1994, B. točka obrazložitve.

⁸ Cerar, 2002, str.: 18–19.

⁹ Svetlič, 2010, str. 83.

¹⁰ Glej 1. člen SDČP in LEUTP.

¹¹ Zupančič, 2009, str. 24.

država podpisnica dolžna priznavati in varovati. Zaradi ambivalentnosti človekovih pravic, je mogoč njihov medsebojni konflikt in takrat jih je, zaradi njihovega hkratnega uveljavljanja, potrebno uravnotežiti. Zgodi se lahko, da sta v konfliktu pravica do življenja in pravica do prepovedi mučenja. Pravici sta v konfliktu, ker ščitita nasprotni interese, kot je varstvo življenja ugrabljenih oseb (žrtve) in prepoved mučenja ugrabitelja (osumljenca), da bi policistom izdal kje se žrtev nahaja.¹² Takrat je v ambivalenco pravic vgrajen konflikt,¹³ ki ga potrebno uravnotežiti. Zato se sodišče znajde pod težo presoje sorazmernega oblastnega posega v pravice posameznika. Povedano drugače, sodišče mora ugotoviti polje prekrivanja pravic v konfliktu in odločiti v kolikšni naj se uveljavi ena pravica, da ne bo prekomerno posegla v drugo ali jo celo izničila (izvotlitev pravice).

Nesoizmerljivost kot umanjkanje kredibilnega merila

Nesoizmerljivost se v filozofiji opredeljuje kot problem sprejemanja paradigmatičnih težavnih odločitev. Te so težko sprejemljive ali zaradi naše nevednosti ali nesoizmerljivosti vrednot ali neprimerljivosti alternativ. Težke so, ker se alternative, ki so na razpolago za izbiro pojavljajo v paru. Sicer so primerljive, vendar ena ni boljša od druge oziroma sta obe enako dobri. Omenjeno je mogoče ponazoriti na primeru izbire odločitve med dvema alternativama, ko je (i) ena alternativa v nekaterih relevantnih vidikih boljša, (ii) druga je boljša v drugih relevantnih vidikih in (iii) nobena od njiju ni toliko boljša, kot je druga v celotnem obsegu. Če ni kardinalne lestvice, kot je recimo korist od kariere, s katero je mogoče izmeriti dve vrednoti, kot sta intelektualno zadovoljstvo in finančna varnost, potem med njima ni videti razumne razlike. Zato ni možno trditi, da je intelektualno zadovoljstvo, ki ga lahko dobite s tem, da ste postali filozof 1,18-krat večje ali 10-krat večje od finančne varnosti, ki bi jo dosegli v primeru, da ste postali odvetnik. Ker za kariero ne obstaja univerzalna lestvica enot se zdi kot, da ne moremo izbirati med njima in sklepali bi lahko, da je racionalnost stvar maksimiranja posamičnih enot določene vre-

¹² Prim. ESČP Gäfgen v. Germany, št. 22978/05, 1. 6. 2010.

¹³ Zobec, 2011, str. 11.

dnote. S tega stališča bi umanjali razumni razlogi v smislu, da ni ustrezne komponente posamične enote s katero bi lahko izmerili njene (ustrezne) prednosti. Zato takrat obtičimo v težavnih odločitvah, če nimamo (po)danih razlogov, ki bi opravičili našo izbiro.¹⁴

Pojem nesoizmerljivost¹⁵ zelo nazorno opiše Mulejeva, ki ga razume kot »umanjkanje kredibilnega merila«, ki bi odločalo o stanju stvari.¹⁶ Craswell nesoizmerljivost razume kot umanjkanje lestvice ali merila, ki bi (i) zadovoljila lastnost popolnosti, kar pomeni, da se mora ena od možnosti uvrstiti višje na lestvici ali pa morata biti obe natanko enaki in (ii) bi upravičila izbiro tiste, ki je višje uvrščena.¹⁷ Tudi Adler ugotavlja, da so možnosti izbire nesoizmerljive, če ni posebnega merila zmožnega primerjati vrednosti opcij, ki so na izbiro. Zato se za nesoizmerljivost predstavlja odsotnost kardinalne lestvice, kjer številke, dodeljene opcijam, ne predstavljajo le njihovega vrstnega reda, temveč razlike v njihovi vrednosti ali razmerja njihove vrednosti tako, da lahko govorimo o možnostih, ki uresničujejo bolj ali manj neke »skupne enote« vrednosti. Nesoizmerljivost pa še ne predstavlja neprimerljivosti. Zato lahko obstaja skupina primerljivih opcij, ki jih je običajno moč razvrstiti po vrstnem redu njihove primerjalne vrednosti, čeprav ni neke skupne enote njihove vrednosti. Nesoizmerljivost lahko pomeni odsotnost lestvice z enojnim vrednotenjem oziroma takšne lestvice, ki bi omogočala ovrednotenje posamezne opcije, glede na »težo«, ki jo predstavlja v njej vsebovana posamezna vrednota. Možna je tudi končna ponazoritev nesoizmerljivosti, ki predstavlja odsotnost konsekvencialistične lestvice, ki dodeljuje »težo« opcijam glede na njene (pričakovane) koristne posledice bodisi za posameznika bodisi na splošno.¹⁸

Opisano je možno razumeti kot umanjkanje enotnega merila, s pomočjo katerega bi lahko od alternativ izbrali tisto, ki bi bila na stvarno utemeljenih razlogih najboljša. Pri tem se postavlja vprašanje ali predstavlja nesoizmerljivost odsotnost vsakršnega merila, ki bi lahko doprinesel k pravilni izbiri najustreznejše alternative. Zato bi lahko rekli, da pri težavnih odločitvah umanjajo tehtni razlogi, ki bi vodili k razumni izbiri med dvema alternativama. Sle-

¹⁴ Chang, 2017, str. 1, 6, 19.

¹⁵ Avtorica v članku uporabi pojem »inkomenzurabilnost«, ki ga v pričujočem članku opisujemo s sopomenko »nesoizmerljivost«.

¹⁶ Mulej, 2006, str. 212.

¹⁷ Craswell, 1997, str. 1421.

¹⁸ Adler, 1998, str. 1177.

dnje bi lahko tudi pomenilo, da med dvema alternativama sploh ni možne izbire, kar med njima ne obstaja določene (ene ali več) skupnih kategorij, ki bi nam omogočale izbiro. Zato lahko zaključimo, da je nesoizmerljivost situacija izbire, ko so na voljo različne opcije med katerimi je potrebno odločiti, pri tem pa odločevalec nima na izbiro enotnega merila, po katerem bi lahko izbral najustreznejšo opcijo. Opcije, ki so na izbiro, so lahko med seboj različne, vendar ne v tolikšni količini, ki bi odtehtali vse relevantne vidike druge opcije. Zato nastane problem kateri opciji pripisati višjo vrednost in na tej osnovi odločiti, katera od njiju ima prednost oziroma je za konkreten primer odločitve boljša.

Ustavno načelo sorazmernosti in tehtanje pravic

Ustavno načelo sorazmernosti, ki ga je po nemški doktrini povzelo USRS, zahteva uporabo tehtanja.¹⁹ Tehtanje gre razumeti v prispodobni, saj tistega kar se primerja ni mogoče meriti ali izraziti s skupnim imenovalcem. Pri tehtanju gre za soočanje razumnih argumentov za ali proti prevladi določene pravice. Pri tem je ključno, da (i) praviloma nobena od obeh pravic nima že vnaprej *in abstracto* zagotovljene prednosti, (ii) da imata obe največkrat enako specifično (abstraktno) težo, ki je v konkretnem primeru različna in (iii) da nobeni od pravic tudi ne sme biti odvzeta njena bistvena ustavnovarovana vsebina.²⁰ Skladno z načelom sorazmernosti se oblastni ukrepi presojujejo v dveh korakih. Najprej se presoja ali uporabljeni poseg sledi ustavnemu cilju, in obenem ne posega po protipravnih sredstvih (test legitimnosti), nakar se opravi še test sorazmernosti.²¹ Test sorazmernosti nadalje zahteva presojo treh kriterijev, in sicer (i) primernost izbranih sredstev, (ii) nujnost le-teh in (iii) sorazmernost v ožjem smislu. Zadnji test, ki je najbolj zapleten, zahteva presojo ali je teža posledic posega v prizadeto pravico sorazmerna koristim, ki bodo zaradi njega nastale (*stricto sensu test*).²² V zadnjem delu testa gre torej za (so) razmerje med prizadetostjo ustavne pravice posameznika, ki jo povzroči uporaba sredstva, in med ustrezno koristjo, ki jo pridobimo z uporabo sredstva, v prid skupnosti.²³ Ker prva dva testa (še)

¹⁹ Novak, 2013, str. 125.

²⁰ Zobec, 2011, str. 15, 16.

²¹ Novak, 2013, str. 125.

²² Wedam-Lukić, 2009, str.1350.

²³ Šturm, 1995, str. 16.

ni mogoče opredeliti za tehtanje, temveč za racionalno povezavo med uporabljenimi sredstvi in legitimnim ciljem, pa predstavlja »pravo« tehtanje prav zadnji test.

V središču preizkusa sorazmernosti je stopnja uravnoteženja, kjer je ena pravica uravnotežena proti konkurenčni pravici. Potemtakem lahko služi tehtanje svojemu namenu le, če je mogoče dve količini izmeriti z isto enoto (npr. v gramih). Zato se pri tem postavlja vprašanje, ali je res mogoče »uravnotežiti« prav vse pravice med seboj ali z javnim interesom. Zdi se, da če ni skupne lestvice, potem takšna izravnava ni mogoča, zato bi morda morali sklepati, da sta obe količini nezdružljivi.²⁴ Že po naravi tehtanja pa morajo biti količine, ki jih tehtamo, med seboj primerljive. Sodišče najbolj prepričljivo tehta, če se soočata dve pravici na ustavni ravni. Vseeno pa obstaja možnost, da se tehtanje razširi na ustavne vrednote, poleg njih pa v tehtanje vstopijo še ustavna načela in drugi ustavno priznani interesi. Zato obstaja nevarnost, da se dopusti tehtanje kateregakoli interesa. Zadnja možnost je v pravni teoriji najbolj sporna, ker lahko oddalji od intuitivno prepričljive enakosti med ustavnimi pravicami. S pripustitvijo slehernega interesa v postopek tehtanja pa bi se znatno povečalo tveganje, da bo ustavna pravica postala neučinkovita, ker jo bo vedno lahko pretehtal nek drug interes ali celota nasprotujočih ji interesov. Ob tem velja poudariti, da gre lahko celo za interese, ki jih ni moč razbrati neposredno iz besedila ustave.²⁵ Zato se sodišča v teh primerih znajdejo pred vprašanjem kako izmeriti vrednote v konfliktu, da bo moč eni pripisati prednost pred drugo in ju uravnotežiti.

Nesoizmerljivost – ali je mogoče primerjati neprimerljivo?

Nesoizmerljivost je problem za vse teorije racionalnosti. Vseeno pa nesoizmerljivosti ne gre enačiti z neprimerljivostjo.²⁶ Tako npr. dve teoriji, ki sta nesoizmerljivi, ne moreta biti racionalno primerjani na podlagi nekih skupnih kriterijev.²⁷ Zato v teh primerih tehtanje, v smislu primerjanja vrednosti, sploh ni mogoče, ker gre za vrednote na različnih ravneh.²⁸ Ker nesoizmerljivost ne pred-

²⁴ Möller, 2012, str. 719

²⁵ Novak, 2013, str. 141, 142.

²⁶ Mulej, 2007, str. 201, 213.

²⁷ Gürol, Grünberg, v: Mulej, 2007, str. 213.

²⁸ Novak, 2013, str. 143.

stavlja absolutnega umanjkanja primerljivosti najmanj dveh alternativ, je potrebno poiskati načine, ki omogočajo izvedbo tehtanja med njimi. Če bi se uzrli na področje naravoslovnih znanosti, bi lahko rekli, da je potrebno poiskati skupni imenovalac dveh alternativ.

Teorija navaja več možnih pristopov. Eden takšnih je primerjava dobrin, ne da bi jih pri tem sploh izmerili. Problem se rešuje z razlikovanjem med močno in šibko neprimerljivostjo. Ko za nobeno od možnih ravnanj ne moremo reči, da je tehtnejše od drugega ali pa tudi ne moremo reči, da sta si enakovredni, potem gre za močno neprimerljivost. Opisana vrsta neprimerljivosti »nas pusti paralizirane«, kar posledično vodi do »tragičnih odločitev«. Zato šibka neprimerljivost dopušča oblikovanje prednostnega vrstnega reda med predmeti primerjave, pa vendar brez skupnega imenovalca. Vrstni red naj bi bil pri tem stalen, in sicer, ko enkrat ugotovimo, da ima določena vrednota prednost pred drugo, naj bi tako veljalo v vseh podobnih primerih.²⁹ Drugi način predlaga oblikovanje prednostnega vrstnega reda, vendar le v konkretnem primeru, zaradi česar bi lahko naslednjem primeru prišlo do drugačnega vrednotenja. Tako se najprej ugotovi kako resen poseg pomeni sporno ravnanje, nato se oceni kako resen poseg bi pomenila prepoved takšnega ravnanja, nakar se obe oceni primerjata. Obe oceni pa se podata s pomočjo tristopenjske lestvice, kjer se poseg opiše kot blag, zmeren ali težak.³⁰ Tretji način pa temelji na predpostavki, da tehtanje sploh ne zahteva primerjave med dvema neprimerljivima količinama. Predmet primerjave zato niti nista dva nasprotujoča interesa, ki ju je zaradi drugačne narave nemogoče tehtati. Tehtanje zato poteka med dvema ocenama, v kolikšni meri je določen interes uresničen.³¹ Teorija pri tem uporabi primer pasje razstave, kjer psi enake pasme tekmujejo znotraj svoje kategorije, nakar se izmed zmagovalnih izbere zmagovalca, ki se najbolj približa idealu.³²

Predlagane rešitve se gibljejo v treh smereh. Še vedno se dopušča možnost neugotavljanja prednosti med seboj primerljivih vrednot (močna nesoizmerljivost) in vzpostavitev prednostnega sistema vrednot brez skupnega imenovalca, po kateri bi se že enkrat

²⁹ Waldron, v: Novak, 2013, str. 146.

³⁰ Alexy, v: Novak, 2013, str. 146, 147.

³¹ Cohen-Eliya, Porat, v: Novak, 2013, str. 147.

³² Chapman, 2008, str. 1492, opomba, št. 10; Cohen-Eliya, Porat, 2010, str. 269, Cohen-Eliya, Porat, v: Novak, 2013, str. 147.

vzpostavljen prednostni vrstni red uporabljal v vseh podobnih primerih (šibka nesoizmerljivost). Po drugi rešitvi naj bi se za vsak konkretne primer oblikoval prednostni vrstni red po principu (i) ugotavljanja (ocene) resnosti posega in (ii) ocene kako resen poseg bi pomenila prepoved spornega posega. Obe oceni naj bi se potem primerjali in ocenili ali je poseg blag, zmeren ali težak. Po tretji možni rešitvi pa naj se primerjani količini med seboj sploh ne bi primerjali, temveč naj bi se podali le oceni, v kolikšni meri je določen interes uresničen.

Nesoizmerljivost v sodni praksi ESČP

S primerom nesoizmerljivosti se je ESČP srečalo v zadevi *Hatton* in drugi zoper Združeno kraljestvo, kjer sta si nasproti stala t. i. pravica do »dobrega spanca« majhnega števila okoličanov londonskega letališča Heathrow in javni ekonomski interes. Šlo je za t. i. »*hard case*«, saj je Veliki senat³³ odločil v korist države, in pri tem razveljavil sodbo Senata³⁴ v korist pritožnikov. Omenjeno nesoglasje kaže, da je šlo za zahteven primer, zato tudi ni bilo moč pričakovati konsenza.³⁵

Pri tem je relevantno, da je Senat ugotovil kršitev 8. člena EKČP,³⁶ nakar je Veliki senat omenjeno odločitev spremenil.³⁷ Ker gre za nesoizmerljivi vrednoti, kot sta konvencijsko zaščitena pravica in javni ekonomski interes, želimo ugotoviti razloge za spremembo odločitve.

Senatu je bilo bistveno, da je vlada priznala splošno povečanje ravni hrupa med 23.30 do 6. ure pod shemo iz 1993.³⁸ Država je imela pozitivno obveznost, da sprejme razumne in primerne ukrepe za zagotovitev pravic pritožnikov zato, da vzpostavi pravično ravnovesje med konkurenčnimi si interesi posameznika in skupnosti kot celote, kar izhaja iz drugega odstavka 8. člena EKČP. Pri tem pa na tako občutljivem področju kot je varstvo okolja, zgolj ekonomska blaginja države ni zadosten razlog, ki bi prevladal nad

³³Sodba ESČP, *Hatton and others v. United Kingdom*, št. 36022/97, 8. 7. 2003 (Veliki Senat).

³⁴Sodba ESČP, *Hatton and others v. United Kingdom*, št. 36022/97, 2. 10. 2001 (Senat).

³⁵Möller, 2012, str. 721.

³⁶V tem članku avtor za pravico iz 8. člena EKČP uporablja krajši izraz »pravica do zasebnosti«.

³⁷Drugi odstavek 8. člena EKČP določa, da se javna oblast ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato, da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.

³⁸Z omenjeno shemo so bile določene restrikcije za omejevanje hrupa letal v nočnem času.

praviciami drugih. Zato bi morale države omejiti posege v te pravice z iskanjem alternativnih rešitev in skušale doseči svoje cilje na najmilejši možen način glede na človekove pravice. Najboljšo rešitev za vzpostavitev ravnovesja pa je potrebno dognati z izvedbo temeljite raziskave. Senat je povzel, da je vsaj verjetno, da so nočni leti v določeni meri prispevali k celotnemu nacionalnemu gospodarstvu, vendar pa pomen tega prispevka nikoli ni bil kritično ocenjen. Prav tako so bile o vplivu nočnih letov na motnje spanja opravljene le omejene raziskave. Ugotovilo je še, da je bilo s shemo iz 1993 določeno skupno največje število premikov zrakoplovov, pri tem pa vlada ni ugodila pozivom k večjim kvotam in skrajšanju časa omejitev kvot. Kljub temu so bili po zaključkih Senata naštetí ukrepi preskromni za zaščito položaja pritožnikov, zato državi ni uspelo vzpostaviti pravičnega ravnovesja med ekonomsko blaginjo države in dejanskim uživanjem pravice do zasebnosti.³⁹

Tudi Veliki senat je uvidel legitimno dolžnost države za presojo gospodarskih interesov letalskih prevoznikov in drugih podjetij ter ekonomske interese države kot celote. Velikemu senatu pa ni uspelo nedvomno ugotoviti, ali je shema iz 1993 dejansko privedla do povečanja nočnega hrupa. Gre pa razumno domnevati, da so nočni leti vsaj do določene mere ustvarjali prispevek h gospodarstvu. Zaradi raziskav, ki jih je vlada naročila o ekonomski vrednosti nočnih letov, pa je zlahka sprejel odločitev, da je obstajal gospodarski interes za ohranitev polnega obsega delovanja letališč v Londonu za zelo oddaljene zračne linije (npr. iz daljnega vzhoda). Za Veliki senat je bilo še pomembno, da so bile letalske družbe podvržene precejšnjim omejitvam glede njihove svobode delovanja, vključno z nočnimi omejitvami na letališču Heathrow. Za odločitev je bilo bistveno tudi, da pritožniki niso ugovarjali stališčem države, da nočni hrup ni zmanjšal cen hiš na prizadetih območjih. Ker so nočni leti prizadeli le omejeno število ljudi (2–3 % po »študiji spanja« iz 1992), je dejstvo, da bi se lahko odselili brez finančne izgube, pomembno prispevalo pri sprejemu odločitve. Sodišče je še ugotovilo, da je vlada dosledno spremljala razmere, prav tako je bila v času od 1962–1993 izvedena vrsta raziskav. Ukrepi uvedeni v okviru sheme so bili vnaprej napovedani, zato so imeli pritožniki možnost podaje kakršnihkoli za njih relevan-

³⁹ Točke 95, 96, 97, 98, 102, 103, 105 in 106 obrazložitve sodbe Senata.

tnih navedb in s tem izpodbijati odločitve, če se njihova stališča pri tem ne bi upoštevala.⁴⁰ Zato je Veliki senat ugotovilo, da država ni prekoračila svoje meje presoje, ker niso vzpostavili pravičnega ravnotežja. Posledično je Veliki senat ugotovil, da ni prišlo do kršitve 8. člena.

Iz zapisanega je očitno razvidna drugačnost vsebinskih meril za sprejeto odločitev. Ključen je bil manko merila, ali je shema iz 1993 dejansko povzročila večjo raven hrupa glede na prejšnje stanje. Prav tako ni bilo kredibilnega merila o prispevku nočnih letov k ekonomskim interesom državnega gospodarstva. Različen je bil tudi zaključek o temeljitosti napravljenih raziskav o vplivu nočnih letov na spanec ljudi. Pri tem se je Veliki senat celo naslonil na raziskavo, ki je bila opravljena pred shemo 1993 in ki je pokazala, da hrup nočnih letov negativno vpliva na spanje zelo majhnega deleža ljudi, kateri pa Senat ni dal kritične teže. Veliki senat se je dodatno postavil na stališče, da so bili letalski prevozniki s shemo 1993 podvrženi precejšnjim omejitvam. Zanj je bilo še bistveno dejstvo, da pritožniki niso izpodbijali trditvi vlade, da se cene nepremičnin zaradi hrupa letal niso znižali, zaradi česar bi se lahko, glede na dejstvo, da gre za majhno število z motnjami spanca na tem območju, brez finančne izgube preselili.

Nasteto kaže, da ni bilo kredibilnega merila po katerem bi bilo moč odmeriti vrednost pravice, v primerjavi s koristjo ekonomske blaginje države. Posledično sta obe sestavi sodišča uporabili različni merili za ugotavljanje ali je bilo s shemo 1993 vzpostavljeno ustrezno ravnotežje med pravico in javnim interesom v konfliktu. Pri tem je potrebno še posebej izpostaviti, da je bila odločitev obakrat sprejeta z nekaj več kot dvotretjinsko večino sodnikov, kar dodatno kaže na to, da so bila merila sodnikov zelo različna. Zato je očitno, da sta obe sestavi sodišč v istem primeru, različno postavljali merila glede vzpostavitve pravičnega ravnovesja med ekonomsko blaginjo države in varstvom pravice do zasebnosti.

Zaključimo lahko, da tako diametralno nasprotne odločitve sodišča, zaradi manka kredibilnega merila za odločanje, zmanjšujejo pravno varnost (predvidljivost) pritožnikov v tovrstnih primerih. Posledično tudi ni določnih vsebinski kriterijev, ki opredeljujejo pravico do zasebnosti v razmerju do ekonomske blaginje države, po katerih bi bilo moč ovrednotiti dopustnost omejevanja pravi-

⁴⁰ Točke 120, 121, 122, 123, 124 in 126 obrazložitve sodbe Velikega senata.

ce. V konkretnem primeru opažamo tudi neprepričljivo obrazložitev sodišča kolikšen je pravzaprav prispevek nočnih letov k ekonomski blaginji države, da bi bilo pravico do zasebnosti dopustno omejevati. Pogrešamo tudi prepričljivo obrazložitev sodišča v čem so se v konkretnem primeru zaradi ekonomske blaginje države pravzaprav zavarovale pravice in svoboščine drugih ljudi. Kar je po našem mnenju najbolj sporno, pa je argumentacija sodišča, da se ekonomska vrednost nepremičnin pritožnikov zaradi nočnega hrupa ni zmanjšala, zaradi česar bi se lahko preselili brez finančne izgube. Sprašujemo se, ali navedeno ne predstavlja izvotlitve pravice pritožnikov zaradi izredno majhnega deleža posameznikov, ki jim nočni hrup letal povzroča težave. Slednje je lahko sporno tudi z razloga, ker gre lahko za gmotno šibke ljudi, ki si ne morejo privoščiti dodatne zvočne izolacije stanovanja ali pa za ljudi, ki so zaradi svojih senzibilnih lastnosti preobčutljivi na hrup. Zapisano je sporno prav z razloga univerzalnosti človekovih pravic, ki pripadajo slehernemu človeku, ne glede na katerokoli osebno okoliščino. Zato se je potrebno vprašati kaj je možno storiti, v primerih nesoizmerljivosti družbenih vrednot v konfliktu, za izključitev disfunkcionalnosti sodišč.

Zaključek

Vsaka demokratična ureditev temelji na varstvu človekovih pravic, le-te pa so univerzalne. Ker teorija ne priznava absolutnosti pravic, nastane problem v konfliktu dveh pravic ali interesov oziroma pri odmerjanju prednosti konkurenčne pravice ali interesa. Problem je toliko hujši kadar ni kredibilnega merila po katerem bi lahko določeni pravici ali interesu pripisali prednost in posledično ovrednotili pomembnost določene vrednote v konkretnem konfliktu. Problem nesoizmerljivosti, ki smo ga proučevali se v pravu pojavi pri uporabi načela sorazmernosti, kjer je potrebno dve ali več vrednot medsebojno uravnotežiti. Običajno gre za dve ali več alternativ, pri čemer pa nobena od njih ni toliko boljša od druge, da bi jo bilo moč izbrati. Takrat gre za manko kredibilnega merila po katerem bi bilo moč sprejeti razumno odločitev. Teorija predlaga več načinov kako rešiti problem nesoizmerljivosti, vendar pa v praksi ni enotne procedure po kateri bi lahko sodišča učinkovito rešila problem. Da si pred problemom ne gre zatiskati oči in da je problem resen, lahko vidimo na primeru konflikta pravice do

zasebnosti in interesa gospodarske blaginje države, s katerim se je srečalo ESČP. Zaradi umanjkanja kredibilnega merila sta Senat in Veliki senat svoje odločitve povsem različno utemeljevala, pri tem pa je Veliki senat v odločanje pripustil tudi nove dejavnike, ki jim je pripisal določeno težo in na tej osnovi spremenil odločitve Senata. Zato lahko zaključimo, da predstavlja problem nesizmerljivosti pri odločanju sodišča na področju prava človekovih pravic resen dejavnik tveganja. Pravna znanost za te primere še ni našla celovite rešitve, zaradi česar se postavlja pod vprašaj učinkovitost določenih pravic, zlasti kadar se znajdejo v konfliktu interesa velike večine populacije, kot je npr. ekonomska blaginja države.

LITERATURA

Knjige

- Aristoteles. (2002). *Nikomahova etika*. Ljubljana: Slovenska matica.
- Schwarze, J. (1992). *European Administrative Law*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.
- Šturm, L. (1998). *Omejitev oblasti : ustavna izhodišča javnega prava*. Ljubljana: Nova revija.
- Svetlič, R. (2010). *Izbrana poglavja iz politične morale*. Koper: Založba Univerze na Primorskem.
- Acceto, M. et al. (2002). *Dokumenti človekovih pravic z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: Amnesty International Slovenije : Mirovni inštitut, Inštitut za sodobne družbene in politične študije.

Članki in revije

- Adler, M. (1998) *Law and Incommensurability*. *University of Pennsylvania Law Review*, letnik 146. št. 5, str. 1169–1184.
- Chang, R. (2017). *Hard Choices*. *Journal of the American Philosophical Association*, str. 1–21.
- Chapman, B. (2008). *Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced argument*. *University of Pennsylvania Law Review*, letnik 146, str. 1487–1528.
- Cohen-Eliya, M., Porat, I. (2010). *American balancing and German proportionality: The historical origins*. *International Journal of Constitutional Law*, letnik 8, št. 2, str. 263–286.
- Craswell, R. (1997). *Incommensurability, Welfare, Economics, and the Law*. *University of Pennsylvania Law Review*, letnik 146, str. 1420–1464.
- Möller, K. (2012). *Proportionality: Challenging the critics*. *Interantional Journal of Constitutional Law*, letnik 10, št. 3, str. 709–731.
- Mulej, L. (2006). *Aplikacija termina inkomenzurabilnosti na družbeno vednost*. *Anthropos*, revija za psihologijo in filozofijo ter za sodelovanje humanističnih ved, št. 1–2, str. 211–220.
- Mulej, L. (2007). *Dinamika paralelnih svetov : inkomenzurabilnost ali »umanjkanje skupnega merila primerjave«*. *Časopis za kritiko znanosti*, letnik 35, št. 227, str. 201–221.
- Šturm, L. (1995). *Načelo sorazmernosti*. *Pravna praksa*, št. 12, stran 16.
- Wedam-Lukić, D. (2009). *Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji*. *Podjetje in delo : revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo*, letnik 35, št. 6, str. 1350–1356.
- Zobec, J. (2011). *Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji*. *Pravosodni bilten*, letnik 32, št. 2, str. 11–28.
- Zupančič, B. M. (2009). *Dostojanstvo, anomija ... in prihodnost človekovih pravic*. *Revus : revija za evropsko ustavnost*, št. 10, str. 25–33.
- Prispevki v zbornikih, enciklopedični sestavki in poglavja v knjigah*
- Novak, A. (2013). *Predpostavke načela sorazmernosti v ustavnosodnem odločanju*. V: (Ustavno)so-dno odločanje / Pavčnik, M., Novak, A. (ur.). Ljubljana: GV Založba, str. 103–181.

Pravni viri

EKČP. Uradni list RS, št. 33/1994.

LEUTP. Uradni list EU, št. C 326/391.

SDČP. Uradni list RS, št. 24/2018.

Sodna praksa sodišč

ESČP Gäfgen v. Germany, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 22978/05, 1. 6. 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805.

ESČP, Hatton and others v. the United Kingdom, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 36022/97, 8. 7. 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297.

ESČP, Hatton and others v. the United Kingdom, Evropsko sodišče za človekove pravice, št. 36022/97, 2. 10. 2001. ECLI:CE:ECHR:2001:1002JUD003602297.

USRS Odločba U-I-137/93-24, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 2. 6. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.137.93.

Kratice

EKČP – Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic

ESČP – Evropsko sodišče za človekove pravice

LEUTP – Listina Evropske unije o temeljnih pravicah

RS – Republika Slovenija

SDČP – Splošna deklaracija človekovih pravic

URS – Ustava Republike Slovenije

USRS – Ustavno sodišče RS

