



**NOVA
UNIVERZA**

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Ob dvajseti obletnici ustave in ustavnega sodišča: razmislek o nedotakljivem jedru slovenske ustavne identitete

Peter Jambrek

Article information:

To cite this document:

Jambrek, P. (2018). Ob dvajseti obletnici ustave in ustavnega sodišča: razmislek o nedotakljivem jedru slovenske ustavne identitete, Dignitas, št. 53/54, str. 3-11.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/53/54-1>

Created on: 07. 12. 2018

To copy this document: publishing@nova-uni.si

For Authors:

Please visit <http://revije.nova-uni.si/> or contact Editors-in-Chief on publishing@nova-uni.si for more information.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



© Nova univerza, 2018



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA SLOVENSKE
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



**NOVA
UNIVERZA**

EVROPSKA PRAVNA
FAKULTETA



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA DRŽAVNE
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Ob dvajseti obletnici ustave in ustavnega sodišča : razmislek o nedotakljivem jedru slovenske ustavne identitete¹

Peter Jambrek

Nastajanje novega Ustavnega sodišča nakazuje vez med zgodovinskimi izvori slovenske države in njene Ustave ter doktrino nedotakljivega jedra veljavne ustavne identitete Slovenije.

Nastajanje novega ustavnega sodišča

Ne more biti dvoma, da je sedanje Ustavno sodišče nov organ že zgolj zaradi dejstva, da se je na podlagi Temeljne ustavne listine 25. junija 1991 preoblikovalo iz sodišča ene izmed zveznih enot tedanje Jugoslavije v Ustavno sodišče nove neodvisne države. Res pa je, da je ustanavljanje novega Sodišča trajalo dalj časa, več kot tri leta – recimo od oktobra 1990, ko je nastopilo funkcijo pet po prvih svobodnih volitvah imenovanih sodnikov, pa vse do uveljavitve Zakona o ustavnem sodišču 2. aprila 1994.

Ves ta čas so bile pravne podlage za delo Ustavnega sodišča notranje neskladne in začasne. Do sprejema nove Ustave je Sodišče sodilo na podlagi določb jugoslovanske in slovenske ustave ter ustavnih amandmajev k obema. Po sprejemu Temeljne ustavne listine ter UZITUL je »smiselno« uporabljalo tudi zvezne predpise »če niso nasprotovali pravnemu redu Slovenije«. Po sprejemu nove Ustave pa je lahko presojalo predpise bivše države, če »so posegaliv človekove pravice in temeljne svoboščine.«²

Šele po izteku roka za uskladitev predustavnih predpisov z novo ustavo konec leta 1993 in po sprejemu Zakona o ustavnem sodišču so se pravne podlage za njegovo delo končno ustalile.

Tudi sestava sodniškega zbora je bila prvih nekaj let spremenljivi-

¹ Podlaga tega dela pričujoče razprave je besedilo govora na slavnostni seji Ustavnega sodišča ob Dnevu ustavnosti, Ljubljana, 23. Decembra 2011.

² V ponazorilo omenjam zgodbo o svoji prisegi za predsednika Ustavnega sodišča aprila leta '91 – ko so se prisotni kolegi drezali s komolci in sklepali stave, ali bom res prisegel, da bom spoštoval Ustavu Socialistične federativne republike Jugoslavije.

va in nepopolna. Leta 1991 so odšli še trije sodniki prejšnje sestave – ki pa jih tedanja Skupščina skoraj dve leti ni uspela nadomestiti z izvolitvijo novih. Sodišče je tako skoraj dve leti, od julija 1991 do maja 1993, sodilo v sestavi šestih sodnikov. Šele ko so prisegli trije novi sodniki – Janez Snoj, Boštjan M. Zupančič in Lojze Ude – je Sodišče od sredine leta 1993 začelo delati v polni sestavi.

Šele tedaj se začne »zlata doba« novega Sodišča: število zadev je začelo rasti.³ Obrazložitve so bile vedno popolnejše, ločena mnenja sodnikov povedno pogostejša. Uporabljati so se začele nove oblike izreka in novi načini izvrševanja odločb. Uvajali so se iz prakse drugih uglednih ustavnih sodišč prevzeti sodni testi. Sodišče je iskalo v ustavnih načelih implicirane nove pravice. Ustavnosodno so bili na novo argumentirani številni do tedaj manj poznani civilni, kazenski in upravno pravni inštituti. Sodišče je zaokrožalo temeljne ustavnih doktrin delitve oblasti, poštenega sodnega postopka, pravne države in drugih.

Predvsem pa je skozi vsa devetdeseta leta Ustavno sodišče izvajalo temeljno ustavnosodno kontrolo prehoda iz jugoslovanskega nedemokratskega in nelastniškega sistema v novi, z evropskimi pravnimi standardi skladni pravni sistem.

Če povzamemo, je že res, da je 25. junija 1991, na prvi Dan neodvisnosti, nastalo tudi novo Ustavno sodišče. Ampak naslednjega dne se za Sodišče ni spremenilo nič pravno oprijemljivega.⁴ Po razglasitvi neodvisnosti so bila potrebna vsaj tri leta trdega dela vsega sodniškega kolegija in strokovnih služb Sodišča, da so bili dograjeni tisti temelji slovenskega ustavnega sodstva, na katerih je bilo možno po desetih letih in še deset let pozneje rezultate tega dela strniti v sedanj⁵ Komentar slovenske Ustave v skupnem obsegu treh tisočev strani.

³ Ob omembi krivulje rasti ustavnosodnih zadev kot atributa "zlate dobe" slovenskega Ustavnega sodišča se mi je zazdelo, da sem zaznal diskretno muzanje nekaterih prisotnih v razpravni dvorani Ustavnega sodišča. Sedanja (2011) (pre)obremenjenost se je po preteku časa in v spremenjenih okoliščinah utegnila zdeti komu prej znamenje zatona kot pa "zlate dobe".

⁴ Razen na primer, da me je na poti z Bleda v službo ustavila policijska kontrola in mi povedala, da ne morem naprej zaradi protitankovskih zapor pred Ljubljano. Z malo zamude sem le prišel na Ustavno sodišče, tam pa smo ves čas vojne opravljali svoj posel ne meneč se za »zunanje dogajanje.« Ob četrtek smo imeli redne seje, in ko mi je med eno od sej tajnica prinesla listek s sporočilom, da »avioni bombardirajo Brnik«, sem listek prebral in ga dal naprej. Vsak sodnik je listek na hitro prebral, razprava pa niti bila do glasovanja niti za hip prekinjena. Lahko bi rekli: učbeniški primer sodniške zadržanosti.

⁵ Leta 2002 je Fakulteta za državne in evropske študije izdala Komentar Ustave Republike Slovenije, leta 2011 pa njegovo Dopolnitev-A.

Pomen ustavotvornih predustavnih besedil⁶

Gotovo je nastajanje novega Ustavnega sodišča pogojevalo dejavno in avtorsko sodelovanje leta 1990 imenovanih in zapriseženih ustavnih sodnikov pri pisanju ustavotvornih predustavnih besedil ter pravih *travaux preparatoires* za novo slovensko ustavo.

Najprej povzemam pripravljalne procese iz obdobja 1987-1991: Tri vrste ustavotvornih besedil, pripravljalnih aktov, dokumentov in gradiv je bilo potrebnih za sprejem slovenske Ustave.

Najprej greza predhodne akte ustavne, zakonske in deklarativne narave, ki tvorijo, gledano z današnje zgodovinske perspektive, podlago celovitega slovenskega ustavodajnega in osamosvojitvenega procesa.

Drugo vrsto dokumentov in gradiv predstavljajo »pripravljala na gradiva« v pravem pomenu besede. To so osnutki in predlogi Ustave in drugih ustavnih aktov, njihove razlage ter razprave o teh aktih, ki so potekale v Ustavni komisiji v letih 1990 in 1991.

Tretjo vrsto gradiv v širšem pomenu pa predstavljajo besedila, večinoma avtorski dokumenti iz strnjenega predhodnega obdobja nastajanja slovenske ustavnosti med letoma 1987 in 1990.

Ta lok časovno in vsebinsko neposredno povezanih besedil sega od »Prispevkov za slovenski nacionalni program«, objavljenih v 57. številki Nove revije februarja leta 1987, do »Gradiva« in »Tez za slovensko ustavo«, objavljenih aprila leta 1988. »Pisateljska ustava« je bila nato uporabljena kot predloga »Delovnega osnutka nove slovenske ustave« - ustavnega besedila Zbora za ustavo, ki je bil objavljen marca leta 1990. Slednjega pa je Strokovna skupina Ustavne komisije avgusta istega leta dopolnila in preoblikovala v temeljno gradivo za ustavno razpravo, ki je potekala od septembra leta 1990 dalje.

Manj znana je kontinuiteta med izhodiščnim dokumentom opisanega ustavotvornega loka – med »Prispevki za slovenski nacionalni program«, objavljenimi februarja leta 1987, ter drugimi ustavnimi osnutki, ki so jih neposredno spodbudili prav »Prispevki.«

Slednje so uredniki Nove revije v uvodu predstavili kot pobudo »za novo koncepcijo slovenstva, ki naj bi se konstituirala v ustanovah potencialno suverenega naroda.« Razprave Tineta in Spomen-

⁶ Ta del pričujoče razprave se opira na diskusijski prispevek avtorja na simpoziju "20 let slovenske ustavnosti" v organizaciji Pravne fakultete Univerze v Ljubljani decembra 2011.

ke Hribar, Franceta Bučarja, Jožeta Pučnika in sedanjega avtorja so izrecno odpirale vprašanja o novi ureditvi svobode in dostojanstva osebe, pravice naroda do samoodločbe, varovanja temeljnih demokratičnih pravic do svobode govora in političnega organiziranja, svobodnih volitev, načela pravne države in zakonitosti ter razmerja med nacionalno državo in mednarodno skupnostjo. France Bučar se je izrecno zavzel za »revizijo sedanje ustave«, Jože Pučnik pa je kot »naslednjo stopnjo« napovedal »razpravo o ustreznih ustavnih spremembah.«

Takoj po objavi »Prispevkov« sta že februarja 1987 stekla dva vzporedna niza pobud, dejanj in avtorskih besedil. Prvi je izviral neposredno od ustavno relevantnih kritičnih in programskih idej »Prispevkov«, drugega pa so spodbudile slovenske kritike tedaj vsiljenih zveznih ustavnih amandajev. Oba ustavotvorna miselna toka sta se vzajemno dopolnjevala, krepila in se kmalu povezala v skupni avtorski projekt nove slovenske ustave, ki je bil v obliki znanih »Tez« javno predstavljen aprila 1988, se nadaljeval in se končno iztekkel z razglasitvijo slovenske ustave pred natančno dvajsetimi leti.

Kakšen pa je ustavno-pravni pomen navedenih gradiv in dokumentov? Gotovo so dobrodošli vir za raziskavo in razlago slovenskega ustavotvornega procesa v njegovem zgodovinskem, vrednostnem, državnem in narodnem pomenu. Pomembni in uporabni utegnejo biti tudi *de constitutione ferenda*, vkolikor vsebujejo vrsto rešitev, ki so boljše od veljavnih glede na merila pojmovne elegance, primerjalnega ustavnega prava ali učinkovitosti državnega sistema.

Ali pa so osrednji vsebinski poudarki nepretrganega loka ustavotvornih besedil med leti 1987 in 1990 pomembni tudi za razumevanje današnjega jedra slovenske ustavne identitete? Ali jih lahko štejemo tudi za temelje tistega »neusahljivega vira slovenske državnosti«, o katerem se je izreklo Ustavno sodišče?

In končno, kolikšen je pomen ustavodajnih in državotvornih dejanj v času inauguracije slovenske demokracije – ljudskih zborovanj in protestov slovenskega pomladnega gobanja – prvih svobodnih volitev, plebiscitnega glasovanja in ne nazadnje oboroženega ljudskega upora proti jugoslovanski armadi?

To vprašanje odpiram seveda v okviru doktrine, ki jo je razvilo nemško Zvezno ustavno sodišče o neodtujljivi nemški ustavni

identiteti⁷, tej doktrini podrejene doktrine o »neustavnih ustavnih dopolnilih«⁸ ter v okviru nedavno razvite doktrine slovenskega Ustavnega sodišča o določbah Temeljne ustavne listine kot neusahljivem viru slovenske državnosti.⁹ Nekatere prvine navedenih doktrin sem na drugem mestu nedavno komentiral v povezavi s 3. in 3.a členom Ustave.¹⁰ V pričujočem prispevku pa to razpravo nadaljujem v obliki nekaterih odprtih ustavnih in ustavnosodnih vprašanj.

Ustavnosodna doktrina nedotakljivega jedra nemške ustavne identitete

Ustavnosodna doktrina neodtujljivega jedra nemške ustavne identitete temelji zlasti na tretji iz niza »Solange« sodba nemškega Zveznega ustavnega sodišča iz leta 2009. Doktrino "nemške prijaznosti do EU" ("Europa Freundlichkeit Urteil") in obsega ustavno dovoljenega prenosa nemških suverenih pravic argumentira predvsem na podlagi ustavne določbe o nespremenljivosti (člen 79, odst. 3 GG – "Ewigkeits Klausel" ali "Ewigkeitsgarantie") ustavnih garancij federativne ureditve ter varovanja temeljnih načel o človekovih pravicah. Vendar pa Solange III - Lissabon Urteil vsebuje tudi naslednjo razlago:

»c) Das demokratische Prinzip ist nicht abwaegungsfähig; es ist unantastbar...Die verfassungsgebende Gewalt der Deutschen, die sich das Grundgesetz gab, wollte jeder künftigen politischen Entwicklung eine unübersteigbare Grenze setzen. Eine Aende-

⁷ Nemško zvezno ustavno sodišče je uveljavilo in utemeljilo lastno doktrino pogojne primarnosti evropskega prava s tremi ključnimi sodbami Solange I (BVerfGE 37, 271 – Solange I Beschluss, 29. maj 1974), Solange II (BVerfGE 73, 339, 22. oktober 1986 – Solange II Beschluss) in Solange III (BVerfGE 2BvE2/08, 30. junij 2009 – Lissabon Urteil).

⁸ Glej npr. Otto Bachof, "Verfassungswidrige Verfassungsnormen," in Bachof, Wege zum Rechtsstaat, Koenigstein: Athenaeum Verlag, 1979; Peter Jambrek (in collaboration with Klemen Jaklič), "Contribution to the Venice Commission Opinion on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Elections in Slovenia", CDL-INF (2000) 13, 16.10.2000; Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, London and Durham: Duke University Press, 1997.

⁹ Glej Mnenje Ustavnega sodišča (Rm-1/09-26 z dne 18.3.2010): "(T)emeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (je) veljaven ustavni akt ter trajni in neusahljivi vir državnosti Republike Slovenije" (I. točka izreka Mnenja). Kaj določneje razume z atributoma trajnosti in neusahljivosti Sodišče opredeli v obrazložitvi svojega mnenja, ko pove, da je "TUL (je) formalno veljaven akt ter (je) kot taka trajni in neusahljivi temelj državnosti Republike Slovenije..." (tč. 33. obrazložitve). Kljub temu pa se, tako ista odločba Ustavnega sodišča, "(N)jena vsebina (se) lahko spremeni ali dopolni z aktom ustavne ravni, t.j. z aktom, sprejetim po ustavnorevidzijskem postopku, vendar ne z neposrednim posegom v TUL, temveč s spremembo Ustave." (tč. 39. obrazložitve).

¹⁰ Glej Peter Jambrek »Demokratska legitimiteta mednarodne in ustavne suverene Slovenije«, v Lovro Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Dopolnitev A, Fakulteta za državne in evropske študije, 2011, str. 49-58.

runge des Grundgesetzes, durch welche die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig...Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnung selbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen...Ob diese Bindung schon wegen der Universalität von Würde, Freiheit und Gleichheit sogar für die verfassungsgebende Gewalt gilt, also für den Fall, dass das deutsche Volk in freier Selbstbestimmung, aber in einer Legalitätskontinuität zur Herrschaftsordnung des Grundgesetzes sich eine neue Verfassung gibt...kann offen bleiben.«

Podobne »večnostne klavzule« kot nemški Temeljni zakon« slovenska Ustava seveda ne pozna. Toda ali zgoraj poudarjen argument nemške usavnosodne doktrine ne dopušča razlage, da so nekatere temeljne ustavne določbe, tiste, ki tvorijo jedro nemške ustavne identitete, nedotakljive »že zaradi univerzalnosti dostojanstva, svobode in enakosti? Zdi se, da BverGE pušča to vprašanje odprto (»Ob...kann offen bleiben.«). Ali ga ne bi mogli šteti za odprtega tudi za potrebe pričujoče razprave o morebitnem nedotakljivem jedru slovenske ustavne identitete?

Jedro slovenske ustavne identitete

In če je vprašanje odprto, se moramo nadalje vprašati, katere so tiste veljavne ustavne določbe in načela, ki se jih niti slovenski ustavodajalec ne bi smel dotikati? Predlagam, da odgovor na prav to vprašanje slovenska ustavna doktrina, morebiti celo slovenska ustavodajna in ustavnosodna praksa išče tudi v ustavotvornih dokumentih 1987-1990, ki niso *Travaux* v pravem pomenu tega izraza.

Sicer pa tudi slovenska Ustava vsebuje načelne in normative določbe, ki jim moramo pripisati atribut nedotakljivosti. To so v preambuli vsebovana načela ter določba 3. člena Ustave, ki ureja, da je »Slovenija (je) država vseh svojih državljanek in državljanov, ki temelji na trajni in neodtujljivi pravici slovenskega naroda do samoodločbe¹¹.«

Ustavno sodišče Republike Slovenije pa šteje določbe Temeljne ustavne listine za »trajni in neusahljivi« vir in temelj državnosti

¹¹ Čeprav moramo predvideti, da bi usahnila tudi pravica slovenskega naroda do samoodločbe, če bi Slovenci izgubili »svojo narodno samobitnost«, ki so jo izblikovali »v večstoletnem boju za narodno osvoboditev« (Preambula k slovenski Ustavi).

Republike Slovenije. Čeprav v zgoraj navedeni sodbi Ustavno sodišče dopušča spremembo TUL z dopolnilom Ustave, pa se do tega vprašanja izrecno opredeli le glede II razdelka TUL.

Prvi in tretji razdelek bi morali šteti po naravi stvari za trajno veljavna – ki ne moretains ne smeta »usahniti«. Gre seveda za določbe, da je Slovenija samostojna in neodvisna država, ki na svojem ozemlju zagotavlja varstvo človekovih pravic in temeljnih svobod, ne glede na njihovo narodno pripadnost in brez sleherne diskriminacije.

Če se povrnemo k vprašanju pomena zgodovinskih ustavotvornih besedil in dejanj, pa moramo ugotoviti, da prav ustavne vrednote, ki jih slednja štejejo za osrednje in nujne predpogoje slovenske emancipacije, opozarjajo tudi na sedaj veljavno jedro slovenske ustavne identitete. Hipotetično bi lahko zaokrožili ustrezni katalog naslednjih temeljnih določb: pravica slovenskega naroda do samoodločbe; enakost pred zakonom in prepoved diskriminacije; oblast ljudstva, ki jo državljani izvršujejo neposredno in z volitvami po načelu delitve oblasti; dostojanstvo in svoboda človekove osebe; ter načela demokratične, pravne in socialne države.

Tako zgodovinska legitimiteta kot tudi sedanja ustavna veljava dajejo po mojem mnenju navedenim ustavnim vrednotam status trajnosti in nedotakljivosti.

Prav to jedro slovenske ustavne identitete pa varujejo najprej trajno veljavne, torej neusahljive in nedotakljive določbe Temeljne ustavne listine, določba Ustave Republike Slovenije o trajni in neodtujljivi pravici slovenskega naroda do samoodločbe ter - dokumenti in dejanja iz zgoščenega ustavotvornega in državotvornega zgodovinskega časa 1987-1991.

Na tem mestu pa je potrebno primerjati nastajajočo slovensko doktrino jedra slovenske ustavne identitete z nemško zgodovinsko argumentacijo »Ewigkeitsklausel«. Ni sporno, da sta klavzulo nemškega GG o nedotakljivosti (»večnosti«) nekaterih temeljnih ustavnih določb pogojevali izkušnja nacional-socialističnega režima in nemška povojna ustavodajna zaveza, da se ta izkušnja ne sme nikoli več ponoviti (»*nie mehr*«, »*never again*«). V tem pogledu je slovenska zgodovinska izkušnja več kot primerljiva z nemško, ker je slovenska neodvisna država zrasla na pogoriščih in iz upora proti trem totalitarizmom dvajsetega stoletja – proti fašizmu, nacional-socializmu in komunizmu.

Dva zgodovinska izvora jedra slovenske ustavne identitete

Ustavno sodišče Republike Slovenije se je že izreklo o naslednjih zgodovinskih okoliščinah slovenske nacionalne osvoboditve in osamosvojitve:

“...pridobitve protifašističnega odpora povsod po demokratični Evropi (so) pomenile zlom totalitarnega sistema in njegovega nasilja nad človekom in začetek svobodnega demokratičnega reda, ki je temeljil na evropski pravni kulturi in civilizaciji... v državah, v katerih ti pogoji niso bili izpolnjeni, tudi odrešitev od tako strašnega in krivičnega režima, kot je bil nemški nacistični režim med drugo svetovno vojno, sama po sebi ni mogla voditi do resnične osvoboditve. V Sloveniji je bila nova oblast pripravljena uveljavljati svojo oblast tudi z nasiljem, z zlorabami prava v kazenskih postopkih in s sistemskostrukturnim grobim kršenjem človekovih pravic... Do vzpostavitve svobodne družbene ureditve je v Sloveniji prišlo šele leta 1990 po prvih svobodnih volitvah v večstrankarski parlament (OdlUS VII, 176, Ur.l.RS, št. 76/98 (U-I-248/96 z dne 30.9.1998, tč. 16.).”

Na tem mestu pa se ne morem izogniti še drugemu delu vprašanja o izvorih nedotakljivega jedra slovenske ustavne identitete iz nekega drugega slovenskega zgoščenega državotvornega zgodovinskega časa – medvojnega (1940–1945) narodnega osvobodilnega gibanja proti fašističnim in nacional-socialističnim okupacijskim silam.

Argumentacija razločitve med revolucijo v letih 1940–1945 ter nasiljem nove oblasti po maju leta 1945 od pristno demokratičnega ljudskega upora Slovencev proti raznarodovalnemu nasilju fašistične in nacional-socialistične diktature ostaja naslednji odlični izziv za modrost in pogum Ustavnega sodišča Republike Slovenije. Ustrezno mnenje Ustavnega sodišča bi na normativni ravni določilo bistvo slovenske nacionalne sprave. S tem bi državotvornost vrednostnega središča nacije pridobila tudi pravno zavezujoče sidro v obliki določljivega jedra slovenske ustavne identitete.

Ne dvomim namreč, da bi vzpostavitev kontinuitete med obema obdobjema prejšnjega stoletja – med leti 1940–1945 ter 1987–1991 – okrepila zavest o nedotakljivosti jedra iz obeh temeljev napajajoče se slovenske državnosti ter ustavne identitete.

Ni povsem nemogoče, da se bo potrebno mogoče že kmalu

opreti na veljavnost omenjenih temeljev. Stiske krhke slovenske demokracije, ranljiva socialna mreža njene civilne družbe in negotovost evropske kohezivnosti so zadostni razlogi za utrditev ustavnega sidra, na katerega je privezano tudi samo Ustavno sodišče kot zadnji garant slovenske demokracije in suverenosti.