

Univerza v Ljubljani

Pravna fakulteta

RADBRUCHOVA FORMULA  
PRED EVROPSKIM SODIŠČEM ZA ČLOVEKOVE PRAVICE  
(magistrsko diplomsko delo)

Avtorica: Žanin Maloić

Mentor: doc. dr. Aleš Novak

Ljubljana, september 2017

## **ZAHVALA**

*Iskreno se zahvaljujem mentorju doc. dr. Alešu Novaku za vso pomoč in usmeritve skozi proces nastajanja te magistrske naloge.*

*Posebno zahvalo namenjam tudi družini in prijateljem, ki so verjeli v moj uspeh skozi vsa leta mojega študija in ki so z vzpodbudnimi besedami, nasveti in neprecenljivo podporo pomembno prispevali tudi k nastanku tega magistrskega dela.*

*Hvala.*

## **POVZETEK**

Naslov: Radbruchova formula pred Evropskim sodiščem za človekove pravice

Avtorica: Žanin Maloić

Mentor: doc. dr. Aleš Novak

Radbruchova formula temelji na razmerju med pravnima vrednotama pravne varnosti in pravičnosti, ki skupaj s smotrnostjo po Radbruchovi teoriji tvorita temeljne elemente ideje prava. Po Radbruchu so navedeni elementi enakovredni, vendar med njimi prihaja do napetosti. Radbruchova formula predstavlja varovalko zoper nevzdržno nepravične zakone in določa, da mora v takšnih primerih dati pravna varnost prednost pravičnosti. Bistvo pravičnosti utemeljuje z enakostjo in izpostavlja, da je nevzdržno nepravičen tisti zakon, ki zavestno krši enakost in da takšen zakon sploh nima pravne veljave. Radbruchova formula v teoriji predstavlja mehanizem za zagotavljanje spoštovanja temeljnih človekovih pravic kadar zakonodaja zataji. Podobno v praksi predstavlja Evropsko sodišče za človekove pravice. Njegova vloga je nadzor nad tem ali države pogodbenice ravnajo skladno določili Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Dolžnost vsake države pogodbenice je spoštovanje obveznosti, ki izhajajo iz Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Evropsko sodišče za človekove pravice presoja potencialne kršitve človekovih pravic na podlagi formalno materialnega koncepta prava, ki ga je razvilo s sodno prakso.

Ključne besede: Evropsko sodišče za človekove pravice, Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Radbruchova formula, filozofija prava, pravna varnost, načelo zakonitosti, pojem zakona, kvaliteta prava

## **ABSTRACT**

Title: Radbruch's Formula before the European Court of Human Rights

Author: Žanin Maloić

Mentor: doc. dr. Aleš Novak

Radbruch's formula is based on a relation between legal values of legal certainty and justice that combined with utility form basic elements of the idea of law in accordance with Radbruch's theory of law. Radbruch considers that the mentioned elements are equivalent but that there is tension between them. Radbruch's formula represents safeguard against intolerable unjust laws and provides that in such cases legal certainty must yield to justice. He bases the essence of justice on equality and highlights that intolerable unjust law is one that consciously violates justice and that that kind of law does not have legal validity. Radbruch's formula in theory represents mechanism for providing respect for basic human rights when the legislation fails. Similarly, in practice represents European Court of Human Rights. Its role is to supervise if the contracting states act in accordance with the provisions of the European Convention on Human Rights. Duty of every contracting state is to respect the obligations that derive from the European Convention on Human Rights. European Court of Human Rights assesses potential violations of human rights based on a formal substantive concept of law developed by its case law.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Radbruch's Formula, Philosophy of Law, legal certainty, principle of legality, concept of law, quality of law

## Kazalo

1	Uvod.....	7
2	Radbruchova filozofija prava .....	9
2.1	RADBRUCHOVO POJMOVANJE MORALE KOT DELA PRAVA .....	12
2.2	RADBRUCHOVA FORMULA .....	13
3	Evropsko sodišče za človekove pravice .....	18
3.1	EKČP IN NAČELO ZAKONITOSTI .....	20
3.2	POJEM ZAKONA V SMISLU DOLOČB EKČP IN SODNI PRAKSI ESČP .....	21
4	Sodna praksa ESČP .....	26
4.1	PRIMER STRELETZ, KESSLER IN KRENZ PROTI NEMČIJI.....	26
4.1.1	Okoliščine primera .....	26
4.1.2	Presoja ESČP in analiza primera .....	28
4.2	PRIMER BAKA PROTI MADŽARSKI.....	34
4.2.1	Okoliščine primera .....	34
4.2.2	Presoja ESČP in analiza primera .....	35
4.3	PRIMER LOIZIDOU PROTI TURČIJI .....	40
4.3.1	Okoliščine primera .....	40
4.3.2	Presoja ESČP in analiza primera .....	40
5	Zaključek.....	44
6	Literatura .....	46
6.1	MONOGRAFIJE .....	46
6.2	ČLANKI .....	46
6.3	MEDNARODNE POGODBE .....	47
6.4	SODBE EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE .....	48

## SEZNAM OKRAJŠAV IN KRATIC

EKČP	Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin
ESČP	Evropsko sodišče za človekove pravice
ESS	Enotna socialistična stranka
MPDPP	Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah
NDR	Nemška demokratična republika
NSS	Nacionalni svet za sodstvo
oz.	oziroma
t.i.	tako imenovani
TRSC	Turška republika Severni Ciper
VS ZN	Varnostni svet Združenih narodov
ZRN	Zvezna republika Nemčija

## 1 Uvod

Gustav Radbruch, eden najbolj znanih pravnih filozofov, je temelje svojemu pojmovanju prava postavil z enim najpomembnejših del s področja filozofije prava z istoimenskim naslovom *Filozofija prava* (nem. *Rechtphilosophie*) iz leta 1932. Pomembno nadgradnjo njegove teorije, ki je bila predmet številnih razprav in tudi kritik, predstavlja njegovo delo iz leta 1946 z naslovom *Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo* (nem. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*), ki je nastalo pretežno kot odziv na hude kršitve človekovih pravic v času Hitlerjevega režima.<sup>1</sup>

Prvi del magistrskega diplomskega dela je posvečen predstavitvi temeljnih izhodišč Radbruchovega pojmovanja prava ob primerjavi z drugimi pravno filozofskimi teorijami in njihovimi pogledi na razmerje med vsebinskim in formalnim konceptom prava, pri čemer je posebna pozornost namenjena Radbruchovi formuli, ki je nastala kot plod Radbruchovega prizadevanja, da bi se preprečile ponovne kršitve človekovih pravic takšnih razsežnosti, do kakršnih je prišlo v času druge svetovne vojne. Predstavljeni so kriteriji, ki tvorijo Radbruchovo formulo in pojasnjeno razmerje med njimi, ob čemer je še posebej izpostavljena temeljna dilema predmetne formule, in sicer tehtanje med načeloma pravne varnosti in pravičnosti. Koncept Radbruchove formule, ki temelji na prepričanju, da je skrajno nepravičnim pravnim določbam, to je tistim določbam, ki zavestno kršijo enakost, potrebno odvzeti pravno veljavo, je postal predmet številnih kritik, najpogostejše pa so tudi izpostavljene v prvem delu magistrskega dela.

Nadaljevanje magistrskega diplomskega dela je osredotočeno na delovanje Evropskega sodišča za človekove pravice in njegove vloge pri varstvu človekovih pravic. Posebej je izpostavljen koncept načela zakonitosti in pojmovanja zakona v smislu določb Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki se nadaljuje s predstavitvijo in analizo treh primerov iz sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice, skozi katero so prikazani koraki presoje konkretnih primerov, ki so predmet obravnave pred Evropskim sodiščem za človekove pravice in tako ponujajo vpogled v razmerje med nacionalnimi pravnimi redi in sistemom varstva človekovih pravic na evropski ravni. Analiza presoje posameznih primerov razkriva tudi koncept prava (kvalitete prava) kot ga je razvila praksa Evropskega sodišča za

---

<sup>1</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 249-45.

človekove pravice ter njegovo naravo, ki se skozi razvoj sodne prakse pomika iz pretežno formalističnega pojmovanja v vsebinsko.

Cilj tega magistrskega dela je ugotoviti, ali ima Radruchova formula na področju varstva človekovih pravic na evropski ravni dejansko uporabno vrednost v praksi ter ali bi njena uporaba v konkretnih primerih, ki se pojavljajo pred Evropskim sodiščem za človekove pravice lahko olajšala presojo sodišča, predstavljala podlago za argumentacijo sodišča oz. kot argumentacijsko sredstvo pripomogla k vsebinski dopolnitvi določil Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ali pa je ta zaradi ohlapnejše formulacije kriterija razmejitve nevzdržne nepravčnosti, ki potencialno predstavlja nevarnost načelu pravne varnosti, pri uporabi v praksi nezaželena.

## 2 Radbruchova filozofija prava

Radbruch je bil kot teoretik pod vplivom novokantovske filozofije prepričan, da skladno s vrednostno-teoretičnim relativizmom, pravnih vrednot ni mogoče spoznati, temveč le priznati.<sup>2</sup> Vrednoto je ločeval od resničnosti, vendar njegovo filozofsko vrednotenje za razliko od Kantovega ni bilo zgolj formalistično, temveč je upoštevalo tudi kulturni in praktični pomen vsebine prava in pravičnosti, pri čemer sta po Radbruchovem prepričanju tako vrednota kot resnica tvorbi človeškega uma in zato popolnoma subjektivna kriterija.<sup>3</sup> Razmerje med vrednoto in resničnostjo za relativista kot je Radbruch pomeni razkorak med tem, kar je in tem, kar naj bi bilo, pri čemer je poudaril, da obstoj nečesa oziroma ustaljena praksa ne pomeni nujno tudi pravilnosti oziroma drugače povedano, da to, kar je, ne pomeni nujno tistega, kar naj bi bilo.<sup>4,5</sup> Navedeno kaže na odklon od pravnega pozitivizma, za veljavnost katerega je pravna norma veljavna že, če izpolnjuje določene formalne predpostavke, ne da bi se ukvarjal s samo vsebinsko ustreznostjo določene norme, medtem ko je glavna predpostavka naravnopravne teorije, da je veljavnost pravne norme nujno pogojena z izpolnitvijo določene vrednote.<sup>6</sup> Skladno s takšnim pojmovanjem ima pravo tako dejansko kot tudi idealno dimenzijo, ta dvojnost pa pomeni, da pravo ni utemeljeno zgolj na dejstvu obstoja moči, da neko zakonodajo uveljavi, jo ohranja in skrbi za njeno izvrševanje, temveč je za njeno veljavo pomembna tudi izpolnitev določenih vsebinskih predpostavk.<sup>7</sup> Radbruchovo stališče je bilo, da je obstoj vrednote kot etične norme mogoče dokazati zgolj z uporabo druge vrednote in ne z izpeljavo iz empiričnih dejstev.<sup>8</sup> Spoznavanje prava kot kulturno vezanega pojava je možno skozi odnos do tiste vrednote, ki ji je pravo podrejeno, saj svoj pomen pridobi šele v povezavi s to vrednoto.<sup>9</sup> Pravo je opredelil kot resničnost, katere namen je služiti ideji prava, tj. pravičnosti, ki jo je označil za najvišjo pravno vrednoto.<sup>10</sup> Vezanost pravne norme na izpolnitev določene vrednote ponovno kaže na odklon od pravnega pozitivizma.<sup>11</sup>

V pravičnosti je Radbruch videl dva vidika dvojnosti, in sicer po eni strani v smislu objektivne in subjektivne pravičnosti, pri čemer težnja k objektivni pravičnosti vedno izhaja iz nekega

---

<sup>2</sup> Pavčnik (2015) *Teorija prava*. 588.

<sup>3</sup> Chroust (1944) The Philosophy of Law of Gustav Radbruch. *The Philosophical Review* 25.

<sup>4</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 39-45.

<sup>5</sup> Chroust (1944) The Philosophy of Law of Gustav Radbruch. *The Philosophical Review* 26.

<sup>6</sup> Kaufmann (2013) *Uvod v filozofijo prava*. 39-42.

<sup>7</sup> Alexy (2000) On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris* 138.

<sup>8</sup> Chroust (1944) The Philosophy of Law of Gustav Radbruch. *The Philosophical Review* 26-29.

<sup>9</sup> Prav tam, 29-30.

<sup>10</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 63-64.

<sup>11</sup> Pavčnik (2015) *Teorija prava*. 548-549.

osebnega oziroma subjektivnega prepričanja o pravičnosti, po drugi strani pa v smislu uporabe zakona, in sicer v smislu, da lahko pravičnost vidimo v uporabi oziroma spoštovanju zakona ali pa v vsebinski pravičnosti zakona kot takega.<sup>12</sup> Ob pravičnosti, ki jo pojmuje po merilih Aristotelove delitve pravičnosti na izravnalno in razdeljevalno kot primarno obliko pravičnosti, je vpeljal tudi koncept pravičnosti kot primernosti (nem. *Billigkeit*), ki za razliko od temeljnega koncepta pravičnosti k rešitvi problema ne pristopa z izpeljavo splošno uporabljive norme iz splošnih temeljnih načel, temveč pravilno pravo spoznava tako, da izhaja iz vsakega konkretnega primera posebej ki pa ima prav tako posplošujočo naravo.<sup>13</sup> Abstraktna enakopravnost in pravičnost kot primernost sta torej dve različni poti, ki omogočata doseganje pravičnosti.<sup>14</sup>

Ideja pravičnosti po Radbruchu zahteva enakopravnost, vendar ne razkriva njene vsebine in tudi ne načina obravnave enakih subjektov.<sup>15</sup> Zato se elementu pravičnosti pri določanju vsebine prava pridružujeta še dva elementa, in sicer smotrnost ter pravna varnost.<sup>16</sup> Temeljni pomen smotrnosti, ki je med naštetimi tremi edini relativistični element, je individualizacija oziroma opredelitev vsebine prava, medtem ko pravna varnost zagotavlja red in mir, skozi pravičnost pa tudi predvidljivost.<sup>17</sup> Pomembna predpostavka predvidljivosti in s tem pravne varnosti je pravna pozitivnost, tj. uzakonitev tistega, kar naj bo pravno in sposobno uveljavitev.<sup>18</sup> Radbruch je na nek način sicer pravno varnost postavljaj na sam vrh hierarhične lestvice, saj je izpostavljaj, da je bistvena razrešitev spora sama po sebi in ne vsebina te razrešitve, vendar pa je ob tem kljub temu opozarjal na pomembno soodvisnost vseh treh elementov, ki si obenem tudi nasprotujejo.<sup>19</sup> Za ohranitev pravne države je bistveno spoštovanje enakosti subjektov na zakonski ravni, saj je enakost po Radbruchovem prepričanju jedro pravičnosti.<sup>20</sup> Izpostavljaj je, da zakonodaja, ki je usmerjena zoper posameznika ali določeno skupino ljudi ter usmerjena v posamezni primeri, ne predstavlja prava, temveč samovoljo.<sup>21</sup> Hkrati pa lahko pravo zagotavlja varnost samo takrat, kadar se lahko učinkovito uveljavi.<sup>22</sup>

---

<sup>12</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 64-65.

<sup>13</sup> Prav tam, 65-67.

<sup>14</sup> Chroust (1944) *The Philosophy of Law of Gustav Radbruch*. *The Philosophical Review* 31.

<sup>15</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 84.

<sup>16</sup> Prav tam, 64-108.

<sup>17</sup> Leawoods (2000) *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*. *Washington University Journal of Law & Policy* 493.

<sup>18</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 106-107.

<sup>19</sup> Prav tam, 107-108.

<sup>20</sup> Prav tam, 65.

<sup>21</sup> Prav tam, 226.

<sup>22</sup> Prav tam, 118.

Radbruch se je s svojimi novejšimi deli, predvsem pa z Zakonskim nepravom in nadzakonskim pravom, vse bolj bližal stališčem teorije naravnega prava. V Petih minutah filozofije prava je zapisal, da »zakon velja, ker je zakon, in zakon je, če ima v večini primerov moč, da se uveljavi«<sup>23</sup>, to misel pa je v četrti in peti minuti razvijal naprej s spoznanjem, da vendarle lahko obstajajo takšni zakoni, ki jim je zaradi njihove skrajne nepravilnosti in škodljivosti potrebno odreči pravni značaj.<sup>24</sup> Izpostavil je obstoj »pravnih načel, ki so močnejša od vsakega pravnega predpisa«<sup>25</sup> in ki so tako bistvenega pomena, da prevladajo celo nad veljavnim uzakonjenim pravom, v kolikor pride do konflikta med obema.<sup>26</sup>

Radbruchovo pojmovanje prava ne predstavlja niti stroge ločnice med moralo, kot tudi ne njune nujne povezave, zaradi česar presega tako naravnopravno kot tudi pozitivno pravno pojmovanje. Za razliko od pravnega pozitivizma je zavračal tezo, da je veljavnost pravne norme vezana zgolj na izpolnitev formalnih predpostavk in ne tudi ne njeno vsebinsko pravilnost ter se s težnjo k vsebinski pravilnosti norme in razpravo o vrednotah približal miselnosti naravnopravne teorije.<sup>27</sup> Čisto pozitivistično pojmovanje se namreč sploh ne ukvarja z vsebino prava, medtem ko naravnopravna teorija veljavnost zakona nujno veže na izpolnitev določene vrednote.<sup>28</sup> Njegovo teorijo bi lahko uvrstili med sintetične (integralne) teorije prava, ki se v sklopu preučevanja prava ukvarjajo s tremi prvinami, in sicer s konkretnimi življenjskimi primeri, pravnimi pravili in tudi z vrednotami.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 268.

<sup>24</sup> Prav tam, 269.

<sup>25</sup> Prav tam, 269.

<sup>26</sup> Prav tam, 269.

<sup>27</sup> Pavčnik (2015) *Teorija prava*. 591.

<sup>28</sup> Kaufmann (2013) *Uvod v filozofijo prava*. 349-350.

<sup>29</sup> Pavčnik (2015) *Teorija prava*. 585-586.

## 2.1 RADBRUCHOVO POJMOVANJE MORALE KOT DELA PRAVA

Kadar je govora o pravičnosti, nas to neizogibno pripelje tudi do vprašanja razmerja med pravom in moralo. Radbruchov pogled na to vprašanje je edinstven, saj ne sprejema klasične delitve na zunanost prava in notranost morale.<sup>30</sup> Morala je, tako kot pravo, kulturno pogojeni pojem, vendar je med njima tudi več pomembnih razlik. Na področju prava govorimo o pravnih normah, ki urejajo sobivanje posameznikov in imamo tako opravka s posameznikovim zunanjim vedenjem, področje vprašanja morale pa zadeva njegove notranje vzgibe, pri čemer pa ne smemo pozabiti, da so lahko pravno relevantni tudi posameznikovi notranji vzgibi, kadar na njihovi podlagi presojava posameznikovo zunanje vedenje ali v primerih kadar že sam notranji vzgib povzroči pravne posledice v zunanem svetu.<sup>31</sup> Pravo uveljavlja neko zunanjo voljo, medtem ko morala terja neko notranjo obveznost, zato ne zavezuje zaradi neke zunanje prisile, temveč zavezuje sama po sebi, iz občutka dolžnosti.<sup>32</sup> Ker je moralnost plod svobodne volje in osebnega prepričanja ter izvira iz notranjosti, je ni mogoče zapovedati na ravni pravne ureditve. Ideja prava se udejanja v in skozi dejanskost prava, podobno kot se moralnost uresničuje v in skozi dejanskost morale.<sup>33</sup> Pojma se le delno pokrivata, in sicer tam, kjer je morala smoter prava in s tem temelj njegovi zavezujoči veljavi.<sup>34</sup> Kot je poudarjal Radbruch, je »pravo ... le možnost morale in prav zato tudi možnost nemorale.«<sup>35</sup> Namen prava je, da ureja človeško sobivanje na način, da preprečuje ravnanje, ki je z njim v nasprotju, kar pa je mogoče doseči s spremembo pravnih meril v imperative oz. prepovedi in zapovedi.<sup>36</sup>

Pomembno je izpostaviti, da ni univerzalnega konsenza glede vsebinskih predpostavk morale. Morala je kulturno pogojen ter časovno in krajevno spremenljiv pojem, zato je na določenih mestih tudi neprimerna kot materialni pravni vir in predstavlja le pomembno sredstvo za določanje meja zakonskemu urejanju.<sup>37</sup> Nujna povezava prava in morale zato tudi ne more temeljiti na predpostavki enotnega koncepta morale, saj le-ta ne obstaja, zato se v različnih pravnih sistemih uveljavljajo tudi različni koncepti pravičnosti.<sup>38</sup>

---

<sup>30</sup> Chroust (1944) *The Philosophy of Law of Gustav Radbruch. The Philosophical Review* 33.

<sup>31</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava. 70-71.*

<sup>32</sup> Prav tam, 71-72.

<sup>33</sup> Chroust (1944) *The Philosophy of Law of Gustav Radbruch. The Philosophical Review* 33.

<sup>34</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava. 70-79.*

<sup>35</sup> Prav tam, 79.

<sup>36</sup> Prav tam, 74-75.

<sup>37</sup> Pavčnik (2015) *Teorija prava. 271-272.*

<sup>38</sup> Alexy (2000) *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. Ratio Juris* 143.

## 2.2 RADBRUCHOVA FORMULA

Kot je bilo že ugotovljeno, je obstoj pozitivnega prava nujno pogojen z neko avtoritativno tvorbo, oblastjo, ki je sposobna to pravo uveljaviti, pri čemer pa vedno obstaja možnost, da se uzakonijo tudi moralno sporna določila, določila, ki objektivno gledano ne morejo zadostiti kriteriju pravičnosti. Ta problematika se je jasno izrazila v času Hitlerjevega diktatorskega režima in je močno vplivala na kasnejše Radbruchovo pojmovanje razmerja med pravnimi vrednotami.<sup>39</sup> Leta 1946 je kot posledica Radbruchovih izkušenj z nemškim nacističnim režimom nastal spis *Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo* (nem. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*), v katerem je podal kritiko pravnega pozitivizma. V omenjenem delu je namreč poudarjal, da zgolj moč oz. sposobnost prisilno uveljaviti neko zakonodajo sama po sebi ne predstavlja najstva in veljavnosti, temveč zgolj prisilo oz. moranje.<sup>40</sup> Priznaval je sicer, da ima vsak zakon, ne glede na njegovo vsebino, neko vrednost, saj zagotavlja vsaj minimalno pravno varnost, vendar ob tem poudaril, da pravna varnost nikakor ni edina in najpomembnejša vrednota prava in s tem opozoril na možnost napetosti med navidezno pravičnostjo (tj. pozitivnim, vsebinsko spornim pravom) ter resnično, neuzakonjeno pravičnostjo.<sup>41</sup> Ugotavljal je, da med pravnima vrednotama pravičnosti in pravne varnosti prihaja do konflikta, ki ga je po njegovem prepričanju mogoče rešiti tako, da se vzpostavi kriterij, na podlagi katerega je mogoče razločiti tiste primere, pri katerih je pozitivno pravo sicer nepravilno, vendar kljub temu veljavno, ter tiste primere, pri katerih konflikt med pozitivnim pravom in pravičnostjo dosega takšno stopnjo neznosnosti, da mora pozitivno pravo kot nepravilno pravo dati prednost pravičnosti.<sup>42</sup> Takšna stopnja nevzdržnosti pa je dosežena v primerih, kadar si pozitivno pravo sploh ne prizadeva uveljavljati pravičnosti in kadar je pri vzpostavitvi pozitivnega prava zavestno kršeno načelo enakosti, ki predstavlja jedro pravičnosti.<sup>43</sup>

Radbruchova formula, kot izhaja iz zgornjega odstavka, temelji na razmerju med dvema pravnima vrednotama – pravno varnostjo in pravičnostjo. Bistvo prvega dela formule, ki ga imenujemo tudi formula neznosnosti je, da se mora zakon kot pozitivno pravo umakniti pravičnosti v primerih, ko nasprotje med pozitivnim pravom in pravičnostjo doseže nevzdržno raven.<sup>44</sup> V takšnih primerih govorimo o nepravilnem pravu. Drugi del formule, ki ji rečemo tudi

---

<sup>39</sup> Radbruch, Litschewski Paulson, Paulson (1946) *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law*. *Oxford Journal of Legal Studies* 1-11.

<sup>40</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 276.

<sup>41</sup> Prav tam, 119.

<sup>42</sup> Prav tam, 277.

<sup>43</sup> Prav tam, 277.

<sup>44</sup> Haldemann (2005) *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*. *Ratio Juris* 166.

formula zanikanja, predstavlja korak naprej, in sicer določa, da je uzakonjenemu pravu, ki ne teži k pravičnosti in pri nastajanju katerega je bila zavestno zanikana enakost kot temeljna predpostavka pravičnosti, dovoljeno oziroma celo potrebno odvzeti pravno veljavo.<sup>45</sup> Gre torej za zakonsko nepravo, ki pa zaradi pomanjkanja temeljne vsebinske predpostavke prava ni zavezujoče.<sup>46</sup> Radbruch je že v Petih minutah filozofije prava opozarjal na nujnost zavedanja možnosti obstoja vsebinsko tako nepravičnih in splošno škodljivih zakonov (ki npr. odrekajo človekove pravice), da posamezniki takšnih zakonov niso dolžni spoštovati in jim je dovoljeno in upravičeno odreči pravni značaj.<sup>47</sup> Odrekanje pravnega značaja zakonodaji je po Radbruchovi formuli dovoljeno v resnično skrajnih primerih, v primerih, kjer je pravni sistem dovolil nastanek ali obstoj tako skrajno nepravičnih zakonov, da je edina varovalka zoper tako nepravičen pravni sistem ravnanje posameznikov skladno z moralnimi načeli.

Formula je bila tarča številnih kritik teoretikov, predvsem tistih, ki so zastopali stališča pozitivističnih teorij prava. Kljub temu pa se je tudi Kelsen, ki je kot pozitivist zastopal stališče, da je tudi najbolj nepravičen zakon kljub temu zakon s polno veljavo, v takšnih primerih vendarle dotaknil vprašanja pravičnosti.<sup>48</sup> Za razliko od Radbrucha, ki je k *ex post* kaznivosti pristopal tako, da je skrajno nepravičnim zakonom, ki so dopuščali izvrševanje najhujših kaznivih dejanj oz. zanje niso predvidevali sankcij, odvzel pravno veljavo, je Kelsen izpostavil zgolj dolžnost kaznovanja storilcev za dejanja, ki sicer v času njihove izvršitve niso bila opredeljena kot kazniva dejanja, pa bi kot taka, upoštevajoč pravičnost in moralna načela, morala biti.<sup>49</sup> Kljub prepričanju nekaterih teoretikov, da lahko nova zakonodaja, ki nadomesti nekdanjo nepravično zakonodajo, retroaktivno odpravi učinke pretekle nepravične zakonodaje, pa seveda vedno obstaja tudi možnost, da je nova zakonodaja neučinkovita ali neaktivna, uporaba Radbruchove formule pa bi lahko v takšnih primerih predstavljala pomembno varovalko za zaščito temeljnih človekovih pravic.<sup>50</sup>

Kelsen je tudi pri utemeljitvi kaznovanja preteklih ravnanj, ki so bila izvršena skladno z nepravično zakonodajo, vztrajal pri ohranitvi teze o ločitvi prava in morale ter vzpostavil tezo o primarnosti mednarodnega prava, po kateri mednarodnopravni sistem predstavlja sistem od

---

<sup>45</sup> Haldemann (2005) Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris* 166.

<sup>46</sup> Pavčnik (2013) *Teorija prava*. 536-537.

<sup>47</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 269.

<sup>48</sup> Haldemann (2005) Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris* 167-170.

<sup>49</sup> Bongiovanni, Sartor, Valentini (2014) Philosophy of Law and International Criminal Law: Between Peace and Morality. *International Criminal Law Review* 755.

<sup>50</sup> Alexy (1999) A Defence of Radbruch's Formula. V: *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. 36.

morale neodvisnih pravnih norm, uporabljivih tudi na nacionalni ravni.<sup>51</sup> Ta primarnost je bila po njegovem prepričanju pomembna za ohranitev miru na mednarodnopravni ravni, pri čemer učinkovitost v razmerju do posameznikov omogoča zakonitost mednarodnega prava, in sicer preko vzpostavitve centraliziranega mednarodnopravnega sistema ter sprejema mednarodnih pogodb.<sup>52</sup> Poudaril je, da lahko mednarodne pogodbe na zakonit način vzpostavijo kazensko odgovornost posameznikov z retroaktivnim učinkom in uzakonijo dolžnost kaznovanja posameznikov za ravnanja, ki sicer v času njihove izvršitve niso bila opredeljena kot kazniva, saj običajno mednarodno pravo ne vsebuje pravil, ki bi prepovedovala uzakonitev norm z retroaktivno veljavo in so tako zmožna moralno dolžnost posameznika pretvoriti v pravno.<sup>53</sup>

Kelsen se na tak način torej ni izognil problematike potencialne kršitve načela prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje, kar nekateri teoretiki očitajo ravno Radbruchu. Najpomembnejši in najmočnejši argumenti zoper uporabno vrednost Radbruchove formule so namreč tisti, ki izpostavljajo vprašanje pravne varnosti in prepovedi načela retroaktivne kazenske zakonodaje v škodo obdolženca. Na tem mestu je pomembno izpostaviti, da za Radbrucha pravna varnost še vedno predstavlja najvišjo pravno vrednoto, njegova formula pa, kot poudarja Alexy, temelji na ideji ravnovesja vseh treh elementov, ki tvorijo koncept prava.<sup>54</sup> Ravno ideja ravnovesja vseh treh elementov pa dopušča, da se v primeru izjemne nepravilnosti pravna varnost umakne pravičnosti in tako izpolni zahtevo po pravilnosti, ki v svojem temelju zahteva tako izpolnitev pravičnosti kot tudi pravne varnosti.<sup>55</sup>

Drži sicer, da obstaja možnost zlorabe Radbruchove formule na način, da pripelje do kršitve načela *nulla poena sine lege*, vendar Radbruchu ni mogoče očitati, da se je temu vprašanju izognil, saj sam priznava tako vedno prisoten pojav napetosti med elementi prava in dejstvo, da se v primerih nevzdržne nepravilnosti nujno pojavi vprašanje žrtvovanja pravne varnosti zavoljo izpolnitve pravičnosti ali obratno.<sup>56</sup> Prav tako ne bi bilo ustrezno trditi, da Radbruchova formula vzpostavlja nove podlage kaznivosti, temveč kvečjemu odstranjuje določene podlage za oprostitev kazenske odgovornosti.<sup>57</sup> Po Radbruchovem prepričanju namreč lahko obstajajo tako nevzdržno nepravilne norme, kot tudi norme, katerih obstoj je nujen za zagotovitev

---

<sup>51</sup> Bongiovanni, Sartor, Valentini (2014) *Philosophy of Law and International Criminal Law: Between Peace and Morality. International Criminal Law Review* 741.

<sup>52</sup> Prav tam, 741-749.

<sup>53</sup> Prav tam, 749-750.

<sup>54</sup> Alexy (1999) A Defence of Radbruch's Formula. V: *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. 32.

<sup>55</sup> Prav tam, 33.

<sup>56</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 106-111.

<sup>57</sup> Alexy (1999) A Defence of Radbruch's Formula. V: *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. 36-38.

pravičnosti in zato veljajo ne glede na njihovo uzakonitev.<sup>58</sup> Zakonitost po Radbruchu ni pogojena zgolj z obstojem uzakonjenih in učinkovitih norm, temveč nujno vsebuje tudi element pravičnosti.<sup>59</sup> Radbruch se zato pri obravnavi nacistične zakonodaje ni osredotočal na problematiko potencialne kršitve načela prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje, saj je izhajal iz stališča, da nacističnih zakonov zaradi njihove nevzdržne vsebinske nepravičnosti sploh ni mogoče šteti za veljavno pravo in zato posledično ne more obstajati kakršen koli konflikt med pravičnostjo in načelom prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje kot ene izmed glavnih predpostavk pravne varnosti. Pregon teh ravnanj skladno z Radbruchovo teorijo sploh ne predstavlja *ex post* vzpostavitve nezakonitosti, saj so bila ta ravnanja po njegovem prepričanju nezakonita že v času njihove izvršitve. Njegova teorija je bistveno prispevala k nastanku doktrine vsebinske pravičnosti, ki temelji na predpostavki, da je primarni cilj pravnega reda preprečitev in kaznovanje socialno škodljivih, nevarnih ravnanj, in sicer ne glede na to ali je bilo takšno ravnanje v času njegove izvršitve že opredeljeno kot kaznivo.<sup>60</sup>

Zanimiv argument, ki še govori v korist uporabe Radbruchove formule je ta, da obstoj uveljavljene prakse, ki za veljavnost zakona zahteva izpolnitev minimalnega kriterija pravičnosti, lahko sicer v manjši meri in z omejenim učinkom vsaj v začetni fazi uveljavitve bolj oslabljenega nepravičnega državnega režima pripelje do odpora.<sup>61</sup> Prav tako upoštevanje splošno sprejetega nepozitivističnega koncepta prava lahko pušča pozitiven vpliv tudi v državi, v kateri je uveljavljen skrajno nepravičen pravni sistem, saj bo sodnik pri svoji odločitvi zagotovo pretehtal tudi možnost, da bo njegovo ravnanje po padcu trenutnega, skrajno nepravičnega režima deležno presoje z vidika nepozitivističnega koncepta prava in bo posledično lahko za takšno ravnanje tudi odgovarjal, kar pomeni, da sprejem nepozitivističnega koncepta prava vsaj v določeni meri lahko zameji učinke skrajno nepravičnih pravnih sistemov.<sup>62</sup> Zadnji argument zoper Radbruchovo formulo se nanaša na njeno nejasnost glede razmejitve, kdaj lahko neko ravnanje opredelimo za skrajno oziroma nevzdržno nepravično, kar pa je v veliki meri odvisno predvsem od argumentacije.<sup>63</sup> Fuller je ta problem želel odpraviti z vzpostavitvijo koncepta notranje moralnosti prava, ki je predstavljal neke vrste prekrivanje

---

<sup>58</sup> Bongiovanni, Sartor, Valentini (2014) *Philosophy of Law and International Criminal Law: Between Peace and Morality. International Criminal Law Review* 742.

<sup>59</sup> Prav tam, 754.

<sup>60</sup> Prav tam, 756-757.

<sup>61</sup> Alexy (1999) *A Defence of Radbruch's Formula. V: Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. 30-31.

<sup>62</sup> Prav tam, 31-32.

<sup>63</sup> Prav tam, 33-34.

formalnih predpostavk z vsebinsko pravičnostjo zakonodaje, vendar tudi ta ni popolnoma odpravil potrebe po uporabi Radbruchove formule, saj je koncept ostal popolnoma nemočen v primerih, kadar je bila sicer nepravična zakonodaja na primer sprejeta po zakonsko predpisanem postopku in tudi javno objavljena.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Alexy (1999) A Defence of Radbruch's Formula. V: *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* 34-35.

### 3 Evropsko sodišče za človekove pravice

Pretekle izkušnje iz obdobja druge svetovne vojne so vzpodbudile prizadevanja po preprečitvi podobnih dogodkov. Kot plod teh prizadevanj je bil ustanovljen Svet Evrope, katerega poglobitni namen je bil doseganje skupnih ciljev in uresničevanje najpomembnejših skupnih vrednot držav članic. Kot del nadzorstvenega mehanizma, ki naj bi učinkovito izvajal nadzor nad izvrševanjem in uresničevanjem najpomembnejših vrednot evropske skupnosti, je bilo leta 1959 ustanovljeno mednarodno sodišče Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP), katerega namen je, da kot del institucionalne strukture Sveta Evrope skrbi za nadzor nad izvrševanje določb Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP).<sup>65</sup> Slednja zavezuje vse članice Sveta Evrope, ki so hkrati tudi podpisnice EKČP. Glavno vodilo EKČP, kot izhaja iz njene preambule, je priznavanje in spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin kot temeljev pravičnosti in miru v svetu ter svobode in vladavine prava.<sup>66</sup> Vladavina prava je ena izmed predpostavk pravne države, katere pravni sistem zagotavlja enakopravno in predvidljivo obravnavanje pravnih subjektov in njihovih ravnanj.<sup>67</sup> Zasleduje vrednote vezanosti na pravo, pravne enakopravnosti, učinkovitosti, predvidljivosti ter spoštovanja in uresničevanja človekovih pravic.<sup>68</sup> Širši koncept vladavine prava zajema tudi pravno varnost, ki je zagotovljena z vsebinsko določnostjo pravnih aktov, na podlagi katerih lahko pravni subjekti razberejo svoje pravice in obveznosti ter ustrezno predvidijo, kakšne posledice bodo imela njihova dejanja.

ESČP ima pri izvrševanju svoje funkcije zahtevno nalogo, saj mora pri svojem odločanju, ki teži k vzpostavitvi enotnih standardov na področju človekovih pravic, hkrati upoštevati tudi kulturne, pravne in ideološke razlike posameznih držav pogodbenic. ESČP je v zvezi s svojim delovanjem razvilo dva koncepta. Prvi koncept je koncept diskrecijske pravice (ang. *margin of appreciation*), ki izpostavlja poseben pomen nacionalnih sodišč pri presojanju konkretnih primerov, saj ta najlažje razumejo problematiko, ki izvira iz socialnih okoliščin posamezne države, medtem ko drugi koncept, koncept živečega instrumenta (ang. *living instrument*) temelji na ideji, da celotne družbene problematike ni mogoče predvideti z EKČP, saj se varstvo človekovih pravic širi in razvija skupaj s spremembami v evropski družbi.<sup>69</sup> Bistvo doktrine diskrecijske pravice je razmejitev med primeri, o katerih je glede na družbene specifičnosti

---

<sup>65</sup> Arold (2007) *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. 20.

<sup>66</sup> Preambula Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, z dne 4. 11. 1950.

<sup>67</sup> Pavčnik. V: Cerar, Novak, Pavčnik (2014) *Uvod v pravoznanstvo*. 84-85.

<sup>68</sup> Loucaides (2007) *The European Convention on Human Rights: collected essays*. 37.

<sup>69</sup> Arold (2007) *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. 21.

posamezne pogodbenice ustrezneje odločati na nacionalni ravni, in tistimi primeri, ki zadevajo tako pomembne dobrine, da jih morajo spoštovani vse pogodbenice ne glede na njihove medsebojne tradicijske ali kulturne razlike, zato navedeni koncept tudi varuje kulturno in tradicionalno raznolikost evropske družbe.<sup>70</sup>

Če primerjamo pristojnost ESČP z drugimi mednarodnimi sodišči, na primer Sodišča Evropske unije (v nadaljevanju: Sodišče EU) ali Mednarodnega kazenskega sodišča (v nadaljevanju: MKS) ugotovimo, da je pristojnost ESČP bistveno bolj okrnjena. V primerjavi z MKS na primer ugotovimo, da je skladno z načelom komplementarnosti pristojnost MKS omejena na najhujša kazniva dejanja, ki zadevajo celotno mednarodno skupnost, in sicer genocid, hudodelstva zoper človečnost, vojna hudodelstva in kaznivo dejanje agresije<sup>71</sup>, v kolikor takšna kazniva dejanja niso bila ustrezno obravnavana pred nacionalnimi sodišči držav pogodbenic, bodisi nacionalna sodišča zoper predmetna kazniva dejanja sploh niso sprožila kazenskega postopka, bodisi ga sama ali na splošno niso zmožna sprožiti in izpeljati ali pa niso zmožna sprožiti in izpeljati ustreznega kazenskega postopka.<sup>72</sup> MKS je pristojno tudi v tistih primerih, v katerih nacionalna zakonodaja zataji, in sicer obstajajo vzvodi, ki MKS dovoljujejo sprožiti kazenski postopek, ne glede na to ali se pogodbenica s tem strinja ali ne.<sup>73</sup> Mednarodno pravo v takšnih primerih predstavlja primarni in ne podrejeni vir prava, ki zavezuje tudi posameznike in ne zgolj držav pogodbenic, kar se ujema s Kelsnovim konceptom mednarodnega prava.<sup>74</sup> Delovanje ESČP pa je drugačno. Postopek pred ESČP se lahko skladno z določbami 33. in 34. člena EKČP prične na podlagi obvestila katerekoli pogodbenice o domnevnih kršitvah določil EKČP in njenih protokolov oziroma na podlagi vloge posameznika, nevladne organizacije ali skupine posameznikov, ki zatrjujejo, da so žrtve kršitev pravic, priznanih z EKČP in njenimi Protokoli, oboje s strani katerekoli izmed držav pogodbenic.<sup>75</sup>

Kar zadeva odločitve posameznih sodišč, imajo odločitve Sodišča EU povečini direkten učinek, medtem ko je učinek EKČP v nacionalnih pravnih redih delno odvisen tudi od tega, ali v posamezni državi prevladuje monističen ali dualističen pristop do uporabe mednarodnega prava.<sup>76</sup> V državah članicah z dualističnim pristopom imajo tako določila EKČP pravni učinek

---

<sup>70</sup> Arold (2007) *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. 38-39.

<sup>71</sup> 1. odstavek 5. člena Rimskega statuta

<sup>72</sup> 17. člen Rimskega statuta

<sup>73</sup> Bongiovanni, Sartor, Valentini (2014) *Philosophy of Law and International Criminal Law: Between Peace and Morality*. *International Criminal Law Review* 760.

<sup>74</sup> Prav tam, 760.

<sup>75</sup> 33. in 34. člen EKČP

<sup>76</sup> Arold (2007) *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. 30.

samo v tistih primerih, kjer jim določbe ustave to izrecno omogočajo.<sup>77</sup> Prav tako kljub določbi 46. člena EKČP, ki določa, da so države pogodbenice zavezane spoštovati končne sodbe ESČP v vsaki zadevi, v kateri nastopajo kot stranke, ESČP nima izoblikovanega učinkovitega instrumenta za kaznovanje države članice, ki sodbe ESČP ne spoštuje.<sup>78</sup> Kljub temu, da so sodbe ESČP za pogodbenice zavezujoče, ne morejo odpraviti ali razveljaviti sodb nacionalnih sodišč, način uporabe in učinka sodb ESČP pa je odvisen od posamezne države članice.<sup>79</sup> Ne glede na to države članice v praksi povečini spoštujejo sodbe ESČP, včasih pa te sodbe celo bistveno vplivajo na spremembe nacionalnih pravnih redov držav članic.<sup>80</sup>

### 3.1 EKČP IN NAČELO ZAKONITOSTI

Določba 2. člena EKČP določa, da »nikomur ne sme biti življenje odvzeto, razen ob izvršitvi sodbe, s katero je sodišče koga spoznalo krivega za kaznivo dejanje, za katero je z *zakonom predpisana* smrtna kazen.«<sup>81</sup> Iz določbe 2. odstavka 6. člena EKČP izhaja, da »kdor je obdolžen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler ni v *skladu z zakonom* dokazana njegova krivda«.<sup>82</sup> Navedeni določbi sta le dve izmed številnih določb EKČP, ki vsebujejo besedne zveze kot so *predpisano z zakonom*, *določenost z zakonom*, *skladnost z zakonom*, ki po svoji vsebini narekujejo zahtevo po predvidljivosti in nearbitrarnosti zakonskih določil. Gre za izraz spoštovanja načela zakonitosti, ki je eno izmed glavnih vodil EKČP kot instrumenta za varstvo temeljnih človekovih pravic. EKČP kot mednarodna pogodba vzpostavlja mednarodnopravne standarde varstva temeljnih človekovih pravic in svoboščin za katere meni, da je njihovo varstvo potrebno zagotoviti tudi na mednarodni ravni. Iz navedenega razloga od držav pogodbenic terja tudi obstoj nacionalne zakonodaje, ki je vsebinsko primerna za ustrezno varstvo konvencijskih pravic in je skladna z načelom vladavine prava.<sup>83</sup> Bistvo načela zakonitosti je, da mora biti vsak poseg v konvencijsko pravico utemeljen z zakonodajo, pri čemer pa je ta pojem glede na sodno prakso ESČP širši, saj se ne nanaša zgolj na strogo formalno skladnost z zakonskim besedilom, temveč zahteva tudi izpolnitev določenih vsebinskih predpostavk.<sup>84</sup> Zakonitost je v smislu določb EKČP in sodno prakso ESČP pogojena z obstojem nacionalne zakonodaje, ki predstavlja podlago za poseg v določeno konvencijsko

---

<sup>77</sup> Arold (2007) *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. 30.

<sup>78</sup> Prav tam, 30.

<sup>79</sup> Prav tam, 31-35.

<sup>80</sup> Prav tam, 31-32.

<sup>81</sup> 1. odstavek 2. člena EKČP.

<sup>82</sup> 2. odstavek 6. člena EKČP.

<sup>83</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 76.

<sup>84</sup> Prav tam, 72-73.

pravico ter ustrezne kvalitete takšnega zakonskega določila, pri čemer pa ima oboje tako nacionalno kot mednarodno dimenzijo.<sup>85</sup> Kvalitativne predpostavke zakona predstavljajo izpeljavo krovnega načela vladavine prava in niso omejene zgolj na nacionalno zakonodajo, njihova neizpolnitev pa je pravno relevantna le v tistih primerih, kadar neustrezna kvaliteta prava občutno vpliva na poseg v konvencijske pravice.<sup>86</sup>

ESČP pri svojem odločanju v prvem koraku presoja obstoj nacionalne zakonodaje, ki predstavlja podlago za poseg v konkretno konvencijsko pravico ter po ugotovitvi, da takšna zakonodaja obstaja, nadaljuje presojo v drugem koraku, kjer se osredotoči na presojo kvalitativnih predpostavk konkretne zakonodaje. Pri tem poskuša ohranjati ravnotežje med spoštovanjem avtonomnosti držav pogodbenic pri ureditvi njihovih nacionalnih pravnih sistemov ter zagotovitvi učinkovitega varstva človekovih pravic. ESČP v razmerju do nacionalnih sodišč ne predstavlja instančnega sodišča, temveč subsidiarno varstvo, zato v svojih odločitvah (kot npr. v zadevi *Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji*) vedno znova izpostavlja, da je razlaga in uporaba nacionalnega prava primarna naloga pristojnih nacionalnih organov držav pogodbenic.<sup>87, 88</sup> Z morebitnimi dejanskimi ali pravnimi napakami nacionalnih sodišč se zato ukvarja zgolj v tistih primerih, kadar takšne napake povzročijo kršitve posameznih konvencijskih pravic.<sup>89</sup> Pri procesu ugotavljanja kršitev konvencijskih pravic presoja tudi obstoj morebitnih legitimnih podlag za poseg v konvencijska določila, pri čemer se ESČP opira na sodno prakso ter naslednje standarde: 1. vsak poseg v konvencijsko pravico mora biti skladen oz. določen z zakonom, 2. zasledovati mora zakonit cilj in 3. biti mora nujen v demokratični družbi.<sup>90</sup> ESČP ugotovi, da nacionalna zakonodaja ne zagotavlja ustreznega varstva konvencijskih pravic in s tem kršitev EKČP, kadar poseg v konvencijsko pravico ni skladen z zakonodajo, kadar je nacionalna zakonodaja pomanjkljiva ali sploh ne obstaja.<sup>91</sup>

### **3.2 POJEM ZAKONA V SMISLU DOLOČB EKČP IN SODNI PRAKSI ESČP**

Za razumevanje odločitev ESČP se je potrebno najprej dotakniti vprašanja pojmovanja zakona v smislu določb EKČP. Pojmovanje zakonodaje je bilo v zgodnejši sodni praksi ESČP bolj

---

<sup>85</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 73-79.

<sup>86</sup> Prav tam, 76.

<sup>87</sup> Prav tam, 80.

<sup>88</sup> *Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji*, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 49.

<sup>89</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 80.

<sup>90</sup> Dijk, Hoof, Rijn, Zwaak (2006) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 334-342.

<sup>91</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 80-81.

formalistično, saj je sledilo pretežno pojmovanju kontinentalnih pravnih sistemov, in sicer v smislu, da je kot bistven kriterij za opredelitev zakona upoštevalo vlogo parlamenta pri njegovem nastanku.<sup>92</sup> To se je na več mestih kmalu izkazalo za problematično. Stališče, da je nek akt mogoče šteti za zakon, če ga je sprejel parlament, je posledično izločilo akte, ki jih je sprejel kak drug nacionalni organ in mu je nacionalni pravni red priznaval moč zakona.<sup>93</sup> Pojem se je tako razširil še na podzakonske akte in akte, ki jih ni sprejel parlament, temveč tudi druga telesa ter na sodno prakso držav pogodbenic.<sup>94</sup> Začetke širitve koncepta pojma zakona je predstavljal tudi primer *The Sunday Times proti Združenemu Kraljestvu*, v katerem je ESČP izrecno poudarilo, da zakon v smislu določb EKČP pomeni tako zapisano kot tudi nezapisano pravo in vse odtlej takšno stališče potrdilo v številnih kasnejših odločitvah.<sup>95</sup>

Pri presoji mora ESČP spoštovati in upoštevati raznolikost številnih pravnih sistemov, pri tem pa vzpostaviti določene univerzalne kriterije za opredelitev pojma zakonodaje, kar je možno ob ohranitvi velike mere fleksibilnosti, to pa mu omogoča materialno in ne strogo formalno pojmovanje zakonodaje.<sup>96</sup> Presoja ESČP je posledično v veliki meri odvisna od posameznega pravnega reda, iz katerega določen primer izhaja. Izhodišče presoje zakonitosti ESČP je zato primarno presoja pojmovanja zakonitosti s strani pristojnih nacionalnih organov. Posebno težavo zato predstavljajo primeri, kadar je nacionalna zakonodaja dvoumna, nacionalna sodišča pa se še niso izrekla glede njene zakonitosti.<sup>97</sup> V takšnih primerih ESČP ne more opraviti temeljite presoje zakonitosti, temveč v primerih, kjer se nacionalna sodišča o potencialni nezakonitosti še niso izrekla, presodi, da je bil poseg zakonit, medtem ko v primerih, kjer so nacionalna sodišča odločala o zakonitosti posega, ESČP načeloma presoja zgolj učinke takšne razlage nacionalnega prava.<sup>98</sup> Drugače pa je v tistih primerih, kadar ESČP ne glede na odločitev nacionalnih sodišč, da je bil poseg zakonit, smatra, da so nacionalni organi ravnali arbitrarno. Tako je v zadevi *Kononov proti Latviji* ESČP izpostavilo, da je del njegove vloge pri zagotavljanju nadzora nad izvajanjem varstva konvencijskih pravic s strani držav pogodbenic tudi presoja morebitnih dejanskih napak nacionalnih sodišč, vendar le v kolikor so te povzročile kršitev konvencijskih pravic in se ugotovi, da so bili nacionalni organi pri odločanju arbitrarni.<sup>99</sup>

---

<sup>92</sup> Lupo, Piccirilli (2012) European Court of Human Rights and the quality of legislation: Shifting to a substantial concept of 'law'. *Legisprudence* 233.

<sup>93</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 232-233.

<sup>94</sup> Lupo, Piccirilli (2012) European Court of Human Rights and the quality of legislation: Shifting to a substantial concept of 'law'. *Legisprudence* 234-236.

<sup>95</sup> *The Sunday Times proti Združenemu kraljestvu*, št. 6538/74, ECHR 1979, para. 47.

<sup>96</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 83-84.

<sup>97</sup> Prav tam, 81.

<sup>98</sup> Prav tam, 82.

<sup>99</sup> *Kononov proti Latviji*, št. 36376/04, ECHR 2010, para. 189.

ESČP je zadržano pri kritikah nacionalne zakonodaje, še posebej redki so primeri, v katerih bi odločilo, da določen ukrep, ki predstavlja poseg v konvencijsko pravico, ni bil zakonsko utemeljen. V svojih odločitvah ESČP na začetku presoje pogosto izpostavlja, da je interpretacija in uporaba nacionalne zakonodaje še vedno primarno v rokah pristojnih organov držav pogodbenic ter presojo zakonitosti v večini primerov nato nadaljuje skozi vsebinske predpostavke oz. standard, ki ga imenuje kvaliteta zakonodaje (ang. *quality of law*), in ga tvorijo predpostavke dostopnosti, predvidljivosti ter obstoja ustreznih pravnih varoval zoper široko diskrecijsko polje organov oblasti.<sup>100</sup> Presoja navedenih predpostavk predstavlja prehod iz formalnega na vsebinsko pojmovanje prava.<sup>101</sup> Presoja zakonitosti pa ni odvisna samo od interpretacije nacionalnih sodišč, temveč tudi od argumentov strank postopka. V primerih, ko nobena izmed strank ne oporeka zakonitosti posega v konvencijsko pravico, ESČP zakonitosti posebej ne presoja, temveč o zadevi odloči na podlagi testa sorazmernosti.<sup>102</sup>

Na podlagi predpostavke dostopnosti zakonodaje ESČP presoja, ali se je imel posameznik možnost seznaniti z relevantno zakonodajo in jo ustrezno uporabiti v dejanskih okoliščinah.<sup>103</sup> Ta predpostavka ni nujno pogojena z obstojem zapisane zakonodaje, njene objave in načina objave, temveč lahko zadostno podlago za izpolnitev navedenega kriterija predstavljajo tudi na primer pravila običajnega prava.<sup>104</sup> Zadostuje, da je imel posameznik razumno možnost seznanitve s pravno normo, kar ESČP presoja glede na vsak posamezni primer, saj je strogost presoje odvisna tudi od vsebine posameznega zakona ter kroga posameznikov, na katere se nanaša.<sup>105</sup> Neizpolnjenost predpostavke dostopnosti ESČP ugotovi v zelo redkih primerih.<sup>106</sup>

Test predvidljivosti omogoča ugotavljanje jasnosti zakonskih določil in na podlagi njega presodi ali lahko povprečen posameznik razume pomen zakonskega določila in tudi predvidi pravne posledice svojih ravnanj.<sup>107</sup> Zaradi spremenljivih okoliščin in širšega kroga naslovnikov mora biti zakonodaja v veliki meri fleksibilna, to fleksibilnost pa udejanja skozi splošne formulacije in uporabo kategorizacij, ki po drugi strani zmanjšujejo absolutno predvidljivost

---

<sup>100</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 86-87.

<sup>101</sup> Lupo, Piccirilli (2012) European Court of Human Rights and the quality of legislation: Shifting to a substantial concept of 'law'. *Legisprudence* 234-235.

<sup>102</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 96.

<sup>103</sup> Prav tam, 87-88.

<sup>104</sup> Dijk, Hoof, Rijn, Zwaak (2006) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 654.

<sup>105</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 87-88.

<sup>106</sup> Prav tam, 87-88.

<sup>107</sup> Prav tam, 88-94.

zakonodaje.<sup>108</sup> Ne glede na stopnjo natančnosti zakonodaje vedno ostaja določeno polje, ki je odprto za interpretacijo zakonskih določil, kar pa je vloga sodne prakse.<sup>109</sup> Predpostavki predvidljivosti je zadoščeno v primerih, kjer je spoštovano ravnotežje med jasnostjo zakona in njegovo splošnostjo, saj slednje zakonodaji v največji meri omogoča prilagodljivost vsakemu posameznemu primeru.<sup>110</sup> ESČP presoja izpolnitev predpostavke predvidljivosti glede na vsak konkreten primer in neodvisno od presoje nacionalnih sodišč, pri čemer zadošča, da je posledica razumno predvidljiva.<sup>111</sup> Podobno kot velja za kriterij dostopnosti je tudi pri presoji predvidljivosti relevantno področje prava in kroga naslovnikov, na katere se nanaša.<sup>112</sup> Tako se na primer za določena pravna področja zaradi hitrejših sprememb zahteva manjša stopnja predvidljivosti, od strokovnjakov pa se pričakuje dobro poznavanje zakonodaje, ki se nanaša na njihovo profesionalno področje.<sup>113</sup> Nižja stopnja predvidljivosti in natančnosti se zahteva tudi na področjih ukrepov državne varnosti, ustavnega in disciplinskega prava ter prava, ki zadeva vprašanja morale.<sup>114</sup> Za izpolnitev predpostavke predvidljivosti pogosto zadostuje tudi dopolnjevanje splošnih določil zakonodaje z navodili in administrativnimi praksami ter obstoj dosledne, tako domače kot tudi mednarodne razlagalne sodne prakse, ki omogoča razlago v konkretnih primerih, kot je ESČP izpostavilo npr. v primerih *Silver in drugi proti Združenemu kraljestvu*<sup>115</sup> in *Kokkinakis proti Grčiji*<sup>116</sup>.

ESČP je najbolj neodvisno od presoje nacionalne zakonodaje s strani nacionalnih sodišč kadar gre za presojo tiste nacionalne zakonodaje, ki državnim organom zagotavlja določene diskrecijske pravice.<sup>117</sup> Zakonodaja mora namreč vsebovati tudi ustrezne varovalke zoper zlorabe, ki morajo jasno zamejiti obseg diskrecijske pravice organov oblasti in pogoje, pod katerimi je njena uporaba zakonita. Diskrecijska pravica sama po sebi ni v nasprotju z načelom predvidljivosti, v kolikor sta njen obseg in pogoji, pod katerimi je dovoljeno njeno izvrševanje, jasno določena, če zasleduje legitimen cilj in če ščiti interes posameznika zoper arbitrarne posege. V nasprotju z načelom vladavine prava pa je, kadar je diskrecijska pravica tako široka, da državnim organom dejansko podeljuje neomejeno moč.<sup>118</sup> Kriteriji, na podlagi katerih ESČP

---

<sup>108</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, 88-89.

<sup>109</sup> *Silver in drugi proti Združenemu kraljestvu*, št. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, ECHR 1983, para. 88.

<sup>110</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 88-89.

<sup>111</sup> Prav tam, 90.

<sup>112</sup> Prav tam, 90-91.

<sup>113</sup> Prav tam, 91.

<sup>114</sup> Prav tam, 91-92.

<sup>115</sup> *Silver in drugi proti Združenemu kraljestvu*, št. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, ECHR 1983, para. 88.

<sup>116</sup> *Kokkinakis proti Grčiji*, št. 14307/88, ECHR 1993, para. 40.

<sup>117</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 97.

<sup>118</sup> Prav tam, 97.

odloča o ustrezni zamejitvi diskrecijske pravice državnih organov, so določitev trajanja diskrecijske pravice, razlogov, ki narekujejo uporabo diskrecijske pravice in možnosti za presojo njene zakonitosti.<sup>119</sup> Obstoj zakonitih varovalk je tako še eden izmed kriterijev zakonitosti, ki se načeloma ne pojavlja kot popolnoma samostojen kriterij zakonitosti, temveč v povezavi s presojo dostopnosti in predvidljivosti, in sicer povečini v sklopu tistih primerov, kjer zakonodaja državnim oblastem podeljuje diskrecijske pravice.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 97.

<sup>120</sup> Prav tam, 101.

## 4 Sodna praksa ESČP

### 4.1 PRIMER STRELETZ, KESSLER IN KRENZ PROTI NEMČIJI

#### 4.1.1 Okoliščine primera

Nemška demokratična republika (v nadaljevanju: NDR), ki je želela preprečiti velik pretok svojih državljanov v sosednjo Zvezno republiko Nemčijo (v nadaljevanju: ZRN) in v ta namen 13. 8. 1961 zgradila Berlinski zid.<sup>121, 122</sup> Vrhovni državni in vojaški organi so uvedli prakso, ki je absolutno prepovedala prehod notranje nemške meje in sprejela izjemno stroge ukrepe za preprečitev nezakonitega prehoda, vključno z uporabo min in sistema avtomatskega orožja.<sup>123</sup> Med dovoljenimi ukrepi zoper domnevne kršitelje mejnega režima ob Berlinskem zidu so bili aretacija kršiteljev in tudi uporaba orožja, pri čemer so vodilni člani vrhovnih državnih in vojaških organov ukazali tudi '*uničenje*' (ang. *annihilation*, nem. *Vernichtung*) kršiteljev.<sup>124</sup> Takšna praksa je zapovedovala preprečitev prehoda meje za vsako ceno, tudi če je to pomenilo odvzem življenja posameznika, s takšno prakso pa je vrednoto varovanja meje postavila pred pravico do življenja, ki je v tistem času že predstavljala splošno sprejeto temeljno in najpomembnejšo vrednoto v mednarodni skupnosti. Posledica takšne državne prakse v zvezi z ukrepi varovanja meje je bila množica smrtnih žrtev.

Po padcu Berlinskega zidu ter združitvi obeh Nemčij je pred nacionalnimi sodiščih stekel kazenski postopek zoper osebe, domnevno odgovornih za številne smrtne žrtve, ki so bile posledica varnostnega režima notranje državne meje, med drugim tudi zoper pritožnike, ki so kot člani državnih organov NDR (od Sveta za nacionalno obrambo, Centralnega komiteja Enotne socialistične stranke (v nadaljevanju: ESS), Nacionalne ljudske armade, Državnega sveta, Politbiroja) ustvarjali in sprejemali smernice ter podajali navodila in ukaze v zvezi z varovalnim mejnim režimom ob Berlinskem zidu.<sup>125</sup> Nacionalna sodišča so na vseh stopnjah zoper pritožnike izdala obsodilne sodbe. Podlaga za obsodbe zoper pritožnike je bila tako zakonodaja NDR, vključno z njeno ustavo, mednarodne obveznosti NDR, sodišča pa so se v svojih odločitvah sklicevala tudi na Radbruchovo formulo. Zakon o državni meji NDR je zoper kršitelje mejnega režima dovoljeval tudi uporabo sile, vključno z uporabo orožja, takšna praksa

<sup>121</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 13.

<sup>122</sup> Miller (2001) Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership. *Leiden Journal of International Law* 655.

<sup>123</sup> Prav tam, 653-654.

<sup>124</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 15.

<sup>125</sup> Prav tam, para. 14-16.

pa je po mnenju okrožnega sodišča odkrito in nedopustno kršila temeljne predpostavke pravičnosti in mednarodno varovanih človekovih pravic.<sup>126</sup> Pritožniki so zatrjevali, da so bila njihova ravnanja skladna s takrat veljavno nacionalno zakonodajo in da so zato sodišča, ki so izdala obsodilne sodbe zoper pritožnike, kršila načelo prepovedi retroaktivne uporabe zakonodaje.<sup>127</sup>

Vrhovno sodišče je poudarilo, da so določbe Zakona o državni meji, ki so dopuščale uporabo sile zoper kršitelje varnostnega režima, kršile tako pravico do svobode gibanja kot tudi pravico do življenja ter izpostavilo, da bi NDR te pravice morala spoštovati, tudi če jih ni implementirala v svoj pravni red.<sup>128</sup> Argumentacijo pritožnikov je zavrnilo kot neutemeljeno zaradi nepravilne razlage domače zakonodaje in nasprotovanja hierarhično najvišjim pravnim pravilom oziroma načelom ter poudarilo, da ni prišlo do kršitve načela prepovedi retroaktivne uporabe zakonodaje, saj je nacionalna zakonodaja sama predvidevala omejitev uporabe sile, kar je bilo še posebej očitno ob uporabi razlage, skladne z ustavnimi določili in zavezujočimi mednarodnimi obveznostmi NDR.<sup>129</sup> Poudarilo je, da so argumenti, ki temeljijo na predpostavki, da je prepoved prečkanja meje vrednota, ki je pomembnejša od same pravice do življenja, nesprejemljiva in v nevzdržnem nasprotju z bistvom pravičnosti, zato se mora takšno pozitivno pravo umakniti pravičnosti.<sup>130</sup>

Zvezno ustavno sodišče je prav tako zavrnilo argumente pritožnikov, ki so se sklicevali na domnevno kršitev določbe 2. odstavka 103. člena Temeljnega zakona (v nadaljevanju: TZ).<sup>131</sup> Ta je določal, da zgolj zakonodaja lahko določi neko ravnanje za kaznivo in zanj predpiše kazen ter uveljavljal načelo prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje v škodo obdolženca.<sup>132</sup> Po mnenju Zveznega ustavnega sodišča je bil državni sistem NDR v takšnem nasprotju s pravičnostjo, da je njegov obstoj nujno pogojen tudi z obstojem oblasti, ki je takšen sistem uvedla in ga ohranjala.<sup>133</sup> Poudarilo je, da tudi kazenska zakonodaja NDR, ki je veljala v času izvršitve predmetnih ravnanj, absolutno prepovedovala odvzem človeškega življenja in za takšno kaznivo dejanje predpisovala najstrožje kazni ter izpostavila pomen objektivne pravičnosti, ki zajema tudi potrebo po spoštovanju človekovih pravic, priznanih s strani

---

<sup>126</sup> Strelitz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 19.

<sup>127</sup> Prav tam, para. 21.

<sup>128</sup> Prav tam, para. 20.

<sup>129</sup> Prav tam, para. 20.

<sup>130</sup> Prav tam, para. 22.

<sup>131</sup> Prav tam, para. 21-22.

<sup>132</sup> Prav tam, para. 22.

<sup>133</sup> Prav tam, para. 22.

mednarodne skupnosti ter na tej podlagi zaključila, da so argumenti pritožnikov popolnoma nesprejemljivi.<sup>134</sup> Po mnenju Zveznega ustavnega sodišča mora absolutna prepoved retroaktivne uporabe kazenskega prava v konkretnem primeru dati prednost objektivni pravičnosti, sicer bi izvrševanje kazenske oblasti prišlo v nasprotje z izvrševanjem načela vladavine prava.<sup>135</sup>

Nemška sodišča so sprva svoje sodbe utemeljila ob uporabi prava NDR, ki je bilo veljavno v času, ko so bila konkretna ravnanja izvršena in pritožnike spoznala odgovorih kaznivega dejanja napeljevanja k umoru, kasneje pa so se oprla na načelo, ki je izhajalo iz Pogodbe o združitvi, in je določalo, da se za ravnanja, ki so bila izvršena na območju NDR, uporablja pravo NDR, pravo ZRN pa samo v tistih primerih, kadar je pravo ZRN za obdolžence ugodnejše.<sup>136</sup> Na podlagi tega načela so nemška sodišča pritožnike obsodila za kaznivo dejanje naklepnega umora v posrednem storilstvu.<sup>137</sup> Pritožniki so po izčrpanju vseh pravnih sredstev sprožili postopek pred ESČP, pred katerim so zatrjevali kršitev načela prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje po določbi 7. člena EKČP.

#### 4.1.2 Presoja ESČP in analiza primera

Iz določbe 7. člena EKČP izhaja, da nihče ne sme biti obsojen za katerokoli dejanje, ki v času njegove izvršitve ni bilo definirano kot kaznivo po domačem ali mednarodnem pravu ter da sodišče ne sme izreči strožje kazni od tiste, ki je zagrožena po zakonodaji, veljavni v času izvršitve konkretnega ravnanja.<sup>138</sup> Navedeno predstavlja inkorporacijo načela *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, ki je eden izmed glavnih temeljev načela zakonitosti in varovalk varstva človekovih pravic v razmerju do morebitnih arbitrarnih posegov organov oblasti v kazenskem postopku, nanaša pa se tako na obsodbo kot tudi kazen. Določa, da lahko samo zakon določi neko ravnanje za kaznivo in zanj predpiše kazen ter prepoveduje retroaktivno uporabo kazenskega prava v škodo obdolženca.

ESČP je sprva pojasnilo, da je njegova vloga presoja potencialnih kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin, varovanih z EKČP, s strani držav pogodbenic ter da je razlaga in uporaba

---

<sup>134</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 22.

<sup>135</sup> Prav tam, para. 22.

<sup>136</sup> Prav tam, para. 19.

<sup>137</sup> Prav tam, para. 19.

<sup>138</sup> 1. odstavek 7. člena EKČP.

nacionalnega prava primarno naloga pristojnih organov posameznih držav pogodbenic.<sup>139</sup> Poudarilo je, kot je to storilo že v primeru *Kokkinakis proti Grčiji*, da je varstvo, ki izhaja iz 7. člena EKČP, temeljni element vladavine prava, ki v EKČP zaseda pomembno mesto, njegovo varstvo pa se ne razteza zgolj na prepoved retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje v škodo obdolženca, temveč določa tudi, da je kaznivo samo tisto dejanje, ki ga je za kaznivo določil zakon in zanj predpisal kazen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ter prepoveduje uporabo ekstenzivne razlage kazenske zakonodaje v škodo obdolženca, hkrati pa mora biti opredelitev kaznivega dejanja jasna do te mere, da lahko na njeni podlagi povprečen posameznik razbere, katera so tista ravnanja, za katera je lahko kazensko odgovoren.<sup>140, 141</sup>

Naloga ESČP v konkretnem primeru je tako bila presoditi, ali so ravnanja pritožnikov v času, ko so bila izvršena, glede na domače ali mednarodno pravo, ki je bilo dovolj dostopno in predvidljivo, predstavljala kazniva dejanja. Zato je morala najprej opredeliti relevantne pravne vire. Pojasnilo je, da pojem *zakona* v smislu določbe 7. člena EKČP pomeni tako zapisano kot tudi nezapisano pravo, ki izpolnjuje še kvalitativni predpostavki dostopnosti in predvidljivosti.<sup>142</sup> Ravno načelo prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje predstavlja pomemben sestavni del elementa predvidljivosti zakonodaje.<sup>143</sup> ESČP je ugotovilo, da je relevantna nacionalna zakonodaja določala, da je pri uporabi orožja vedno, kadar je to možno, primarna dolžnost varovati človeško življenje in ranjenim posameznikom zagotoviti prvo pomoč, kar ob izpostavitvi vrednote človeškega življenja nakazuje tudi na pomen uporabe načela sorazmernosti v primerih uporabe orožja.<sup>144</sup> Izpostavilo je, da je nacionalna zakonska določila potrebno interpretirati v luči določb ustave NDR, ki je prav tako izpostavljala pomen spoštovanja dostojanstva vsakega posameznika ter njegove nedotakljivosti in svobode tako s strani vsakega posameznika, kot tudi s strani državnih organov.<sup>145</sup> Kazenski zakonik NDR je v posebnem poglavju obravnaval tudi kazniva dejanja zoper mir, človečnost in človekove pravice, ki so ob uporabi interpretacije skladno z določili ustave NDR, predstavljale temelj ohranitve miru v svetu ter zaupanja v pomen varstva temeljnih človekovih pravic in dostojanstva vsakega človeškega bitja.<sup>146</sup>

---

<sup>139</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 49.

<sup>140</sup> Prav tam, para. 50.

<sup>141</sup> Kokkinakis proti Grčiji, št. 14307/88, ECHR 1993, para. 52.

<sup>142</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 50.

<sup>143</sup> Lautenbach (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. 105-106.

<sup>144</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 59-61.

<sup>145</sup> Prav tam, para. 61.

<sup>146</sup> Prav tam, para. 61-62.

Pri presoji dejanskih okoliščin primera je ESČP ugotovilo, da je bila večina žrtev mladih, neoboroženih ljudi, katerih namen je bil zgolj prečkati notranjo mejo med NDR in ZRN in ki s svojim ravnanjem niso predstavljali nikakršne grožnje drugim posameznikom.<sup>147</sup> Ugotovilo je, da je resno kaznivo dejanje skladno s takrat veljavno zakonodajo NDR predstavljalo ravnanje, ki je ogrožalo življenje ali zdravje posameznika, v kolikor je bilo ravnanje izvršeno z orožjem ali drugimi nevarnimi sredstvi in metodami oziroma je bilo izvršeno s posebno intenzivnostjo ali je bilo izvršeno v skupini.<sup>148</sup> Zakonodaja je uporabo orožja opredeljevala kot skrajni ukrep in vsebovala njeno absolutno prepoved zoper mladoletne osebe.<sup>149</sup> ESČP poudarilo, da je še posebej pomembna vloga države varovanje življenja posameznikov, ki je bila v mednarodni skupnosti že uveljavljena kot temeljna in najvišja vrednota.<sup>150</sup> Praksa, ki so jo uvedli državni in vojaški organi, katerih člani so bili ravno pritožniki, je predstavljala grobo kršitev obveznosti spoštovanja človekovih pravic in tudi drugih mednarodnih obveznosti NDR.

ESČP je zavrnilo argumente pritožnikov, da so bile obsodbe zoper njih popolnoma nepredvidljive in da so nacionalna sodišča kršila načelo prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje. Poudarilo je, da so pritožniki kot visoki funkcionarji organov NDR zagotovo poznali vsebino ustave in zakonodaje NDR, mednarodnih obveznosti NDR ter kritik mejnega varnostnega režima, k uvedbi in ohranitvi katerega so tudi sami pomembno pripomogli in posledično prispevali k nastanku razkola med zakonodajo NDR in njeno prakso.<sup>151</sup> Dejstvo, da zoper pritožnike v NDR ni bil sprožen kazenski pregon ter da pred nemškimi sodišči niso bili obsojeni vse do združitve obeh Nemčij ne pomeni, da njihova dejanja niso bila kazniva skladno s pravom NDR.<sup>152</sup> ESČP je ugotovilo, da se je Nemčija, kar zadeva obravnavo posameznikov, ki so v času trajanja starega režima izvršili kazniva dejanja, po združitvi soočala s podobnimi težavami kot druge države v tranzicijskem obdobju pri prehodu k demokratičnemu režimu. Mnenje ESČP je bilo, da je kazenski pregon storilcev, ki so izvršili kazniva dejanja v času trajanja starega režima, s strani države, katere pravni sistem temelji na načelu vladavine prava, zakonit ter da je uporaba in razlaga zakonodaje, skladno z načeli demokratične države, ki spoštuje načelo vladavine prava, ustreza.<sup>153</sup>

---

<sup>147</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 63.

<sup>148</sup> Prav tam, para. 63.

<sup>149</sup> Prav tam, para. 38.

<sup>150</sup> Prav tam, para. 67-73.

<sup>151</sup> Prav tam, para. 77-78.

<sup>152</sup> Prav tam, para. 79.

<sup>153</sup> Prav tam, para. 80-81.

Ne glede na odgovornost NDR kot države so bili kazensko odgovorni tudi posamezniki na podlagi 95. člena Kazenskega zakonika ZRN, ki je določal, da se posameznik, ki je kršil temeljne človekove pravice, ne more izogniti kazenski odgovornosti s sklicevanjem na pozitivno pravo oz. na ukaze ali zapisana navodila.<sup>154</sup> ESČP je poudarilo, da vsi mednarodni instrumenti za zaščito človekovih pravic, kot tudi ustava NDR, postavljajo pravico do življenja na sam vrh hierarhične lestvice, zato je presodilo, da je bila stroga interpretacija zakonodaje NDR nemških sodišč v konkretnem primeru skladna z določbo 7. člena EKČP.<sup>155</sup> Zaščita pravice do življenja je namreč primarna dolžnost države, ki jo izvršuje z vzpostavitvijo celovitega in učinkovitega kazenskopravnega sistema.<sup>156</sup> Poudarilo je, da je praksa izvotlila bistvo zakonodaje NDR, na kateri naj bi temeljila, zato po prepričanju ESČP ne gre za zakon v smislu določbe 7. člena EKČP.<sup>157</sup>

ESČP je nato primer presojalo še na podlagi relevantnih določil mednarodnega prava. Skladno s Splošno deklaracijo človekovih pravic in Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah (v nadaljevanju: MPDPP) je pravica do življenja neodtujljiva, temeljna in najpomembnejša pravica v hierarhični strukturi varstva človekovih pravic.<sup>158</sup> Pritožniki so se sicer sklicevali na določbo 2. odstavka 2. člena EKČP, ki določa izjeme od prej navedenega pravila, in sicer določa, da kot kršitev na šteje odvzem življenja, če je do odvzema prišlo zaradi uporabe nujno potrebne sile pri obrambi katerekoli osebe pred nezakonitim nasiljem, pri zakonitem odvzemu prostosti ali pri preprečitvi bega osebi, ki je zakonito priprta oziroma pri zakonitem dejanju, ki ima namen zadušiti izgrede ali vstajo, vendar je pri tem ugotovilo, da nobena izmed navedenih izjem ni uporabljiva v konkretnem primeru.<sup>159</sup>

Dalje je izpostavilo tudi, da je omejitev pravice svobode gibanja, zagotovljene v določbi 2. odstavka 2. člena Protokola št. 4 k EKČP in določbe 2. odstavka 12. člena MPDPP, dovoljena le pod pogojem, da je omejitev določena z zakonodajo, je nujna za zaščito nacionalne varnosti, javnega reda in miru, javnega zdravja, morale ali pravic in svoboščin drugih ter skladna z drugimi pravicami, ki jih določa MPDPP.<sup>160</sup> ESČP je presodilo, da zapovedi oz. ukazi, ki so tvorili prakso NDR, niso bili skladni z ustavo in njeno zakonodajo, saj ukrep, ki je skoraj celotnemu prebivalstvu NDR onemogočal zapustiti lastno državo ter za ravnanje v nasprotju z

---

<sup>154</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 30-75.

<sup>155</sup> Prav tam, para. 85.

<sup>156</sup> Prav tam, para. 86.

<sup>157</sup> Prav tam, para. 87-88.

<sup>158</sup> Prav tam, para. 92-93.

<sup>159</sup> Prav tam, para. 94-97.

<sup>160</sup> Prav tam, para. 98.

zakonodajo, ki je urejala državno mejo, predpisoval tako stroge sankcije, ni mogel biti nujen, niti sorazmeren, hkrati pa je kršil tudi samo pravico do življenja, zagotovljeno z določbo 6. člena EKČP.<sup>161</sup>

Gre za primer, ki zadeva vprašanje potencialne kršitve načela prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje in vsaj do določene mere predstavlja tudi odnos ESČP do uporabe Radbruchove formule. Nacionalna sodišča so namreč svoje odločitve utemeljevala s pomočjo Radbruchovih pisanj in njegovih stališč, ki tvorijo Radbruchovo formulo. Namesto argumenta nevzdržne nepravilnosti pozitivnega prava, tj. kadar zakon ne stremi k pravičnosti in pri vzpostavitvi katerega je bila zavestno zanikana enakost, ki po Radbruchovem prepričanju pripelje do odvzema moči zakona, je ESČP ubralo drugačen pristop in se namesto z vprašanjem nevzdržne pravičnosti ukvarjalo z vprašanjem dostopnosti in predvidljivosti tako nacionalne kot tudi mednarodne zakonodaje in nezapisanega prava. Uporabilo je torej vsebinski koncept prava oziroma kriterij, ki ga je v svoji sodni praksi poimenovalo kot kvaliteto prava ter ugotovilo, da je bilo zadoščeno kriteriju dosegljivosti in predvidljivosti tako nacionalne zakonodaje, ki je predstavljala podlago za kazensko odgovornost pritožnikov, kot tudi relevantnih mednarodnih pravnih virov. Ob interpretaciji nacionalne zakonodaje, še posebej pa v luči domače ustave, ki je poudarjala pomen človeškega življenja, njegovega dostojanstva in svobode kot temeljnih pravic, je ugotovilo tudi predvidljivost obsodbe pritožnikov za predmetna kazniva ravnanja, zavrnilo argumente pritožnikov glede domnevne nepredvidljivosti obsodbe ter sprejelo odločitev, da ni prišlo do kršitve določbe 1. odstavka 7. člena EKČP.

Nadvse zanimivo je, da se ESČP do ustreznosti uporabe Radbruchove formule kljub temu, da so se pritožniki sklicevali na neustreznost njene uporabe v konkretnih primerih, ni opredelilo, temveč je poudarilo, da zadostuje dejstvo, da so nacionalna sodišča prišla do enake odločitve kot jo je sprejelo tudi ESČP, ne glede na pot, ki so jo pri svoji odločitvi ubrala. Razlogov za takšen izogib vprašanju ustreznosti uporabe Radbruchove formule je lahko več. Prvi potencialni razlog za takšno ravnanje bi lahko predstavljalo stališče ESČP, da je uporaba Radbruchove formule neustrezna zaradi nasprotja z načelom pravne varnosti. Radbruchova formula namreč lahko dejansko pripelje do retroaktivnega učinka kazenske zakonodaje in poseže v predhodno veljavna pravna razmerja in pravne posledice, ki so iz ravnanj na podlagi predhodno veljavnih pravnih določil, izhajala. Navedeno ruši zaupanje v pravo in posledično predstavlja poseg v načelo pravne varnosti, ki po svojem bistvu zahteva, da se vsak posameznik lahko zanese na

---

<sup>161</sup> Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji, št. 34044/96, 35532/97 in 44801/98, ECHR 2001, para. 100.

veljavno pravo, na podlagi katerega se lahko odloča o svojih ravnanjih in ustrezno predvidi tudi pravne posledice svojih ravnanj.

Glede na to, da je ESČP pri svoji argumentaciji ubralo drugačno pot in se v obrazložitvi oprlo na določila nacionalne zakonodaje in mednarodnega prava, bi lahko kot drug razlog izogibanju omembe Radbruchove formule izpostavili, da Radbruchova formula v konkretnem primeru po mnenju ESČP ni bila neustrezna, temveč odveč. To lahko ponovno odkriva dva pogleda ESČP na uporabo Radbruchove formule. Pogled ESČP bi lahko bil, da utemeljitev na podlagi nacionalne zakonodaje in mednarodnega prava predstavlja trdnejšo podlago za utemeljitev odločitve ali pa, da uporaba Radbruchove formule ni potrebna zato, ker je svojo odločitev lahko utemeljilo že na podlagi nacionalne zakonodaje in mednarodnega prava in zato presoja na drugi stopnji z uporabo Radbruchove formule, ki bi lahko prišla v poštev ob pomanjkanju ustrezne zakonske podlage, ni potrebna. Po mnenju Millerja pa zavrnitev uporabe Radbruchove formule ni povezana z njeno vsebinsko neustreznostjo za uporabo v pravnem okolju, temveč s socialno političnimi okoliščinami.<sup>162</sup> Meni, da se je sicer ne izrecno izraženo zavrnitvijo Radbruchove formule ESČP želelo izogniti vtisu, da enači nepravilnost konkretnih ravnanj z ravnanji nacionalsocialistov iz časa Hitlerjeve vladavine, v zvezi s katerimi je bila namreč Radbruchova formula prvič omenjena.<sup>163</sup> Na tak način naj bi ESČP zavzelo bolj nevtralnno stališče in se tako namesto s popolno obsodbo pravnega in političnega sistema Vzhodne Nemčije izognilo poglobitvi razdora in napetosti med Vzhodno in Zahodno Nemčijo na način, da je novemu pravnemu sistemu Vzhodne Nemčije priznalo prizadevanja pri vzpostavitvi novega demokratičnega režima.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> Miller (2001) *Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership*. *Leiden Journal of International Law* 661.

<sup>163</sup> Prav tam, 661.

<sup>164</sup> Prav tam, 661—663.

## 4.2 PRIMER BAKA PROTI MADŽARSKI

### 4.2.1 Okoliščine primera

Pritožnik je pred izvolitvijo na mesto predsednika Vrhovnega sodišča na Madžarskem sedemnajst let opravljal sodniško funkcijo na ESČP in bil dobro leto dni tudi član pritožbenega sodišča v Budimpešti.<sup>165</sup> Dne 22. junija 2009 je bil izvoljen na mesto predsednika Vrhovnega sodišča za obdobje šestih let, z iztekom mandata 22. junija 2015.<sup>166</sup> Hkrati je opravljal tudi funkcijo predsednika Nacionalnega sveta za sodstvo (v nadaljevanju: NSS), organa, katerega funkcija je opravljanje nadzora nad osrednjo upravo sodišč.<sup>167</sup> Leta 2010 je na Madžarskem prišlo do temeljitih ustavnih in zakonodajnih reform, v zvezi s katerimi je pritožnik kot nosilec funkcije predsednika NSS, skladno s svojimi nalogami in dolžnostmi, večkrat javno izrazil mnenje oziroma podal kritiko predlaganih ustavnih in zakonodajnih reform, ki so se nanašale na področje pravosodja, in sicer predvsem na položaj sodnikov ter nepristranskost in neodvisnost sodstva.<sup>168</sup>

Temeljni zakon, ki je nadomestil madžarsko ustavo in s katerim je bila Kuria proglašena za najvišji sodni organ na Madžarskem, je bil sprejet 25. aprila 2011, parlament pa je naknadno sprejel še prehodne določbe, ki so proglasile Kurio za pravnega naslednika Vrhovnega sodišča ter določile (predčasno) prenehanje mandata predsednika Vrhovnega sodišča z datum začetka veljavnosti Temeljnega zakona, tj. s 1. januarjem 2012.<sup>169</sup> Dopolnitve zakonodaje, ki so urejale organizacijo sodišč, so uvedle tudi nov pogoj za izvolitev na funkcijo predsednika Kurie, in sicer najmanj pet let opravljanja sodniške funkcije na Madžarskem.<sup>170</sup> Pritožnik, ki mu je na podlagi zakonodajnih sprememb predčasno prenehal mandat predsednika Vrhovnega sodišča, tako posledično ni mogel biti izvoljen na funkcijo predsednika Kurie, saj na novo uvedenega pogoja ni izpolnjeval. Z začetkom veljave Temeljnega zakona je prenehala veljati tudi zakonodaja, ki je omogočala izplačilo prejemkov po prenehanju predsedniškega mandata.<sup>171</sup> Navedena zakonodaja je sicer ostala v veljavi v omejenem obsegu in z dopolnitvijo, ki je določala, da so bili nekdanji predsedniki vrhovnega sodišča sicer upravičeni do izplačila omenjenih prejemkov, vendar pod pogojem, da so v času začetka veljavnosti novega zakona že

---

<sup>165</sup> Baka proti Madžarski, št. 20261/12, ECHR 2016, para. 12.

<sup>166</sup> Prav tam, para. 12.

<sup>167</sup> Prav tam, para. 13.

<sup>168</sup> Prav tam, para. 15.

<sup>169</sup> Prav tam, para. 24-33.

<sup>170</sup> Prav tam, para. 35.

<sup>171</sup> Prav tam, para. 37.

dosegli upokojitveno starostno mejo, ki pa je pritožnik še ni dosegel in posledično tudi ni bil upravičen do navedenega izplačila.<sup>172</sup> Predčasno prenehanje mandata je imelo za pritožnika je imelo poleg prenehanja funkcije tako tudi druge posledice, in sicer izgubo dohodka kot tudi drugih ugodnosti, ki se nanašajo na opravljanje funkcije predsednika vrhovnega sodišča.<sup>173</sup>

Pritožnik je pred ESČP zatrjeval, da je bil ukrep predčasnega prenehanja njegovega mandata kot predsednika vrhovnega sodišča glavna posledica njegovih izraženih mnenj v zvezi z madžarsko zakonodajno reformo in tako predstavljal kršitev konvencijske pravice svobode izražanja varovane z določbo 10. člena EKČP.<sup>174</sup> Po mnenju pritožnika poseg v njegove konvencijske pravice ni bil predpisan z zakonodajo, saj je bila konkretna zakonodaja samovoljna, retroaktivna in tako popolnoma nezdržljiva z načelom vladavine prava.<sup>175</sup> Prav tako je izpostavil, da ukrep ni bil nujen v demokratični družbi in tudi ni obstajal legitimen cilj, ki bi upravičeval konkreten ukrep, saj je ravno izražanje mnenja pritožnika kot predsednika Vrhovnega sodišča o zakonodajnih spremembah na področju pravosodja bistvenega pomena za varstvo načela vladavine prava, neodvisnosti pravosodja in njegovega učinkovitega delovanja, vse navedeno pa je v javnem interesu in predstavlja nujne predpostavke za delovanje demokratične družbe.<sup>176</sup> Uveljavljal je tudi kršitev pravice do poštenega sojenja, zagotovljene z določbo 1. odstavek 6. člena EKČP, saj mu je bila onemogočena presoja domnevne kršitve njegove pravice (pravice do opravljanja funkcije do izteka mandata) pred pristojnimi nacionalnimi organi.<sup>177</sup>

#### **4.2.2 Presoja ESČP in analiza primera**

ESČP je na podlagi presoje okoliščin primera ter sosledja dogodkov, ki so vodili do prenehanja pritožnikovega mandata zavrnilo argumente madžarske vlade o razlogih za domnevno prenehanje potrebe po nadaljnjem obstoju funkcije predsednika vrhovnega sodišča ter pritrdilo navedbam pritožnika o direktni vzročni zvezi med izvrševanjem pritožnikove pravice do svobode izražanja in predčasnim prenehanjem njegovega mandata kot predsednika Vrhovnega sodišča, ter potrdilo, da je res prišlo do posega v pritožnikovo pravico.<sup>178</sup> Po ugotovitvi, da je

---

<sup>172</sup> Baka proti Madžarski, št. 20261/12, ECHR 2016, para. 37.

<sup>173</sup> Prav tam, para. 36-37.

<sup>174</sup> Prav tam, para. 126-128.

<sup>175</sup> Prav tam, para. 129.

<sup>176</sup> Prav tam, para. 130.

<sup>177</sup> Prav tam, para. 88.

<sup>178</sup> Prav tam, para. 140-152.

prišlo do posega v konvencijsko pravico, je ESČP v drugem koraku ugotavljalo utemeljenost konkretnega posega. Za namen te magistrske naloge je bistvenega pomena predvsem argumentacija ESČP v zvezi z ugotavljanjem, ali je bil ukrep predpisan z zakonom. Pritožnik je namreč zatrjeval, da je bila zakonodaja, na kateri je bil utemeljen poseg v njegovo pravico, individualizirana, arbitrarna, samovoljna in retroaktivna do takšne mere, da ji ni bilo mogoče pripisati statusa zakona v smislu določb EKČP, zaradi česar naj ukrep sploh ne bi bil utemeljen na zakonodaji.<sup>179</sup> Koncept, ki predvideva možnost odvzema pravne veljave zakonu je podoben konceptu Radbruchove formule. Slednja predvideva odvzem pravne veljave in s tem tudi pravnega učinka nevzdržno nepravilnega zakona. Za razliko od Radbruchove formule pa v konkretnem primeru po argumentaciji pritožnika predstavlja podlago za odvzem pravne veljave zakona njegova individualizirana, arbitrarna, samovoljna in retroaktivna narava.

Glede pritožnikovih navedb, da mu je bila onemogočena sodna presoja potencialnih kršitev njegovih pravic, je ESČP najprej ugotovilo, da je madžarsko pravo sicer vsebovalo določbe, ki predstavljajo podlago za sodno presojo morebitnih kršitev v zvezi s prenehanjem delovnega razmerja uslužbenca sodišča, tako da nacionalna zakonodaja kot takšna, sama po sebi, ni izključevala dostopa do sodišča.<sup>180</sup> V konkretnem primeru je dostop do sodišča onemogočalo dejstvo, da je bila podlaga za prenehanje mandata predsednika Vrhovnega sodišča zagotovljena s Temeljnim zakonom, kar je posledično izključevalo možnost sodne presoje.<sup>181</sup> ESČP je posebej izpostavilo, da lahko nacionalna zakonodaja, ki izključuje pravico dostopa do sodišča, učinkuje skladno z določbo 1. odstavka 6. člena EKČP samo v primeru, v kolikor je ta zakonodaja skladna z načelom vladavine prava.<sup>182</sup> Ena izmed predpostavk, ki omogoča skladnost zakonodaje z načelom vladavine prava pa je tudi njena splošna uporaba, kar v konkretnem primeru pomeni, da je kakršen koli poseg v konvencijsko pravico, ki je usmerjen proti posamezniku, nasproten z načelom vladavine prava.<sup>183</sup> ESČP je izpostavilo, da pravica dostopa do sodišča sicer ni absolutna, vendar jo je dovoljeno omejiti le, če ta omejitev zasleduje legitimen cilj in je ukrep sorazmeren cilju, ki ga želi doseči, pri čemer je ugotovilo, da je v konkretnem primeru država pogodbenica s tem, ko je ustvarila situacijo, ki je pritožniku popolnoma onemogočala uveljavljanje domnevne kršitve njegove pravice pred pristojnimi nacionalnimi organi, izvotlila bistvo pritožnikove pravice dostopa do sodišča.<sup>184</sup> Oprlo se je

---

<sup>179</sup> Baka proti Madžarski, št. 20261/12, ECHR 2016, para. 129.

<sup>180</sup> Prav tam, para. 114.

<sup>181</sup> Prav tam, para. 115.

<sup>182</sup> Prav tam, para. 117.

<sup>183</sup> Prav tam, para. 117.

<sup>184</sup> Prav tam, para. 120-121.

tudi na mnenja drugih organov mednarodne skupnosti kot na primer Beneške komisije in Parlamentarne skupščine Sveta Evrope, ki so se dotaknili tudi vprašanja neenake obravnave pritožnika v konkretnem primeru in ki so v povezavi z upoštevanjem dejanskih okoliščin osvetlili dejstvo, da je bila nacionalna zakonodaja dejansko individualizirana v razmerju do pritožnika. Parlamentarna skupščina Sveta Evrope je svoje mnenje o neutemeljenosti razlikovanja obravnave predsednika Vrhovnega sodišča v primerjavi s sodniki Vrhovnega sodišča podkrepila z dejstvom, da je madžarski parlament sprejel odločitev o začasni prekinitvi postopkov imenovanja sodnikov do 1. januarja 2012, torej do dne, ko se je pritožniku predčasno iztekel mandat.<sup>185</sup> Evropska komisija je opozorila na določila zakonodaje Evropske unije (v nadaljevanju: EU) v zvezi z enakopravno obravnavo na področju zaposlovanja, ki prepovedujejo starostno diskriminacijo, pri čemer je poudarila, da je takšno razlikovanje lahko dovoljeno zgolj na podlagi utemeljenih objektivnih razlogov, ki pa jih v konkretnem primeru ni uspela najti.<sup>186</sup> Odbor za človekove pravice je opozoril na dolžnost države, da varuje posameznika pred diskriminacijo, pri čemer je izpostavil, da je to še posebej bistveno v primerih, ki zadevajo zaposlene v javnem sektorju.<sup>187</sup>

Kljub izpostavitvi problematike individualizirane narave določil nacionalne zakonodaje ter vzpostaviti situacije, ki je pritožniku onemogočala uveljavljanje kršitve njegove pravice pred nacionalnimi sodišči, se je ESČP izognilo jasni opredelitvi do potencialne neskladnosti nacionalne zakonodaje z načelom vladavine prava ter jo opisalo zgolj kot dvomljivo, nato pa poudarilo, da bo kljub temu nadaljevalo na predpostavki, da je bil ukrep, ki je predstavljal podlago za poseg v pritožnikovo konvencijsko pravico, predpisan z zakonom ter v naslednjih korakih presojalo utemeljenost zasledovanega cilja ter nujnost ukrepa v demokratični družbi.<sup>188</sup> ESČP je prav tako zavrnilo argumente madžarske vlade, da je bil cilj konkretnega spornega ukrepa ohraniti neodvisnost sodstva in poudarilo, da je takšno predčasno prenehanje mandata predsednika Vrhovnega sodišča kvečjemu popolnoma nasprotno cilju, ki naj bi ga želeli doseči, saj je ravno neodstavljalivost sodnikov eden izmed glavnih instrumentov, ki zagotavljajo neodvisnost sodstva.<sup>189</sup> Podobno se je opredelila tudi glede nujnosti ukrepa v demokratični družbi, kjer je izpostavila, da je ravno izražanje mnenja pritožnika kot predsednika Vrhovnega sodišča o zakonodajnih spremembah, ki zadevajo področje delovanja pravosodja, bistvenega pomena za varstvo načela vladavine prava, neodvisnosti sodne veje oblasti in njenega

---

<sup>185</sup> Baka proti Madžarski, št. 20261/12, ECHR 2016, para. 59-62.

<sup>186</sup> Prav tam, para. 65.

<sup>187</sup> Prav tam, para. 75.

<sup>188</sup> Prav tam, para. 153-154.

<sup>189</sup> Prav tam, para. 155-157.

učinkovitega delovanja, vse to pa je v javnem interesu in predstavlja nujne predpostavke za delovanje demokratične družbe.<sup>190</sup> Odločilo je, da je v konkretnem primeru prišlo do kršitve pravice dostopa do sodišča (1. odstavek 6. člena EKČP) in pravice do svobode izražanja (10. člen EKČP).<sup>191</sup>

Ravno zaradi zadržanosti ESČP pri opredelitvi do (ne)skladnosti nacionalne zakonodaje z načelom vladavine prava in do navedbe pritožnika, da ukrep ni bil predpisan z zakonom, je še posebej zanimivo ločeno pritrnilno mnenje sodnikov Pinta de Albuquerqueja in Dedova. Glede na sosledje dogodkov v zvezi s tekom zakonodajne reforme na področju pravosodja ter izvrševanjem pritožnikove pravice do svobode izražanja v zvezi z opravljanjem njegove funkcije kot predsednika Vrhovnega sodišča ločeno mnenje izpostavlja, da je bil ključni cilj predmetne nacionalne zakonodaje nedvomno doseči določen učinek zoper konkretnega posameznika (*ad hominem zakonodaja*) ob hkratni spretni izključitvi možnosti sodne presoje potencialne kršitve pritožnikove pravice.<sup>192</sup> Iz ločenega mnenja izhaja tudi, da je ESČP obstoj pravice pritožnika, ki mu je bila zagotovljena z zakonodajo, ki je veljala v času njegove izvolitve na funkcijo predsednika vrhovnega sodišča, utemeljevalo na podlagi mednarodnih pravnih virov, ki zadevajo načelo neodvisnosti sodstva in ne na podlagi določil nove ustavne zakonodaje.<sup>193</sup> Prehodne določbe Temeljnega zakona so po mnenju sodnikov Pinta de Albuquerqueja in Dedova neustavna ustavna določila, saj so nasprotovala tako običajnemu pravu kot tudi načelu neodvisnosti sodstva, zagotovljenemu ravno s Temeljnim zakonom, na katerem naj bi konkretna določila temeljila.<sup>194</sup>

Glede *ad hominem* narave nacionalne zakonodaje ločeno mnenje izpostavlja, da nacionalna zakonodaja pritožniku ni izrecno onemogočila dostopa do sodišča in sicer zato, ker ni zadostila minimalnim kriterijem kvalitete prava v smislu določb EKČP ter ob tem omenja stališča Gustava Radbruchu o obstoju temeljnih pravnih načel, ki so pomembnejša od kakršnegakoli pozitivnega prava in ki v situacijah, ko ta stopijo v nasprotje s pozitivnim pravom, slednjemu odvzamejo pravno veljavo.<sup>195</sup> Omemba Radbruchovega stališča na tem mestu je še posebej zanimiva, saj daje vtis, da sodnika Pinto de Albuquerque in Dedov nekako vzpostavljata vzporednico med minimalnimi predpostavkami zakona v smislu določb EKČP oziroma

---

<sup>190</sup> Baka proti Madžarski, št. 20261/12, ECHR 2016, para. 158-176.

<sup>191</sup> Prav tam, para. 196.

<sup>192</sup> Prav tam, para. 14.

<sup>193</sup> Prav tam, para. 6-7.

<sup>194</sup> Prav tam, para. 7.

<sup>195</sup> Prav tam, para. 15.

predpostavkami kvalitete prava, ki jih je vzpostavilo ESČP ter najpomembnejšimi, temeljnimi, splošno veljavnimi pravnimi načeli v smislu Radbruchove teorije prava. Izpostavila sta, da brez dvoma obstaja tesna vez med neustrezno kvaliteto prava v smislu določb EKČP in *ad hominem* ciljem predmetne zakonodaje, ki potrjuje očitno nezakonitost zasledovanega cilja.<sup>196</sup> Tudi ESČP je pri svoji presoji prišlo do zaključka, da je bil sprejeti ukrep, ki je povzročil predčasno prenehanje pritožnikovega mandata, neskladen z domnevno zasledovanim ciljem.<sup>197</sup>

Vprašanje individualizirane zakonodaje, ki predstavlja temeljno problematiko konkretnega primera, lahko navežemo tudi na vsebino in uporabno vrednost Radbruchove formule v praksi. Radbruchova formula namreč predstavlja neke vrste nadgradnjo njegove teorije, ki temelji na predpostavki obstoja vsesplošno veljavnih in od pozitivnega prava neodvisnih najpomembnejših pravnih načel, ki v primeru konflikta s pozitivnim pravom slednjemu odvzamejo pravno veljavo. Kot jedro pravičnosti določa enakost in poudarja, da se lahko pravno veljavo odreče zgolj tistim pravnim določilom, ki so v nevzdržnem nasprotju s pravičnostjo, to je takrat, kadar takšna določila zavestno zanikajo enakost. Po Radbruchu je bistvo pravnih predpisov njihova težnja k pravičnosti in s tem k enakosti, doseganje tega pa jim omogoča splošnost.<sup>198</sup> Navedeno predpostavlja določeno mero korelacije med splošnostjo zakonodaje in načelom enakosti, na podlagi česar pa bi lahko predpostavili, da večja kot je splošnost zakonodaje, tem bolj takšna zakonodaja spoštuje načelo enakosti, medtem ko je individualizirana zakonodaja bolj odprta za možnost nastanka potencialnih kršitev načela enakosti. Namen individualizirane zakonodaje je namreč ravno v tem, da doseže učinek zoper določenega posameznika, kar pa je v nasprotju z zahtevo po splošnosti zakonodaje in spoštovanju enakosti pred zakonom. Vendar pa opredelitev enakosti pred zakonom ni vedno tako preprosta kot se morda zdi na prvi pogled, saj ne pomeni namreč zgolj stroge ločitve na enako obravnavo enakih subjektov ter različno obravnavo neenakih. Tako kot je možna diskriminacija na podlagi navidezno nevtralnih pravnih določil, lahko tudi zakonodaja, ki razlikuje med določenimi skupinami subjektov, na katere je naslovljena, takšno razlikovanje uveljavlja ravno z namenom vzpostavitve enakopravnosti.<sup>199</sup> Dejanska uporabnost Radbruchove formule v konkretnih primerih je zaradi ohlapnega sklicevanja na enakost lahko vprašljiva.

---

<sup>196</sup> Baka proti Madžarski, št. 20261/12, ECHR 2016, para. 16.

<sup>197</sup> Prav tam, para. 156.

<sup>198</sup> Radbruch (2007) *Filozofija prava*. 67-69.

<sup>199</sup> Harris (2014) *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 790.

## 4.3 PRIMER LOIZIDOU PROTI TURČIJI

### 4.3.1 Okoliščine primera

Po turški okupaciji območja na severnem delu Cipra leta 1974 je turška vlada leta 1975 razglasila Turško republiko Severni Ciper (v nadaljevanju: TRSC) in leta 1985 sprejela tudi ustavo. Ta je določala, da vse od 13. februarja 1975 naprej zapuščene nepremičnine oziroma nepremičnine brez lastnikov ter nepremičnine, ki bi morale biti v javni lasti, čeprav njihovo lastništvo še ni bilo določeno, in se dne 15. novembra 1983 nahajajo na območju TRSC, postanejo last TRSC.<sup>200</sup> Pritožnica, državljanka Cipra, je pred ESČP uveljavljala, da ji turške sile onemogočajo izvrševanje njene lastninske pravice na nepremičninah, ki se nahajajo na turškem okupiranem območju severnega Cipra in s tem kršitev določb 1. člena Protokola št. 1 in 8. člena EKČP.<sup>201</sup> Mednarodna skupnost je razglasitvi neodvisnosti odločno nasprotovala. Varnostni svet Združenih narodov (v nadaljevanju: VS ZN) je leta 1983 sprejel resolucijo, s katero je jasno odrekel svoje priznanje samooklicani državi TRSC, razglasitev označil za pravno neveljavno in pozval tudi druge države, da ji odrečejo priznanje.<sup>202</sup> Podobno je ravnala tudi preostala mednarodna skupnost, vključno z odborom ministrov Sveta Evrope ter voditelji držav Commonwealtha.<sup>203</sup> Turška vlada je pred ESČP zatrjevala, da je TRSC demokratična država, katere ustava je bila sprejeta na podlagi referendumu in je plod izvajanja pravice do samoodločbe.<sup>204</sup>

### 4.3.2 Presoja ESČP in analiza primera

Navedeni primer se nanaša na domnevno kršitev pravice do premoženja, varovane s Protokolom št. 1 k EKČP. Določba 1. člena Protokola št. 1 zagotavlja varstvo pravice do mirnega uživanja premoženja ter prepoved njegovega odvzema, razen kadar tako narekuje javni interes in ob izpolnitvi zakonsko določenih pogojev ter spoštovanja splošnih načel mednarodnega prava.<sup>205</sup> Izhajajoč iz besedila tega člena Protokola št. 1 je njegov primarni namen zaščita zoper nezakonite posege državnih organov, pri čemer je poseg lahko skladen z

---

<sup>200</sup> Loizidou proti Turčiji, št. 15318/89, ECHR 1996, para. 18.

<sup>201</sup> Prav tam, para. 11-38.

<sup>202</sup> Prav tam, para. 19-20.

<sup>203</sup> Prav tam, para. 21-23.

<sup>204</sup> Prav tam, para. 35.

<sup>205</sup> 1. odstavek 1. člena Dodatnega protokola št. 1 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin

EKČP in njenimi protokoli, če izpolnjuje predpostavke zakonitosti in sorazmernosti.<sup>206</sup> Pritožniki v takšnih primerih svoje zahteve pogosto utemeljujejo z argumentacijo, da njihove premoženjske pravice niso prenehale, temveč je predhodni režim ustvaril stanje, ki jim je onemogočal izvrševanje njihovih premoženjskih pravic oziroma da je do odvzema premoženjskih pravic prišlo na podlagi takrat veljavne zakonodaje, v zvezi s katero pa pritožnik uveljavlja, da je bila vsebinsko tako nepravilna, da ni imela pravnega učinka.<sup>207</sup> Pritožnica je v konkretnem primeru zatrjevala, da njena premoženjska oziroma lastninska pravica ni prenehala, temveč so ji turške oblasti, ki so okupirale območje na severu Cipra, na katerem so se nahajale njene nepremičnine, onemogočile njeno izvrševanje, zato je bila bistvenega pomena rešitev vprašanja ali je bil akt, ki je predstavljal podlago za omejitev oz. odvzem lastninske pravice pritožnice, veljavno pravo.

Ker je obravnava primerov, ki se nanašajo na poseg v premoženjske pravice, močno vezana tudi na vprašanje restitucije, v zvezi s katero tako države pogodbenice kot tudi ESČP zavzemajo različna stališča, velja tudi na kratko omeniti dva temeljna pogleda na vlogo restitucije in njen vpliv na načelo vladavine prava, ki sta se izoblikovala v pravni teoriji. Prvi izhaja iz predpostavke, da institut restitucije krepi načelo vladavine prava ter predstavlja garancijo, da bodo premoženjske pravice varovane tudi v prihodnje, medtem ko drugi pogled institutu restitucije ni naklonjen, saj izhaja iz stališča, da v prehodnih primerih (tj. v primerih, ki izvirajo iz držav, v katerih je prišlo do zamenjave režima) omogoča poseg v premoženjske pravice, ki so bile pridobljene v dobri veri in s tem na nek način ruši pomen vrednote stabilnosti in posledično načela vladavine prava.<sup>208</sup> Zagovorniki slednjega pogleda namreč menijo, da je načelu vladavine prava zadoščeno že z vzpostavitvijo novih institucij in pravnih norm, ki hkrati predstavljajo tako zadoščenje za žrtve kot tudi zadostno varovalko, ki omogoča, da do podobnih posegov v konvencijske pravice v prihodnosti ne bo več prišlo.<sup>209</sup> Odločitve ESČP v zvezi s primeri, ki zadevajo posege v premoženjske pravice pritožnikov, so zato v veliki meri odvisni od tega, h kateremu izmed zgoraj naštetih pogledov je sodnik bolj naklonjen.

V predstavljenem primeru je bila naloga ESČP opraviti presojo, ali je bila omejitev pritožničine lastninske pravice zakonita oziroma skladna s takrat veljavno zakonodajo. Kot je bilo že izpostavljeno, koncept načela vladavine prava po praksi ESČP ni zgolj formalističen, temveč

---

<sup>206</sup> Allen, Douglas (2011) Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights. V: *Transitional Jurisprudence and the ECHR*. 214-215.

<sup>207</sup> Prav tam, 215.

<sup>208</sup> Prav tam, 210-212.

<sup>209</sup> Prav tam, 211-212.

zahteva tudi izpolnjevanje določenih kvalitativnih predpostavk, tj. da mora biti pravna norma dostopna, natančna in predvidljiva. Vprašanje kršitve načela zakonitosti je vprašanje, do katerega je ESČP v veliki meri zadržano, zato ustreznost zakonodaje najpogosteje presoja skozi presojo elementov dostopnosti, natančnosti in predvidljivosti, ki skupaj zadostijo kriteriju kvalitete prava.<sup>210</sup> Ker so za razlago in uporabo nacionalnega prava primarno pristojna nacionalna sodišča, ESČP nacionalno pravo presoja le v tolikšni meri, kot je potrebno za ugotovitev, ali je prišlo do zatrevane kršitve konvencijske pravice. Odločitev ESČP je odvisna tudi od vloge, v katero se ESČP postavi, torej ali zavzame vlogo udeleženca ali vlogo opazovalca, pri čemer se pri slednjem postavi v vlogo nacionalnega sodišča in poskuša razrešiti spor, ne da bi pri tem razreševalo vprašanja, ki izhajajo z vsebine nacionalne zakonodaje, torej npr. obstoja lastninske pravice.<sup>211</sup> Lahko pa, skladno z doktrino avtonomnega pomena (ang. *autonomous meaning*), vsebini konvencijske pravice pripiše drugačen pomen, kot ji ga je pripisala država pogodbenica z nacionalnim pravom in s tem prepreči, da bi se države pogodbenice s preoblikovanjem vsebine pravic izognile svojim obveznostim po EKČP.<sup>212</sup>

Konkretni primer predstavlja eno izmed redkih izjem v praksi ESČP, kjer je ESČP nacionalnemu pravnemu aktu, ki je predstavljal podlago za omejitev oz. odvzem lastninske pravice pritožnice, jasno odreklo pravno veljavo. Posebej zanimivo je, da do takšne odločitve ni prišlo s pomočjo Radbruchove formule, temveč skozi čisto pozitivistično pojmovanje prava.<sup>213</sup> V kolikor bi ESČP želelo pravnemu aktu, torej v konkretnem primeru ustavi TRSC, odvzeti pravno veljavo s pomočjo uporabe Radbruchove formule, bi to lahko storilo tako, da bi dokazalo skrajno vsebinsko nepravilnost konkretnega akta. Jedro pravičnosti po Radbruchu predstavlja enakopravnost, zato bi morale ESČP izkazati, da vsebina ustave TRSC zavestno zanika enakost. Takšno dokazovanje je lahko izjemno zahtevno in lahko kaj hitro pripelje tudi do konflikta med vlogo ESČP kot mednarodnopravnega instrumenta za zaščito človekovih pravic, varovanih z EKČP in njenimi protokoli ter suverenostjo pogodbenice. Mejo, ki razmejuje polje pristojnosti ESČP in države pogodbenice, pogosto ni enostavno določiti, zato lahko presoja nacionalne zakonodaje s strani ESČP pripelje do zapletov, ki se jim ESČP želi izogniti.

---

<sup>210</sup> Allen, Douglas (2011) Closing the door on restitution: the European Court of Human Rights. V: *Transitional Jurisprudence and the ECHR*. 218.

<sup>211</sup> Prav tam, 225.

<sup>212</sup> Prav tam, 225.

<sup>213</sup> Prav tam, 218.

V konkretnem primeru se ESČP ni spuščalo v vsebinsko presojo nacionalnega akta in njegove pravičnosti, temveč izpostavilo, da je EKČP kot mednarodno pogodbo za zaščito človekovih pravic potrebno razlagati skladno s pravili in načeli mednarodnega prava in se pri svoji odločitvi oprlo na ostra nasprotovanja mednarodne skupnosti razglasitvi neodvisnosti TRSC, na podlagi česar je zaključilo, da mednarodna skupnost TRSC ne priznava statusa suverene države, kar posledično pomeni, da ji tudi ESČP ne more priznati takšnega statusa v smislu določb EKČP.<sup>214</sup> Presoja zakonitosti pravosodnih in administrativnih aktov TRSC se je ESČP izognilo, saj takšna presoja zaradi že izkazane pravne neveljavnosti razglasitve neodvisnosti TRSC ni bila več potrebna. Na podlagi ugotovitve o nepriznanju TRSC je zaključilo, da zaradi neveljavne zakonske podlage pritožničina lastninska pravica ni mogla ugasniti in ugotovilo, da je prišlo do kršitve 1. člena Protokola št. 1.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> Loizidou proti Turčiji, št. 15318/89, ECHR 1996, para. 42—44.

<sup>215</sup> Prav tam, para. 46—47.

## 5 Zaključek

Namen analize treh primerov iz sodne prakse je bil prikazati temeljne značilnosti presoje primerov in argumentacije ESČP ter na podlagi tega opredeliti dejansko uporabno vrednost Radbruchove formule v praksi ESČP. Temeljna misel Radbruchove formule izhaja iz tehtanja pomena pravičnosti in pravne varnosti v primerih, v katerih si navedeni vrednoti stopita v nasprotje in v izjemnih primerih predvideva možnost prevlade pravičnosti nad pravno varnostjo. Smoter pravne varnosti kot enega izmed postulatov načela vladavine prava je ohranitev stabilnosti pravnega reda in njegove predvidljivosti, zato posegi v pravno varnost niso zaželeni, s tega vidika pa je vprašljiva tudi sprejemljivost uporabe Radbruchove formule pri odločanju na pravnem področju. Še posebej je problematična njena uporaba na področju kazenskega prava, saj trči ob načelo prepovedi retroaktivne uporabe kazenske zakonodaje v škodo obdolženca.

Problematična je tudi presoja (ne)enakosti na podlagi Radbruchove formule, ki je formulirana preohlapno, da bi ji lahko pripisali dejansko uporabno vrednost pri rešitvi konkretnih primerov v praksi. Na podlagi stroge formalistične uporabe Radbruchove formule bi lahko na primer prišli do zaključka, da zakonodaja, ki določa, da je volilna pravica pridržana zgolj osebam, ki so dopolnile 18 let, zavestno krši enakost, saj ni mogoče dokazati, da razlikovanje med posamezniki na podlagi njihove starosti v takšnem primeru ni zavestno. Bistveno očitnejši so primeri zakonodaje iz časa Hitlerjevega režima, ki je predstavljala podlago za odvzem premoženja vsem osebam židovske veroizpovedi, saj slednja že na prvi pogled pri povprečnem posamezniku vzbudi občutek nepravilnosti. Pa vendar tako prvi kot tudi drugi primer, v kolikor bomo Radbruchovo formulo strogo formalistično, predstavljata situaciji, na podlagi katerih je zakonodajalec zavestno kršil enakost. Res pa med njima obstaja bistvena razlika, in sicer dejanska podlaga oziroma okoliščine, na podlagi katerih je takšna odločitev zakonodajalca utemeljena ter sam cilj takšne zakonodaje. V drugem primeru je takšno razlikovanje utemeljeno na podlagi verske pripadnosti, ki že na podlagi določbe 14. člena EKČP predstavlja eno izmed okoliščin, ki lahko predstavljajo podlago za prepovedano diskriminacijo. Obstoj prepovedane diskriminacije pa je v konkretnem primeru potrjen z ugotovitvijo nezakonitosti cilja takšne zakonodaje, ki je postaviti neko skupino posameznikov, določeno na podlagi njihove verske pripadnosti, v bistveno slabši položaj. Takšen cilj je še toliko bolj jasn ob izpostavitvi dejstva, da so bile konkretnim posameznikom odvzete pravice, ki so jim do trenutka sprejema takšne diskriminatorne zakonodaje dejansko pripadale. Iz vsega napisanega izhaja, da je torej

uporabna vrednost Radbruchove formule kot take dokaj omejena, če k presoji ne pritegnemo še drugih kriterijev.

Kot končno ugotovitev bi želela izpostaviti še dejstvo, da je varstvo temeljnih človekovih v mednarodnem prostoru že tako razvejano in utrjeno s številnimi mednarodnopravnimi akti, da si situacije, ki ne bi sankcionirala tako hudih kršitev človekovih pravic, do kakršnih je prišlo na primer v času Hitlerjevega režima, le s težavo predstavljamo. Na podlagi opravljene analize zato smatram, da uporaba Radbruchove formule pri obravnavi konkretnih primerov ni nujna, saj v praksi ESČP obstajajo drugačni vzvodi, ki omogočajo dosego enakega rezultata kot bi ga povzročila uporaba Radbruchove formule v primerih obravnave nacionalne zakonodaje, ki je neskladna z načelom zakonitosti. Njen obstoj zato nima konkretne uporabne vrednosti v praksi, lahko pa predstavlja pomemben opomnik na dejstvo, da obstoj pozitivnega prava ni nujno pogojen z njegovo pravičnostjo in opozarja, da je v takšnih primerih potrebna ohranitev kritičnega pristopa pri presoji tovrstne zakonodaje in na nujnost vzpostavitve učinkovitih varovalk zoper takšne neutemeljene posege v človekove pravice, predvsem na mednarodnopravni ravni, ki imajo učinek tudi v nacionalnih pravnih sistemih.

## 6 Literatura

### 6.1 MONOGRAFIJE

- Arold, Nina-Louisa (2007) *The legal culture of the European Court of Human Rights*. Leiden, Netherlands; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Buyse, Antoine Christian, Hamilton, Michael (2011) *Transitional jurisprudence and the European Convention on Human Rights: justice, politics, and rights*. Cambridge University Press.
- Cerar, Miro, Novak, Aleš, Pavčnik, Marijan (2014) *Uvod v pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Dijk, Pieter van, Hoof, Godefridus J. H. van, Rijn, Arjen B., Zwaak, Leo (2006) *Theory and practice of the European Convention on human rights*. Antwerpen; Oxford: Intersentia.
- Dyzenhaus, David (1999) *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Oxford; Portland (Oregon): Hart Publishing.
- Harris, D. J. (2014) *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European convention on human rights*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Kaufmann, Arthur (2013) *Uvod v filozofijo prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Lautenbach, Geranne (2013) *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: University Press.
- Loucaides, Loukis G. (2007) *The European Convention on Human Rights: collected essays*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Pavčnik, Marijan (2015) *Teorija prava: prispevek k razumevanju prava*. Ljubljana: Itagraf.

### 6.2 ČLANKI

- Alexy, Robert (2015) Legal Certainty and Correctness. *An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* XXVIII, 441—451.
- Alexy, Robert (2000) On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris* XIII, 138—147.
- Allen, Tom (2007) Compensation for Property Under the European Convention on Human Rights. *Michigan Journal of International Law* XXVIII, 287—335.
- Bix, Brian H. (2011) Radbruch's Formula and Conceptual Analysis. *The American Journal of Jurisprudence* LVI, 45—57.

- Bix, Brian H. (2006) Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. *Rechtstheorie* XXXVII, 139—149.
- Bongiovanni, Giorgio, Sartor, Giovanni, Valentini, Chiara (2014) Philosophy of Law and International Criminal Law: Between Peace and Morality. *International Criminal Law Review* XIV, 738—767.
- Chroust, Anton-Hermann (1944) The Philosophy of Law of Gustav Radbruch. *The Philosophical Review* LIII, 23—45.
- Dothan, Shai (2011) Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* XII, 115—142.
- Haldemann, Frank (2005) Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris* XVIII, 162—178.
- Leawoods, Heather (2000) Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher. *Washington University Journal of Law & Policy* II, 489—515.
- Lupo, Nicola, Piccirilli, Giovanni (2012) European Court of Human Rights and the quality of legislation: Shifting to a substantial concept of 'law'. *Legisprudence* VI, 229—242.
- Miller, Russell (2001) Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership. *Leiden Journal of International Law* XIV, 653—663.
- Radbruch, Gustav, Litschewski Paulson, Bonnie, Paulson, Stanley L. (1946) Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies* XXVI, 1—11.

### 6.3 MEDNARODNE POGODBE

- Rome Statute of the International Criminal Court, dostopno na: <http://www.un.org/law/icc/index.html>.
- Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic, dostopno na [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SLV.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SLV.pdf).

#### 6.4 SODBE EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

- Baka v. Hungary, no. 20261/12, ECHR 2016, dostopno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113>.
- Kokkinakis v. Greece, no. 14307/88, ECHR 1993, dostopno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>.
- Kononov v. Latvia, no. 36376/04, ECHR 2010, dostopno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>.
- Loizidou v. Turkey, no. 15318/89, ECHR 1996, dostopno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58007>.
- Silver and others v. The United Kingdom, no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75; ECHR 1983, dostopno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57577>.
- Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, no. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001, dostopno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59353>.
- The Sunday Times v. United Kingdom, no. 6538/74, ECHR 1979, dostopno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57583>.