



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

6 | 2006

Modeli pravosodne legitimnosti

Formalna vs. vsebinska demokracija: o vlogi pravne države v Sloveniji

Formal vs. Material Democracy: On the Role of the Rule of Law in Slovenia

Bojan Bugarič



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/1825>

DOI: 10.4000/revus.1825

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 janvier 2006

Number of pages: 7-12

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Bojan Bugarič, « Formalna vs. vsebinska demokracija: o vlogi pravne države v Sloveniji », *Revus* [Spletna izdaja], 6 | 2006, Datum spletne objave: 02 février 2013, ogled: 22 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/1825> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revus.1825>

All rights reserved

FORMALNA VS. VSEBINSKA DEMOKRACIJA: O VLOGI PRAVNE DRŽAVE V SLOVENIJI

Slovenija je danes članica Evropske unije, zveze držav, ki temelji med drugim na spoštovanju demokracije, človekovih pravic in pravne države. Vsa ta načela so zapisana tudi v slovenski ustavi. Kljub temu se je težko izogniti vprašanju, ali in koliko Slovenija tudi dejansko spoštuje opisana načela. V zadnjem času smo priča številnim dogodkom, ki sprožajo takšna in podobna vprašanja. »Pravnost« neke države je seveda nemogoče izmeriti. Zato so odgovori na to vprašanje vedno tudi subjektivni. A ne glede na to lahko opazovalec dogodkov povsem jasno prepozna določeno smer ali politiko, ki odseva odnos do vloge prava in pravne države v družbi. V prispevku opozarjam na vrsto sprejetih ali predlaganih zakonov, na odnos oblasti do prava pri odločanju o vrsti dogodkov v parlamentu in zunaj njega, ki zbujajo skrb, ker odslikavajo, kako državna oblast pojmuje pravno državo, formalno demokracijo in človekove pravice. Državni oblasti je zelo blizu razumevanje demokracije, ki vsebini daje prednost pred formo.

Dihotomija med vsebinsko in formalno demokracijo ni nova. Debata o tem, katera od njiju je bolj pravilna oziroma resnična, je zelo stara. Pravniki se spom-

nimo znane razprave med Schmittom in Kelsnom, v kateri je Schmitt zagovarjal prednosti vsebinske pred formalno demokracijo. V Schmittovem konceptu demokracije ni bilo prostora za liberalni konstitucionalizem, ki bi lahko omejeval *das Volk*, ki je ultimativni in vrhovni vir ustavnosti. Po drugi svetovni vojni je Evropa sledila Kelsnu. Njegova teorija ustavnega sodstva kot vrhovnega varuha ustavnosti in demokratičnosti je močno zaznamovala pravno zgodovino prejšnjega stoletja. Danes v Evropi skoraj ni države, ki ne bi poznala takšne ali drugačne oblike ustavnega sodstva in drugih oblik omejevanja vsebinske demokracije. Zamisel, da je v demokraciji vsebina pomembnejša od (formalnih) pravil, je zelo nevarna. V trenutku, ko se vsebinska demokracija vzdigne nad formalna pravila igre, ni več omejitev, ki bi lahko preprečevale zlorabo vsebinske demokracije. Zato je demokracija v svoji osnovni obliki predvsem forma.

V Sloveniji se vrstijo primeri, ki kažejo, da sedanja oblast zanemarja oziroma zmanjšuje pomen demokratične forme.¹ Formalnost demokracije ima namreč številne pravne značilnosti, ki skupaj sestavljajo to, kar pogosto označujemo z izrazom pravna država. Jedro ideje o pravni državi je preprosto. Najlepše ga je opisal John Adams, ko je sestavil ustavo ameriške države Massachusetts: *government of laws and not of men*. Bistveni sestavini pravne države sta načelo enakosti pred zakonom in načelo zakonitosti.

Kateri primeri kažejo na trend, ki ga omenjam v uvodu? Najbolj očiten je primer izbrisanih. Država je pred dobrim desetletjem skoraj 20.000 ljudi nezakonito in protiustavno pahnila v povsem brezpraven položaj. Ustavno sodišče je v več pomembnih sodbah razsodilo, da je država s tem prekršila načelo pravne države in načelo enakosti pred zakonom. Namesto da bi vlada sledila odločbam ustavnega sodišča in uredila položaj izbrisanih, kot velevalo odločbe, je v razpravo ponudila »tajni«² ustavni zakon, ki naj bi izražal njeno videnje, kako rešiti ta problem. Ker je predlog »taje«, je težko komentirati njegovo vsebino. Če je taka, kot o njej poročajo časopisi, je potrebna resne pravne kritike. Po poročanju časopisov naj bi bila ena od ponujenih rešitev, da naj bi izbrisani morali dokazovati »upravičenost«² oziroma »neupravičenost«² ravnanja takratnih oblasti, ki so jih izbrisale. Le tisti, ki bi dokazali, da so jih uradniki »šikanirali«, naj bi postali upravičeni do ureditve statusa za nazaj. Očitno je, da avtorji takšnega besedila bodisi niso dovolj natančno prebrali odločbe ustavnega sodišča ali pa je ne želijo spoštovati. Tretje možnosti ni.²

¹ To ne pomeni, da podobna kritika ne velja tudi za prejšnjo politično oblast. Na ta problem je v odličnem komentarju Kot če bi zmagali Nemci opozoril Ervin Hladnik Milharčič v Sobotni prilogi Dela.

² O problemu izbrisanih poroča tudi zadnje poročilo ameriškega zunanjega ministrstva o kršitvah človekovih pravic (Country Report on Human Rights Practices, 8. marca 2006).

Naslednji primer je pred kratkim sprejeta novela zakona o azilu. Kljub opozorilom pravne stroke, nevladnih in drugih organizacij ga je vlada, sklicujoč se na enotni evropski azilni sistem, dopolnila s številnimi normami, ki so povsem v nasprotju z osnovnimi načeli pravne države. Če se ustavimo samo pri 26. členu zakona, ki uvaja predhodni postopek policije v azilnem postopku, lahko ugotovimo, da je povsem v nasprotju z načelom zakonitosti v upravnem pravu. Ta člen namreč policiji omogoča, da v »predhodnem postopku« vsebinsko obravnava prošnje prosilcev za azil, vendar je ureditev pravnega varstva v takšnem postopku povsem nejasna oziroma je ni. Določba 26. člena v tretjem odstavku sicer pravi, da ta dejstva policija ugotavlja v sodelovanju z organom, ki vodi postopek. Pri tej določbi je zanimivo, da tako pomembno odločanje po eni strani prepušča policiji, po drugi pa ureja zelo po »domače«: zakon sicer določa, da policija v tem postopku sodeluje s pristojnim organom, v isti sapi pa dodaja, da to sodelovanje »ne šteje za odločanje v azilnem postopku«. Ne preseneča, da je ustavno sodišče v postopku ustavne presoje zakona o azilu zadržalo izvrševanje določbe 26. člena, saj je tako očitno protiustavna, da ni mogoče pričakovati drugačne odločitve ustavnega sodišča, kot je razveljavitev tega člena.³ Predstavniki oblasti so se v postopku sprejemanja zakona sklicevali na potrebo po uskladitvi z enotnim evropskim azilnim prostorom. Natančno branje direktive Sveta 2004/83/ES pokaže, da v njej ni nobene podlage za predpisane spremembe zakona.

Omenimo tudi novosprejeti zakon o osebni imenu (ZOI-1), ki uvaja izjemno široko polje odločanja državnih organov o primernosti izbranega osebnega imena. V 2. členu določa, da osebno ime zagotavlja identiteto, varstvo osebnosti in dostojanstva. V tretjem odstavku 2. člena pa je določeno, da se pravica do svobodne izbire osebnega imena sme omejiti le, če je to nujno za zavarovanje javne varnosti, morale ali pravic in svoboščin drugih. Gre za vsebinsko popolnoma odprto pooblastilo državnim organom, da brez izrecnega in določnega zakonskega okvira odločajo o primernosti osebnih imen, kar je v nasprotju z načelom zakonitosti. Definicija pojmov, kot so javna varnost, morala ter pravice in svoboščine drugih, je povsem nedoločna in zato dopušča preširoko diskrecijo državni upravi, da posega v pomembno ustavno pravico do zasebnosti, kot jo priznava tudi judikatura Evropskega sodišča za človekove pravice. Upamo lahko, da bo tudi ta zakon čim prej postal predmet presoje ustavnega sodišča.⁴

³ Novelirani zakon o azilu vsebuje še vrsto drugih spornih določb, ki jih v tem prispevku ne obravnavam.

⁴ V javni razpravi so predstavniki predlagatelja zakona povsem prostodušno razlagali, da nekatera imena ne bodo »primerna«, druga pa, ob tem pa so povsem pozabili navesti natančne zakonske okvire za takšno odločanje uprave.

V to kategorijo spada še novela zakona o policiji, ki je v prvem odstavku 35. člena policistom podelila pomensko odprto, pravno nedoločno in nejasno pooblastilo, da lahko ugotavljajo identiteto osebe, ki s svojim obnašanjem, ravnanjem, videzom ali zadrževanjem na določenem kraju vzbuja sum, da bo izvršila prekršek ali kaznivo dejanje. Ustavno sodišče je, kar glede na očitno protiustavnost te določbe ne preseneča, ta člen že razglasilo za protiustaven in državnemu zboru naložilo, da v roku enega leta odpravi to neskladnost. Nepojmljivo z vidika varstva pravic, pravne države in načela zakonitosti je, da se v takšnem predpisu urejajo pooblastila policije na način, ki policiji prepušča popolno izbiro pri odločanju o tem, kaj pomeni npr. »videz« ali »zadrževanje na določenem kraju«, ki »vzbuja sum«, da bo izvršila prekršek ali kaznivo dejanje. Ustavno sodišče je v deveti opombi v svoji odločbi zakonodajalca »poučilo«, kako je ta problematika urejena v Nemčiji, kjer je policijski zakon precej bolj jasen, določen in konkreten, ko ureja takšna policijska pooblastila.

Podobne probleme načenja predlog zakona o varstvu javnega reda in miru, ki je z vidika načel pravne države in človekovih pravic prava »mojstrovina«. V zakonu je vrsta določb, ki so očitno protiustavne. Najbolj očitne so gotovo določbe, ki urejajo »nespodobno vedenje na javnem kraju«, »beračenje na javnem kraju«, »prenočevanje na javnem kraju«, »uničevanje državnih simbolov« in »nedostojno vedenje do uradne osebe«. V vseh teh določbah predlog zakona nedoločeno, premalo natančno in preohlapno določa prekrške zoper javni red in mir. Ker gre v številnih primerih za poseganje v pomembne ustavne pravice in svoboščine, je zelo pomembno, da so takšne opredelitve zelo določne in jasne. Kaj pomeni »nespodobno vedenje na način, ki povzroči zgrajanje ali vznemirjanje ljudi«, je namreč nejasno. Nedoločni so ostali tudi prej navedeni primeri. Pri uničevanju državnih simbolov gre lahko za konflikt s ustavno pravico do svobode govora. Ameriško vrhovno sodišče je denimo prepoved zažiga ameriške zastave prepoznalo kot nasprotno svobodi govora, kot jo ureja prvi amandma k ameriški ustavi. Povsem nejasno je tudi, kaj pomeni »nedostojno vedenje do uradne osebe«. Predlog zakona gre celo v take skrajnosti, da v 28. členu kot sankcijo za prekrške dovoljuje policistu, da z ustno odredbo ukaže začasen izklop dobave elektrike, plina ali vode. Če bi uporabili test sorazmernosti, bi lahko ugotovili, da ukrep ni v skladu s tem načelom. Skrb zbujata tudi določba, ki ureja nadzor nad izvajanjem predlaganega zakona in v tretjem odstavku določa, da je za nadzor lahko pristojno tudi občinsko redarstvo (sic!). Glede na pomensko nedoločnost določb o prekrških, združeno s pristojnostjo odločanja, ki pripada občinskemu redarstvu, ki za takšno odločanje nima prav nobenih pristojnosti, se lahko vprašamo, ali predlagatelj sploh

razume pomen načela pravne države, načela zakonitosti ter pomen državljan-
skih pravic in svoboščin. Predlog zakona napeljuje na domnevo, da ne. Če bo
zakon sprejet v obliki, v kakršni je predlagan, bo težko preživel resno ustav-
no presojo s strani ustavnega sodišča.

Posebna skupina so tisti primeri, v katerih je državna oblast očitno obšla
postopkovna pravila odločanja, in to praviloma z argumentom, da je vsebin-
ska pravilnost odločitve pomembnejša od samega postopka. Pri tem ni nujno,
da je oblast neposredno trdila, da postopka ne bo spoštovala. Problem je kom-
pleksnejši. Oblast je pravila postopka razlagala tako, da je povsem izničila po-
men procesnih jamstev v teh postopkih. Najbolj očiten primer je dogajanje,
povezano z nastajanjem preiskovalne komisije državnega zbora, ki naj bi pre-
iskovala oškodovanje državnega premoženja. Potem ko je opozicija predlaga-
la ustanovitev takšne komisije, ki bi preiskovala primer Mercator, je vladna
večina ob pomoči zakonodajne službe državnega zbora opoziciji dejansko one-
mogočila uresničitev njene ustavne pravice. Pravni argumenti zakonodajno-
pravne službe so zelo neprepričljivi. Glavni, ki aplicira načela iz kazenskega
prava v postopek parlamentarne preiskave in posledično zahteva ustanovitev
ene same komisije, je povsem zgrešen. Na to je lepo opozorila opozicija v svo-
ji pritožbi na upravno sodišče. Tako je nastala preiskovalna komisija vlade, ki
bo preiskovala med drugim vladne »zlorabe oblasti« v primeru Mercator. Ka-
ko bo vlada preiskovala samo sebe, je seveda že vnaprej jasno. Lahko upamo,
da se bo v nadaljnjem upravno-sodnem postopku, ki ga je sprožila opozicija,
ugotovilo, da je bilo tudi v tem primeru kršeno pravo, in bo zaradi tega opo-
ziciji omogočena uporaba njene ustavno zajamčene pravice. Zaskrbljeni pa
smo lahko, ker je ista služba napisala podobno slabo argumentirano mnenje
v primeru predlaganega referendumu o noveli zakona o zdravstvenem varstvu
in zdravstvenem zavarovanju (primer Vzajemna), ki ga je upoštevalo tudi
ustavno sodišče in referendum prepovedalo. Celoten primer Vzajemne je šol-
ski primer zlorabe postopka v imenu sicer lahko povsem legitimnega cilja ob-
lasti. S tem, ali je cilj vlade legitimen ali pravilen, se tu ne ukvarjam. Bistvo
je seveda v tem, da vsaka oblast tudi v primerih, ko ima vse argumente na
svoji strani, sledi predpisani pravni proceduri. Pravni »izum« avtentične raz-
lage v primeru Vzajemne je lahko le v posmeh pravni stroki. Skrbi tudi lah-
kotnost, s katero je ustavno sodišče prepovedalo referendum o tej zadevi. Ali
primer z drugega področja, ki kaže, da se takšno razumevanje demokracije
hitro širi tudi na druge ne-državne organe. Ko je programski svet RTV nedav-
no imenoval direktorje te hiše, je bilo mogoče slišati, da je treba marsikaj pos-
toriti in da ni časa za procesne »malenkosti«, na katere so se sklicevali neka-

teri člani sveta, ko so opozarjali, da o kandidatih odločajo brez vnaprej predloženega gradiva. In tako naprej ... Naštel bi lahko še celo vrsto primerov, ki od slikavajo opisani odnos državnih oblasti do formalne demokracije, pravne države in človekovih pravic.

Demokratski mandat, ki ga zmagovita politična stranka ali koalicija strank dobi od volivcev zato, da v skladu s svojim političnim programom vodi in upravlja družbo, je temelj demokracije. Vendar je vse te programske cilje treba uresničevati tako, kot določajo pravila formalne demokracije, načela pravne države in standardi človekovih pravic. Na tem preprostem spoznanju je zgrajena praksa razvitih demokracij v svetu. Tudi če državna oblast meni, da je njen predlog vsebinsko boljši ali pravilnejši od nasprotnega, to ne pomeni, da ni dolžna spoštovati pravil demokratske igre, ki ji pogosto lahko otežijo sprejemanje sicer povsem legitimnih predlogov. Carl Schmitt se je posmehoval parlamentarnemu konstitucionalizmu in zanj značilni obsedenosti s pravili. Legitimnosti je dajal prednost pred legalnostjo. Kam pelje takšno razumevanje prava, je žal pokazal razvoj dogodkov v njegovi lastni državi. Kar nas ne bi smelo presenetiti, saj oblast kviri, absolutna oblast pa kviri absolutno.

PROF. DR. BOJAN BUGARIČ,

IZREDNI PROFESOR NA PRAVNI FAKULTETI UNIVERZE V LJUBLJANI