



Revus

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

9 | 2009

Argumentiranje v pravni državi

Tri razsežnosti pravne države

Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča

*Three Dimensions of the Rule of Law. How Do Limitations of Private Access to
Constitutional Justice Weaken the Rule of Law*

Andrej Kristan



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/469>

DOI: 10.4000/revus.469

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 janvier 2009

Number of pages: 65-89

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Andrej Kristan, « Tri razsežnosti pravne države », *Revus* [Spletna izdaja], 9 | 2009, Datum spletne
objave: 20 octobre 2011, ogled: 17 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/469> ; DOI :
<https://doi.org/10.4000/revus.469>

All rights reserved

Andrej Kristan

Tri razsežnosti pravne države

Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča

Le redko kdo poudarja, da dostop posameznikov do ustavnega sodišča ni namenjen zgolj varstvu človekovih pravic, ampak pomembno pripomore tudi k resnični ustavnosti pravnega reda. Ob napovedovanih ustavnih spremembah zato v tej razpravi razčlenim povezavo med zasebnim dostopom do ustavnega sodišča in pojmom pravne države. V ta namen izrišem tudi velik del pomenskega ogrodja pravne države. Na koncu različne oblike ustavn nadzorskih ureditev razvrstim glede na to, ali pravno državo krepijo ali pa jo omejujejo. Jedro tega članka je prevod prvega poglavja besedila *Private Access to Constitutional Justice – as a Foundation of the Rule of Law and as a Trigger of Asphyxia Constitutionis Justitiae*, ki sem ga napisal v okviru študija na Evropski akademiji za teorijo prava v Bruslju. Za kritične pripombe se zahvaljujem Manuelu Atienzi in Riccardu Guastiniju. Dodatne pomisli bodo dobrodošle na naslov: andrej.kristan@gmail.com.

Ključne besede: v svojem bistvu sporni pojmi (Gallie); oblikovalni in razlikovalni pojmi nauka o pravu; oblikovalni pojem pravne države, razlikovalni pojmi pravne države (Pfersmann); stopnje pravne države (ničta, prva, druga in tretja); dostop posameznikov do ustavnega sodišča; ZUstS-A

1 ZGREŠENA ZAKONSKA SPREMEMBA

Slovenska ustavna ureditev je bila 15. julija 2007 pomembno preoblikovana. Takrat je bil spremenjen zakon o ustavnem sodišču (ZUstS-A). V primerjavi s poprejšnjo ureditvijo je ta zakon dodatno omejil dostop posameznikov do ustavnega sodišča, in to na tri različne načine. Preden jih naštejemo, moram omeniti, da sprememba ni zadela meril za sprejem pobud posameznikov za oceno ustavnosti in zakonitosti splošnih predpisov. Sodišče te pobude tako kot pred spremembo še vedno zavrže, če pobudnik ne izkaže »pravnega interesa«, in zavrne, če je pobuda »očitno neutemeljena« ali če ni mogoče pričakovati, da bi bilo z odločitvijo o njej razrešeno »pomembno pravno vprašanje« (ZUstS-UPB1, 24. do 26. člen). Sprememba pa je zaostрила merila za sprejem ustavnih pritožb zoper posamične predpise. Tako kot prej je pritožbo dovoljeno vložiti potem, ko so bila izrabljena vsa (redna, načeloma pa tudi izredna) pravna sredstva (ZUstS-UPB1, 51. člen). Tri druge zaostritve meril pa so nove.

1. Zdaj ustavna pritožba ni več dovoljena, če trije sodniki iz preizkusnega senata (ali pa, če senat ni soglasen, kateri koli trije sodniki, ki so se pripravljene vplesti v postopek preizkusa) ne presodijo, da so imele zatrjevane kršitve človekovih pravic ali temeljnih svoboščin za pritožnika »hujše posledice« (ZUstS-UPB1, 55.a člen, prvi odstavek; 55.b člen, drugi odstavek). Pred spremembo je bila pritožba sprejeta v odločanje, če so kateri koli trije od devetih ustavnih sodnikov presodili, da so imele zatrjevane kršitve za pritožnika *pomembnejše* posledice (stari ZUstS, 55. člen, drugi odstavek).
2. Šteje se, da zatrjevana kršitev ni mogla povzročiti hujših posledic, če se pritožba nanaša le (a) na odločitev o stroških postopka, (b) na prekrškovno zadevo ali pa na odločbo, izdano (c) v sporu majhne vrednosti ali (č) v sporu zaradi motenja posesti (ZUstS-UPB1, 55.a člen, drugi odstavek). Prej zakon takšnega črnega seznama ni vseboval. V vseh teh primerih zdaj pritožba načeloma ni dovoljena – razen izjemoma, če bi bil izpolnjen naslednji pogoj.
3. Ustavna pritožba je vedno sprejeta, če trije sodniki iz preizkusnega senata (ali pa, če senat ni soglasen, kateri koli trije sodniki, ki so se pripravljene vplesti v postopek preizkusa) presodijo, da pritožba načena »pomembno ustavnopravno vprašanje«, ki presega pomen obravnavane zadeve (ZUstS-UPB1, 55.a člen, tretji odstavek, in 55.b člen, drugi odstavek). Pred spremembo zakona je bila pritožba sprejeta, če so kateri koli trije od devetih ustavnih sodnikov presodili, da pritožba načena pomembno *pravno* vprašanje (stari ZUstS, 55. člen, drugi odstavek). (Pozornost kaže nameniti tudi temu, da je bila prej ob soglasni zavrnitvi s strani preizkusnega senata pritožba vedno poslana še vsem preostalim sodnikom.)

Glede na utemeljitev predloga spremembe zakona naj bi bile te dodatne omejitve *nujne*.¹ Nujne naj bi bile zaradi zagotovitve pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja. Kasneje, v razpravi, je bilo rečeno, da je to nujno tudi zaradi pravne države. Ustavno sodišče je (bilo) namreč čedalje bolj preobremenjeno. Pripad je (bil) vsako leto precej večji od tistega števila zadev, ki jih sodi-

¹ Glej Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o ustavnem sodišču, § 1.1.5, *Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije* (2007) 14 (dostopen na spletišču www.dz-rs.si). Pri iskanju se je treba sklicevati na številko *Poročevalca*. Iskalniki na spletiščih državnega zbora (www.dz-rs.si), vlade (www.vlada.si), ministrstva (www.mp.gov.si) ali pravno-informacijskega sistema (www.pisrs.si) povezave do besedila na žalost ne prikažejo, niti če iščemo po imenu niti če iščemo po opravičnih številkah EVA, EPA ali SOP. Številko *Poročevalca*, v kateri je objavljeno iskano gradivo, pa bo najlažje mogoče najti po datumu prve obravnave zakonodajnega predloga – ta datum beleži iskalnik pravno-informacijskega sistema (www.pisrs.si) v analitičnem pogledu.

šče resnično lahko preizkusi (in če jih sprejme, o njih tudi razsodi).² Število vlog je šlo vsako leto v tisoče, sodnikov pa imamo le devet. Zaostanki so se kopičili tudi na ustavnem sodišču. Ker se zaradi tega na odločitve čaka tudi po več let, so pravice vlagateljev tako znova kršene ravno tam, od koder naj bi bile varovane. To pa so predlagatelji zakonskih sprememb pripisali širokemu dostopu posameznikov do ustavnega sodišča.

Ta široki dostop naj niti ne bi bil tako zelo potreben; že pred ustavnim sodiščem človekove pravice in temeljne svoboščine namreč v vsakem primeru varujeta vsaj eno ali dve sodni telesi. Zato omejitev dostopa naj ne bi bila le nujna – ker lahko prepreči ustavnosodne zaostanke – ampak tudi ne preveč škodljiva.

Takšen je bil – v grobem – argument za spremembo naše ustavne ureditve. In takšen argument je – kot bom pokazal v nadaljevanju – močno zgrešen. Najbolj zgrešen pa ni v tistem, kar pove, ampak v tistem, česar ne pove.

1. Presenetljivo je to, da se utemeljitev predloga zakonskih sprememb v ničemer ne dotakne prve in druge od treh dodatnih omejitev, ki so našteje že zgoraj (1. zahteva *hujše* posledice namesto *pomembne*; 3. zahteva odprtja pomembnega *ustavnopravnega* vprašanja namesto *pravnega* vprašanja). To nekaj pove o naši pravni kulturi in stanju zakonoslovja v njej.
2. Še bolj me preseneča, da utemeljitev omejevanja dostopa niti ne ponudi ocene drugih možnih ukrepov za odpravo preobremenjenosti ustavnega sodišča. Verjetno predlagatelj za to ni videl potrebe. Možno bi bilo, da se mu v utemeljitvi predloga sprememb preizkus drugih možnosti ne bi zdel potreben zato, ker je njegove učinke za posameznika ocenil kot ne preveč pomembne. A to je malo verjetno, še posebno, če vemo, kaj je o predlogu rekel takratni predsednik ustavnega sodišča v pristojnem državnozborskem odboru:³

[O]b štiri, pet, šest tisoč odprtih zadevah in devetih ljudeh, ki morajo vsi o vsem odločiti (in tudi to spreminja ta novela), se je treba odločiti približno tako, kot če v hribih visimo na vrvi in jih imamo zgoraj dvajset, spodaj pet, vrv se pa trga.

Zgoraj dvajset, spodaj pet; žrtve so. Zato je še najbolj verjetno, da predlagatelji preprosto niso videli nobene druge možnosti, ki bi bila milejša. To, da niso videli nobenega milejšega ukrepa, pa veliko pove o njihovem razumevanju ustanove posameznikovega dostopa do ustavnega sodišča. To razumevanje se kaže tudi v tretji točki, ki jo izpostavim zdaj in ki nas pripelje do ključnega vprašanja te razprave.

2 Glej na primer številčne podatke v zadnjem *Poročilu o delu ustavnega sodišča za leto 2008*, 17 (dostopno na: www.us-rs.si/media/letno.porocilo.za.letno.2008.pdf).

3 Glej *Magnetogram 33. seje Odbora Državnega zbora Republike Slovenije za notranjo politiko, javno upravo in pravosodje* (10. maja 2007), trak 30. Dostopno tudi na spletišču www.dz-rs.si.

3. Najbolj namreč zmoti to, da v utemeljitvi predloga zakonskih sprememb niso omenjeni prav nobeni dobrodošli učinki širokega dostopa posameznikov do ustavnega sodišča.

Zakonodajno gradivo, na primer, povsem spregleda dejstvo, da je več kot 70 odstotkov sprejetih ustavnih pritožb ugotovljeno upravičenih (tako namreč razsodijo ustavni sodniki). Spregleda tudi to, da je v letih od 1992 pa vse do 2008 sodišče v več kot 740 pobudah za presojo ustavnosti in zakonitosti splošnih predpisov ugotovilo, da je predpis bodisi neustaven bodisi dopušča neustavne razlage, ki jih je iz pravnega reda treba izločiti.⁴

Četudi bi te dobrodošle učinke pustili ob strani, pregled številčnih podatkov pokaže, da *resnična* težava ni v široko odprtem dostopu posameznikov do ustavnega sodišča. Težava ni v tem, da bi preveč vlog izpolnjevalo merila za sprejem v ustavnosodno odločanje – in bi ta merila prav zato morali zaostrova-ti. *Resnično* težavo pomenijo vse tiste vloge, ki ne izpolnjujejo meril za sprejem v odločanje in vendar obremenjujejo edinih devet sodnikov, ki pri nas sestavljajo vrhovno ustavnosodno telo.⁵

Odsotnost omembe vseh dobrodošlih učinkov dostopa do ustavnega sodišča pa kaže na to, da predlagatelji nikoli niso naredili celovite, vseobsežne ocene stanja in težav.

Ugibam lahko, da so sledili tistemu nauku, ki ga je John Griffiths nekoč že posrečeno opisal kot »pravno ptolemajstvo«. To je ustaljeno, državosredniško razlogovanje, ki v središče pomembnosti postavlja ustanove,⁶ ob tem pa pogosto odmišlja njihov »uporabniški vidik«. ⁷ Pozabi namreč, da so ustanove le orodja,

4 Izračuni so moji. Če sem prav seznanjen, takšni izračuni uradno sploh niso bili narejeni. Sam sem upošteval vse odločitve ustavnega sodišča od leta 1992 do avgusta 2008, pomagal pa sem si z iskalnikom na spletišču www.us-rs.si. Od vseh tam objavljenih ustavnih pritožb, ki so bile do avgusta 2008 sprejete v odločanje in rešene, jih je bilo upravičenih 396 ali 72 odstotkov. Od vseh sprejetih zasebnih pobud za oceno ustavnosti je sodišče splošni predpis razveljavilo ali odpravilo v 503 zadevah. K temu številu pa je treba dodati še 240 razlagalnih odločb, saj pravno državo krepi tudi ujemanje in večja določnost splošnih predpisov.

5 Izračuni so spet moji. Do avgusta 2008 je merila za sprejem v ustavnosodno odločanje izpolnilo 547 ustavnih pritožb in 1328 zasebnih pobud za presojo ustavnosti ali zakonitosti. V povprečju to na leto pomeni 115 zadev. Po drugi strani pa v vseh teh letih meril za sprejem v odločanje ni izpolnilo 6084 ustavnih pritožb in 750 zasebnih pobud za oceno ustavnosti in zakonitosti. V povprečju je to 420 zadev na leto. Spet sem upošteval le tiste zadeve, ki jih prikaže iskalnik in ki so bile vložene in preizkušene oziroma razrešene do avgusta 2008. Kljub temu pa se je mogoče poigrati tudi deleži.

6 Marc Galanter, Justice in Many Rooms, *Journal of Legal Pluralism* (1981) 19, 1–48, op. 1 (tam navaja neobjavljeno različico besedila Johna Griffithsa, ki je kasneje sicer izšlo, a brez omenjenega izraza, pod naslovom What is Legal Pluralism, *Journal of Legal Pluralism* (1986) 24, 1–53).

7 Glej tudi Edmond Cahn, The Law in the Consumer Perspective, *University Pennsylvania Law Review* (1963) 112, 9.

ki naj služijo ljudem, povezanim v družbo. S takšnim pristopom pa predlagatelji sprememb iz leta 2007 niso osamljeni.

Več današnjih predlogov nadaljnjih sprememb gradi izključno na ugotovitvi, da so omejitve, ki jih je vzpostavil zadnji zakon, prešibke za razbremenitev ustavnega sodišča. V tej razpravi zato predlagam kopernikovski obrat; ta naj žarišče pravoslovnih skrbi premakne na posameznika. In kakšen je pomen širokega dostopa do ustavnega sodišča za posameznika; za uporabnika te države in njenih ustanov?

Širok dostop ima tri temeljne pomene:

- a) varuje temeljne pravice,
- b) pospešuje demokratizacijo pravnega reda, hkrati pa
- c) krepi tudi pravno državo.

Že sama možnost (A) zavarovanja nekih osebnih koristi ljudi spodbuja k temu, da se dejavno vključujejo v (B) demokratični nadzor pravodajnih oblastnih ustanov. Posledično to pripomore še k (C) nenehnemu izključevanju protislovij iz pravnega reda, s tem pa tudi k njegovemu postopnemu poustavljanju.⁸

Da neomejen dostop posameznikov do ustavnega sodišča zagotavlja varovanje temeljnih pravic, je povsem očitno, sama ugotovitev pa je brez dvoma prazna. Ob kršitvi človekovih pravic, ki jih zagotavlja ustava, pomeni ustavno sodišče že tretjo pritožbeno stopnjo.

Širok dostop posameznikov do ustavnega sodišča ob tem spodbuja demokratizacijo pravnega reda, saj daje državljanom možnost sprožiti neposreden in takojšen nadzor nad zakonodajno, izvršno in sodno vejo oblasti. Prav gotovo bi v nekaterih primerih tak nadzor lahko nasprotoval volji večine, a ta napetost je pač temeljna prvina pojma ustavne demokracije. Pri vladavini prava in pravni državi (teh dveh pojmov v tej razpravi namenoma ne razlikujem) gre za vprašanje izvrševanja oblasti, pri demokraciji pa za vprašanje njene dostopnosti.⁹ Vsaka pravica sprožiti nadzor pa je brez dvoma ena temeljnih prvin oblasti. Zato bi bilo treba oceniti, kako se z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča zmanjšuje demokratični značaj našega pravnega reda. A tega sam tu ne bom storil, ker menim, da je ena stvar še bolj pereča.

Dostop do ustavnega sodišča ne krepi pravne države le posredno, kot bi kdo morda lahko razumel iz dosedanjega prikaza. Pravne države dostop ne krepi na

8 Primerjaj Riccardo Guastini, La »costituzionalizzazione« dell'ordinamento italiano, *Ragion pratica* (1998) 11, 185–206. Glej tudi v tej številki *Revusa*: Manuel Atienza, Argumentiranje in ustava, *Revus* (2009) 9, 91–128.

9 Sebastián L. Mazzuca, Reconceptualizing Democratization: Access to Power versus Exercise of Power, v Gerardo L. Munck (ur.), *Regimes and Democracy in Latin America. Theories and Methods*, New York, Cambridge University Press, 2007, 2. pogl.

način, ki bi ga bilo mogoče zlahka žrtvovati (ali nadomestiti). Povezava je veliko globlja in bolj tesna, četudi je ni mogoče ponazoriti v dveh stavkih. Spodaj bom zato izrisal pomensko ogrodje pravne države (4). Z njim bom pokazal, kako je omejitev dostopa do ustavnega sodišča pravno državo pri nas oslabila (5). Za konec bom nakazal tudi možnosti za takšne razbremenitve ustavnega sodišča, ki pravne države ne bi načeale (6). Ker pa proti omejevanju dostopa do ustavnega sodišča uporabljam prav tak argument – sklicevanje na pravno državo – kot njegovi zagovorniki, moram najprej utrditi, zakaj je moj argument dejansko veljaven, njihov pa to ni (2 in 3).

2 PRAVNA DRŽAVA: V SVOJEM BISTVU SPOREN POJEM

Da je pojem pravne države vsaj *sporen*, potrdi že krajši pregled strokovnega in znanstvenega spisa (pa tudi javnih razprav).¹⁰ O tem zato tu nima smisla izgubljanje besed. Oznamovanje 'pravne države' kot enega od *v svojem bistvu* spornih pojmov¹¹ pa vendar zahteva, da se dolžna pozornost posveti opredelitvi, s katero je Walter Bryce Gallie pred dobrega pol stoletja to skupino pojmov (tj. v svojem bistvu spornih pojmov) miselno izoblikoval.¹² Ločnice Galliejeve nove razdelitve pojmov so, čeprav niso nikjer predstavljene na ta način, tele:¹³

Na eni strani imamo neocenjujoče, na drugi pa *ocenjujoče* pojme. Ocenjujoči so tisti pojmi, ki so močno *vrednostno* zaznamovani;¹⁴ lahko bi tudi rekli, da iz-

10 Glej na primer: Gianluigi Palombella in Neil Walker (ur.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008. Francisco J. Laporta, *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007. Pietro Costa in Danilo Zolo (ur.), *Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Rim, Feltrinelli, 2003². Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Pariz, LGDJ, 2002.

11 Tako več avtorjev predvsem v anglosaških krogih: Margaret J. Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, *Boston University Law Review*, 69 (1989), 781; dvakrat ponatisnjeno v Denis M. Patterson (ur.), *Wittgenstein and Legal Theory*, 1992, in v Friderich Schauer (ur.), *Law and Language*, 1993. Michel Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, *Southern California Law Review*, 74 (2001), 1307–1352. Jeremy Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, *Law and Philosophy*, 21 (2002), 137–164. David Collier, Fernando Daniel Hidalgo, Andra Olivia Maciuceanu, *Essentially Contested Concepts: Debate and Applications*, *Journal of Political Ideologies* (oktober 2006), 11 (3), 211–246.

12 Walter B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, 56 (1955–1956), 167–198; ponatisnjeno v njegovi knjigi *Philosophy and the Historical Understanding*, London, 1964.

13 Gallie svoj očrt izpelje v drugačnem vrstnem redu, sicer pa naniza istih sedem lastnosti v svojem bistvu spornih pojmov, ki jih bom predstavil spodaj. Štiri od njih imenuje nujne predpostavke, eno kot opredeljujočo lastnost, dve pa kot taki, ki neusahljivo spornost pojma upravičujeta.

14 Skupine vrednostno zaznamovanih pojmov ne smemo mešati z ožjo skupino normativno zaznamovanih pojmov. DRUGAČE: David Collier, Fernando Daniel Hidalgo, Andra Olivia Maciuceanu, *Essentially Contested Concepts: Debate and Applications*, *Journal of Political*

ražajo neki dosežek, neki uspeh.¹⁵ 'Zmagovalec', na primer, je ocenjujoč pojem, medtem ko 'kuhinjska miza' to ni. Ocenjujoči so pojmi kot 'dobro' pa 'umetniško delo', 'demokratičen', 'srček', ne pa tudi 'avtomobil', 'reka' ipd.

Ti ocenjujoči pojmi se nadalje delijo na takšne, ki so enopomensko opisljivi in vesoljno pripoznani, ter na one, ki so *različno opisljivi in sporni*. Kot zgled lahko omenimo 'krščansko življenje' in 'družbeno pravičnost', ki ju omenja tudi Gallie, ali pa 'državljanstvo'.

Ta *spornost* nekaterih pojmov lahko kali iz nesporazumov¹⁶ in iz pojmovnih zmešnjav ali njihove enakozvočnosti. V teh primerih je spore o rabi takšnih pojmov mogoče preprosto rešiti s pogovorom in z izrazno natančnostjo, določenostjo.¹⁷ Med različno opredeljivimi pojmi pa je vendar tudi nekaj takšnih, katerih spornost je posledica nesoglasij – naj kar takoj rečem, da so to *pristna* nesoglasja – o njihovi pravilni ali glavni ali pa edino pomembni rabi. Tako se torej različne skupine ljudi prerekajo o pravični rabi takšnih pojmov, kot so 'demokracija', 'krščansko izročilo' in 'pravna država':

Kadar preučujemo različne rabe teh izrazov in značilne argumente, v katerih se pojavljajo, hitro opazimo, da noben od teh izrazov nima ene same, jasno opredeljive in splošne rabe, ki bi se lahko vzpostavila kot pravilna in obče veljavna raba. Različne rabe [teh izrazov] za različne šole ali gibanja [denimo: pravoslovcev], za različne politične skupine ali stranke [in, seveda, tudi za navadne ljudi] služijo različnim, čeprav seveda ne povsem nepovezanim nalogam. – Walter B. Gallie, *Essentially Contested Concepts, The Proceedings of the Aristotelian Society*, 56 (1955–1956), 167–198, na 168.

Kot smo videli, sestavljajo v svojem bistvu sporni pojmi *poseben razred* različno opisljivih ocenjujočih pojmov:

Ideologies (oktober 2006), 11 (3), 211–246 (avtorji netočno govorijo o normativni zaznamovanosti). Vendar, mdr.: Francesco Orsi, I concetti dell'etica: verso una teoria delle relazioni tra valutativo e normativo, *Ragion Pratica* (2008) 30, 171–189.

15 Gallie sam ne omenja pojmov, ki bi izražali neuspeh, vendar ne vidim razlogov, da teh pojmov ne bi uvrstili v isto skupino – če so seveda v vseh preostalih značilnostih enaki tu opisovanim.

16 Verjetno je že vsak od nas kdaj rekel ali slišal nekaj takšnega: »A ja, v tem oziru, praviš? Potem imaš pa prav, ja!«

17 V reesnici torej ne uporabljamo istih pojmov, čeprav govorimo z istimi besedami: »A, ne, ne, ne, jaz sem mislil samo na to. Ti pa govoriš o *nečem drugem*.« Kar zadeva 'državljanstvo', glej to številko *Revusa*: Patricia Mindus, Sodobna razprava o državljanstvu, *Revus* (2009) 9, 29–44. Glej tudi: Patricia Mindus, Anatomia del cittadino. Tre modelli e il Trattato di Lisbona, delovni spis, predstavljen na XIV. italjansko-španskem kongresu filozofije prava, Girona, 14. in 15. november 2008 (<https://www.udg.edu/arees/Filosofiadeldret/Noticies/tabid/10083/p/10469/language/en-US/Default.aspx>).

NEOCENJUJOČI POJMI	enopomensko opisljivi OCENJUJOČI POJMI	
	<i>različno opisljivi, a ne v svojem bistvu sporni</i> OCENJUJOČI POJMI	<i>različno opisljivi in v svojem bistvu sporni</i> OCENJUJOČI POJMI

Gallie pa teh pojmov v svojem članku ni poskušal le opredeliti, ampak je želel tudi pojasniti, zakaj ti pojmi »med njihovimi uporabniki neizogibno porajajo neskončna razpravljanja o njihovih pravnih rabah« (str. 169). Tukaj so razlogi:

Prvič, ti pojmi imajo *sestavljeno notranjo zgradbo*.¹⁸ To sestavljenost je za 'pravno državo' znamenito opisal na primer Lon Fuller v drugem poglavju svoje knjige *Moralnost prava*. Tam je izluščil nič manj kot osem pojmovnih gradnikov 'pravne države': splošnost, jasnost, razglasitev, stalnost, stanovitnost med pravili in ravnanji, ne povratno veljavnost, neprotislovnost pravil, ne zahtevanje nemogočega.¹⁹

Pričakovali bi lahko, da se z razgrnitvijo te raznoterosti spori o pravilni rabi takšnih pojmov hitro končajo. Očitno pa ni tako. Gallie pravi, da je to zaradi vsebinske in pomenske *odprtosti* teh pojmov. V spreminjajočih se okoliščinah ta odprtost namreč omogoča precejšnje prilagoditve.

Lastnost, zaradi katere je te pojme mogoče uporabljati v novih okoliščinah, izhaja iz dejstva, da je vsak od njih izveden iz nekega »začetnega vzora, katerega veljavo priznavajo vsi prerekajoči se uporabniki pojma« (str. 180). Takšen vzor lahko prinese »dolgo izročilo ali pa morda več zgodovinsko nepovezanih, a zadosti podobnih izročil, ki jih sestavljajo zahteve, težnje, upori in prevrati« (str. 186). Prav to velja dozdevno tudi za naš pojem 'pravne države'. Njegov vzor sestavlja cela vrsta učenj, ki gredo nazaj vsaj do Aristotelove *Politike*,²⁰ če ne do grških *nomos basileus*, vključujejo pa tudi rimski *rem publicam* in *libertatem*,

18 V zgornjem navedku je Gallie govoril o »različnih, četudi seveda ne povsem nepovezanih nalogah«. Dejansko so ti pojmi prav zaradi zapletene notranje zgradbe različno opisljivi – saj nekdo izključno poudarja eno ali drugo lastnost nekega takšnega pojma ali pa neki pojmovni sestavini preprosto pripisuje večji pomen kot neki drugi.

19 Lon Fuller, *The Morality of Law* (1964), New Haven, Yale University Press, 1969², 2. pogl. (tam našteje angl. *generality, clarity, promulgation, stability, consistency between rules and behaviours, non-retroactivity, non-contradictory rules, nor requiring impossible*). Prim. Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 11. pogl. (Raz poudarja, da morajo biti zakoni usmerjeni v prihodnost, odprti in jasni; sorazmerno nespreminjani; zakonodajne postopke morajo voditi odprta, nespreminjana, jasna in splošna pravila; zagotovljena mora biti neodvisnost pravosodja; zasledovati je treba načela naravne pravičnosti; sodišča morajo imeti nadzor nad udejanjanjem drugih načel; sodišča morajo biti lahko dostopna; prosta presoja teles pregona ne sme sprevažati zakona).

20 Aristotel, *Politika*, III. knjiga: pogl. 15–16 (1285b in nasl.: v izvirniku in angleškem prevodu je besedilo dostopno na spletišču www.perseus.tufts.edu).

srednjeveške *leges fundamentales* (po teh velja rek *lex facit regem, non rex legem*) in končno, v preddverju naše dobe, anglosaški *Rule of Law*, nemški *Rechtsstaat* iz 19. stoletja, francosko *Etat de droit* itd.²¹ Po mojem mnenju je prav metoni-mična raztegljivost teh zgodovinskih vzorov tista, ki daje najboljši odgovor na vprašanje, od kod odprtost našega pojma prihaja.

Ob vseh naštetih lastnostih, končno, »stalno tekmovanje za priznanje med prerekajočimi se koristniki teh pojmov omogoča, da se uspeh začetnega vzora ohranja in/ali razvija na kar najboljši način« (str. 180). Ne tekmovalnost ne vsebinska in pomenska odprtost in ne notranja zapletenost za pravoslovno raziskovanje ne pomenijo ovir. Pomeni pa takšno oviro dejstvo, da so v svojem bistvu sporni pojmi ocenjujoči.

3 PRAVOSLOVNA NEPRIMERNOST VREDNOSTNO ZAZNAMOVANIH POJMOV

Dejstvo, da je pojem 'pravna država' močno vrednostno zaznamovan, odpravlja vsak dvom o tem, ali je kot tak primeren ali ne za pristno pravoslovno premišljevanje. Če s pravnim naukom ne želimo mešati morale, etike ali politike, se moramo v tem nauku, kolikor je le mogoče, izogniti vsem pojmom z vrednostno zaznamovanostjo.²² Kot je opozoril Gallie, pa se vrednost v svojem bistvu spornih pojmov (in torej 'pravne države') tem pripisuje kot (sestavljene, prepletene) celoti: »Vsaka razlaga njihove vrednosti se mora tako sklicevati na ustrezne prispevke njihovih mnogih sestavin ali značilnosti.« (str. 172). Prav zato se moremo po mojem mnenju vprašati, ali in kako je takšne pojme mogoče razstaviti na posamezne sestavine. Z razčlenitvijo bi se lahko otesili vrednostne zaznamovanosti, a takšna razčlenitev ni vedno izvedljiva.

Pri 'pravni državi' pa verjetno nihče ne bo zanikal, da je ta pojem v resnici mogoče razstaviti. Vsaj ena od njegovih sestavin lahko nastopa povsem samostojno. Mislim na tisto sestavino pravne države, ki sestavlja njeno pojmovno jedro.

To jedro ima svoj ustaljeni pomen; ta je vsem različnim rabam pojma skupen. Gre za del, ki se giblje okoli prisposodbe, po kateri je pravo tisto, ki mora vladati namesto ljudi.²³ Gre za tisti del, ki ga najdemo v vseh pravnih ureditvah

21 Prim. Mauro Barberis, *Etica per giuristi*, Rim-Bari, Laterza, 2006, 97.

22 Na to je v pravoslovju morda najbolj znamenito opozoril Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, Uvod. Podobno čistost je nekaj let pred njim v etiki zasledoval George E. Moore, *Principia Ethica*, 1903. O bistvu Kelsnovega nauka je mogoče v slovenščini prebrati celo krajši strip: Luis Alberto Warat in Gustavo Pérez Cabriada, Čisti strip prava, *Revus* (2008) 8, 109–129.

23 Prim. Barberis 2006 (op. 21), pogl. 3.4.1. Za enega prvih opisanih zgodovinskih dogodkov, ki jasno zariše napetost med ljudsko voljo in vladavino prava, pa glej postopek Atencev proti

in zaradi katerega je lahko Hans Kelsen²⁴ na svoj način enačil 'pravno državo', 'državo' in 'pravni red', Jeremy Waldron²⁵ pa je na drugi strani Atlantika 'vladavino prava' opredelil kot bistveno sestavino 'prava' samega. Pojemovno jedro 'pravne države' torej sestavljajo določene bistvene sestavine, ki jih najdemo v prav vsakem pravnem redu. Preostali del pojmovne vsebine 'pravne države' je med njegovimi različnimi uporabniki resnično sporen. Razlikuje se od enega pojmovanja do drugega, od ene rabe tega pojma do druge, povezuje pa ga nič več kot »družinska podobnost« v pomenu tega izraza iz Ludwiga Wittgensteina *Filozofskih raziskav*.²⁶

Morebitna odločitev, da bi v pravoslovnih razpravah uporabljali zgolj pomensko ustaljeno jedro, ki ni sporno, bi bila slaba rešitev; vredna bi ne bila prav nič. V tem primeru pojem pravne države namreč ne bi dajal dosti več (ali manj), kot dajeta pojma prava oziroma sorazmerno samostojnega pravnega reda; še več, različne, a istopomenske besede v znanstveno razpravljanje vnašajo zmedo. Odreči pa se rabi tega pojma tudi ne moremo – če ne zaradi drugega zato, ker se uporablja v pravodajnih besedilih, ki jih ni mogoče preprosto odmisлити. Ostane torej tretja možnost.

Obe skupini sestavin (jedro in preostanek) pojma 'pravna država' moramo na novo povezati. Za to vidim dva načina. Tu ne bom na široko pojasnjeval, zakaj razlikovanje med pojmom in pojmovanji ne more prav služiti pristnemu pravoslovnemu razčlenjevanju.²⁷ Raje nadaljujem s tem, kar nam utegne po mojem mnenju pomagati iz zagate.

Razmišljam takole. Pojem pravne države je treba premisliti tako, da se najprej loči med ustaljenim pomenskim jedrom in spornim preostankom njegove pojmovne vsebine. Sestavine tega spornega preostanka pa je nato treba očleniti (drugače kot pojmovanja) kot dodane k pomenskemu jedru, ne pa tudi kot to jedro vključujoče. Kakor razumem, tako ravna Otto Pfersmann v svojem nor-

šestim strategom: Ksenofont, *Ellenika* (slov. grška zgodovina), 4. stol. pr. n. št., I. knjiga: 7. pogl. (v izvirniku in v angleškem prevodu je besedilo dostopno na spletišču www.perseus.tufts.edu).

24 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), v slov. prevodu Amalijske Maček: *Čista teorija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba (Pravna obzorja, 28), 2005, § 48. Glej bolj natančno drugo, spremenjeno in razširjeno izdajo: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960²), § 41.

25 Jeremy Waldron, The Concept and the Rule of Law, *Georgia Law Review* (2008) 43/1, 1–62; dostopno tudi na: <http://ssrn.com/abstract=1273005>.

26 Nem. *Familienähnlichkeiten*. Ludwig J. J. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, §§ 66–67.

27 DRUGAČE: Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961; v slov. prevodu Jelke Kernež Štrajn, *Koncept prava*, Ljubljana, ŠOU, 1994; John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1971; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978. VENDAR: razločevanje med pojmom in pojmovanji ne pomaga, da bi se bilo mogoče otrestiti vrednostne zaznamovanosti, saj ta v tekmujočih rabah različnih pojmovanj ostane.

mativističnem nauku o pravni državi. Pfersmann namreč loči med oblikovalnim pojmom pravne države in razlikovalnimi pojmi pravne države.²⁸

4 OBLIKOVALNI POJEM IN RAZLIKOVALNI POJMI PRAVNE DRŽAVE

Na splošno so oblikovalni pojmi nauka o pravu tisti, ki se nanašajo na določene bistvene gradnike vsakega pravnega reda. Razlikovalni pojmi nauka o pravu se, na drugi strani, nanašajo na pravna pravila in pravne ustanove, ki so v enem ali drugem pravnem redu le ne nujno prisotni.²⁹ V tem smislu je pojem 'stopnjovitosti pravnega reda' oblikovalni pojem nauka o pravu, medtem ko so 'demokracija', 'temeljne pravice', 'delitev oblasti' in 'ustavno sodstvo' razlikovalni pojmi. Če zdaj to razlikovanje preslikamo na različne pomene, v katerih uporabljamo v svojem bistvu sporen pojem pravne države, skupaj s Pfersmannom ugotovimo, da je ta pojem mogoče uvrstiti tako v prvo kot v drugo skupino.

Kot rečeno, ustaljeno pomensko jedro pravne države je bistvena sestavina 'prava' (Waldron) ali pa celo istopomenka 'pravnega reda' (Kelsen). Zato ga bomo oznamovali kot oblikovalni pojem. Vemo pa, da je za nekatere (znamenit je Joseph Raz) pravna država *odlika*, ki jo pravni red lahko ima in po kateri o tem pravnem redu tudi sodimo.³⁰ Ta del pojmovnega pomena pravne države nam bo zdaj dal vrsto razlikovalnih pojmov, s katerimi je različne pravne rede mogoče razvrstiti glede na to, koliko v resnici sledijo vzorom pravne države.

Nekatere prvine pravne države bodo tako oznamovane kot nujne in/ali zadostne za različne *stopnje* pravne države. V zvezi s tem bo – neodvisno od tega, kateremu pojmovanju pravne države priznavamo veljavo – mogoče osmisлити dejstvo, da se različne pravne ureditve pogosto označujejo kot pravni državi ustrezne zgolj deloma, tj. zgolj v določenem pogledu ali do določene mere (stopnje). Takšne ocene so imele doslej smisel le v neposredni navezavi na natančno določeno pojmovanje pravne države. Namesto o stopnjah ali plasteh, kot govorijo nekateri,³¹ pa bom ponekod raje govoril o *razsežnostih* ali *razširitvah*. V svojih razlikovalnih pomenih gre namreč pri vprašanju pravne države tako za stopnjovitost v več kot eni smeri (tj. razsežnosti).

28 Otto Pfersmann, *Prolégomènes pour une théorie normative de l'Etat de droit*, v Olivier Jouanjan (ur.), *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, 53–78.

29 Pfersmann 2001a (op. 28), 54.

30 Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, *The Law Quarterly Review* (1977) 93, 195; ponatisnjeno kot poglavje z istim naslovom, v Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

31 Richard H. Fallon, 'The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse, *Columbia Law Review* (1997) 97/1, 1–56.

Takšno pojmovno branje omogoča izraziti stopnjevitost značaj pravne države. Primerno pa je tudi za prevod spremenljivosti, ki izhaja iz napetosti, porojene znotraj pojma samega (danes učinke te notranje napetosti opazimo na ustavnih sodiščih, ki se bojujejo s preobremenjenostjo in, včasih, skorajšnjim sesutjem).³²

Seznam vseh prvin, ki so v pravni državi pogovorno očlenjene ali iz tega pojma izvedene, je neskončen prav zaradi zgoraj omenjene pomenske oziroma vsebinske odprtosti pojma. Kljub temu pa je po tu opisani poti precejšen del teh prvin mogoče pomenljivo povezati. V naslednjem razdelku bom v ta namen izrisal *pomensko ogrodje* pojma 'pravna država', ki nam takšno povezavo olajša. Pomensko ogrodje, ki ga dajem v razpravo, je le eno od več možnih. Ni ne resnično ali neresnično ne pravilno ali nepravilno; pri poučevanju in pravoslovnem razlikovanju se lahko izkaže le kot manj ali bolj uporabno, koristno ali prepričljivo. V njem se bodo nekatere prvine pokazale kot bistvene, druge pa kot logično enake ali pa preprosto nujne in/ali zadostne za določeno stopnjo razlikovalne razsežnosti pravne države.

5 POMENSKO OGRODJE 'PRAVNE DRŽAVE'

Ker je oblikovalni pojem pravne države bistveni gradnik vseh pravnih redov in predpostavka vsakršne od možnih razlikovalnih *razširitev* pravne države, ga bom označil kot ničto točko ali ničto stopnjo pravne države oziroma, s kratico, PD_0 . Tako, tehniško oštevilčenega, je oblikovalni pojem mogoče ločiti od razlikovalnih pojmov (PD_1 , PD_2 itd.), ne da bi pri tem že s poimenovanjem porajali premočno vrednostno zaznamovanost. Poleg tega pa takšno poimenovanje dobro podkrepi tudi predstavo o več »razsežnostih« pravne države, ki se členijo prav okrog te ničelne, izhodiščne točke.³³

5.1 Pravna država ničte stopnje (PD_0)

V komentarju prispodobe o tem, da mora pravo vladati *namesto* ljudi, je John Austin (prav verjetno je bil z mislimi pri *Leviathanu* Thomasa Hobbesa) jasno poudaril, da je vsaka človeška vladavina vladavina človeka.

32 Najbolj nazorna je morda zgodba z avstrijskega ustavnega sodišča, kjer so zaradi nekkih davčnih predpisov v devetdesetih letih prejšnjega stoletja zgolj v nekaj dneh prejeli kar 11.000 vlog. Glej pogovor z Ludwigom Adamovitchem v *Cahiers du Conseil constitutionnel* (1999) 7, 90 (dostopno na spletišču www.conseil-constitutionnel.fr).

33 Pri členjenju sestavin pravne države v nadaljevanju v grobem sledim Pfersmannu 2001a (op. 28). Tudi od njega pa se odmikam v poimenovanju (iz zgoraj pojasnjenih razlogov) in v nekatereh pomenskih poudarkih; to mi omogoča tudi končno slikovno ponazoritev in razvrstitev različnih ustavnonadzorskih ureditev.

Ob tem še pove, da je vladavina prava tudi vladavina nekega poveljevalca.³⁴ K Austinu pa je treba pristaviti, da je ta vladavina vendar drugačna od drugih, saj tisti, ki v njej vlada(jo), to počne(jo) pod pokroviteljstvom prava.

Celo ob strahovladi (naj bo posameznika, skupine ali družbenega razreda) ima(jo) voditelj(i) pomembno pravodajno moč. Zahteva, po kateri je treba oblast izvrševati v skladu z zakonom, izključuje samo golo dejansko strahovlado. Le navidez protislovno, kot pravi Pfersmann, pa je tako iz PD_0 mogoče izpeljati zgolj eno zahtevo: da pravni red samodržcu izrecno prizna tisto oblast, ki jo samodržec resnično izvaja.³⁵ Tako lahko rečemo, da (1) PD_0 pravu ne podreja države, ampak dejstva; to pa izhaja že iz same oblikovalne opredelitve prava kot predpisujočega reda, ki načrtno usklajeno in *na splošno učinkovito* zagotavlja pravno posledico. Če dejstva niso podrejena pravu, to namreč ni učinkovito.

Ničta stopnja pravne države je torej vzpostavljena (2) zoper odsotnost prava. Ob svetu biti vzporedno ustanavlja še umišljeni svet najstva. Kraljestvu dejstev daje etični vzor. Ne odpravlja nepravilnega prava, zmanjšuje le uporabo stvarnega nasilja, s tem da (3) ustanovi pooblastitveno pravilo, s katerim daje pravno oblast tistemu, ki se je (bil) zmožen uveljaviti kot (vsaj prevladujoče) izključni uporabnik sile. Ta izključna pridržanost uporabe sile ni niti samo pravna niti samo pravno zahtevana; je nujni gradnik oblikovalnega pojma pravne države, ki je istoveten z državo in s pravnim redom.

Zamenjava stvarnega nasilja s pravno posvečeno uporabo sile je nujno izrecna in povsem verjetno učinkuje pomirjevalno. To, z drugimi besedami, pomeni, da imamo v ureditvi, ki jo oznamujemo s PD_0 , nedvomno lahko tudi politično policijo, ki ljudem samovoljno odvzema prostost – vendar mora biti takšno pooblastilo v vsakem primeru (4) izrecno in vnaprejšnje, če naj bo pravno (skladno z opredelitvijo) zgolj nekaj, kar je na splošno učinkovito in zmožno voditi ravnanja ljudi.³⁶ PD_0 zato določa, kdo so tisti, ki imajo pravno oblast. To določilo je bodisi poimensko bodisi postopkovno (v tem primeru ureja način določitve izvrševalcev oblasti).³⁷

34 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832); ker pri roki nimam angleške izdaje, stran navajam po italijanski: *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, Il Mulino, 1995, 352. Prim. Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), pogl. 46: »[T]o je še ena napaka Aristotelove *Politike*, da bi v dobro urejeni Skupnosti ne smeli vladati ljudje, ampak zakoni. Kateri človek, ki ima svoje naravne čute, četudi ne zna pisati ne brati, ni vladan od tistih, katerih ga je strah in za katere verjame, da ga lahko ubijejo ali ranijo, če jih ne bi ubogal? Ali kdo verjame, da ga lahko rani zakon, tj. besede in papir brez rok in mečev ljudi?« Kljub Hobbesovemu zapisu pa se je tega resnično zavedal tudi Aristotel, *Politika*, III. knjiga: pogl. 10 (1281a; v izvirniku in v angleškem prevodu je besedilo dostopno na spletišču www.perseus.tufts.edu).

35 Pfersmann 2001a (op. 28), 67.

36 Raz 1979 (op. 30), 214.

37 Prim. Pfersmann 2001a (op. 28), 67.

Iz pooblastitvenega pravila, ki ustanavlja pravodajno oblast, pa nadalje logično izhaja, da (5) vsako ravnanje, ne glede na vsebino, postane predmet deontičnega oznamovanja, tj. obvezno, dovoljeno ali prepovedano. Če tisti, ki so pravno pooblašteni, nekaj zahtevajo, to postane pravna dolžnost; če nekaj kaznujejo, to postane pravno prepovedano; in če se ne vmešavajo, je ravnanje dovoljeno.

Država v skladu s PD_0 tako ni omejena, ampak je z lastnim pravom opredeljena – tako kot je (bil) to predockhamovski krščanski bog, čigar volja je zavezana že prej določenemu načrtu božjega razuma. Na tej točki je (6) opredelitev države in prava samo postopkovna. Pravo predpisuje vrstnost in svojilnost dejanj, ki ustvarjajo nova pravila istega pravnega reda. Veljavnost predpisov in pravnih pravil v PD_0 je v bistvu oblikovno-slapovitega značaja, kakor v *Čisti teoriji prava* razloži Hans Kelsen.³⁸

Golega nasilja je v takšni ureditvi manj. Velik del ga je *de iure* prevedenega v pravnomočno uporabo sile, ki jo izvaja(jo) pooblašteni poveljevalci(-lci). Čeprav v družbi že samo dejstvo takšnega prevoda lahko učinkuje pomirjevalno, pa je (četudi pravno dovoljeno) telesno prisiljevanje v PD_0 še vedno lahko precej pogosto v rabi. Nadaljnji korak v razvoju pravne države to dejansko prisilo zmanjšuje s tem, da končno uporabo pravno dovoljene sile časovno odriva čim bolj v prihodnost. To je doseženo v prvi razširitvi pravne države, ki jo kratko imenujem tudi PD_1 .

5.2 Pravna država prve stopnje (PD_1)

Raba pravno dovoljene sile (PD_0 je to ločila od golega nasilja) se zmanjša, če se pooblastitveno pravilo PD_0 , ki dovoljuje neposredno izvršitev, nadomesti z dvojim: (1.a) s prepovedjo neposredne uporabe sile in (1.b) s to prepovedjo neposredno zvezano dolžnostjo, da se vsak spor najprej prinese pred nevpleteno tretjo stran.

Ta tretji, tj. sodnik, mora preveriti, ali bi bila uporaba sile res skladna z izrecnimi pooblastili PD_0 . V tem primeru se bo nasprotna stran verjetno uklonila mirno sama, s čimer se izogne uporabi sile. Če se ne ukloni, pa sproži pravnomočje PD_0 pooblastila za neposredno uporabo sile. Nadomestitev PD_0 -pooblastila z dvojno zapovedjo PD_1 je torej (2) pogojna in, na ta način, povrnljive narave.³⁹ Kot vidimo, vzpostavljeni postopek dejansko zagotavlja izvajanje dosežkov PD_0 (podreditev dejstev pravu).

Pojmovna razločitev vloge zakonodajne oblasti v PD_0 dobi sedaj oprijemljivo, stvarno obliko v PD_1 , v kateri (3) še eno pooblastitveno pravilo ustanovno loči

³⁸ Kelsen 1934 (op. 24), §§ 27–28 (tam piše o »formalno-dinamičnem« značaju). Glej tudi Kelsen 1960 (op. 24), § 34b.

³⁹ Prim. Pfersmann 2001a (op. 28), 69.

pravosodje od zakonodajne in še preostale izvršne oblasti. PD_1 je torej točka, v kateri se 'delitev oblasti' prvič združi z razvojem pravne države. To pa pomeni, da je 'delitev oblasti' povsem samostojen, od 'pravne države' ločen pojem.

V pravni državi prve stopnje je neposredno izvrševanje sile kar se da zmanjšano. Kljub temu pa so zakonodajne in sodne oblasti še vedno lahko v veliki meri samovoljne in/ali vsebinsko nevezane (pomeni, da imajo širok prosti preudarek). Naslednji korak v razvoju pravne države meri na zmanjšanje vseh samovoljnih in vsebinsko nevezanih oblastnih ravnanj s postopnim in vse bolj tvarnim določanjem pravil. Ta cilj pravne države je bolj, kot je neuresničljiv, tudi nedobrodošel, v družbeno sprejemljivem obsegu pa se lahko doseže v svobodniški skrčenki druge razširitve pravne države.⁴⁰ Krajše jo imenujem PD_2 .

5.3 Pravna država druge stopnje (PD_2^∞ in PD_2^{svob})

Samovoljna in/ali vsebinsko nevezana oblastna ravnanja (pravosodnih ali izvršnih teles) je mogoče zmanjšati, če (1) vsakršno pooblastilo spremljajo določni pogoji. S tem si PD_2 načeloma prizadeva za izključevanje samovoljnosti in celo za oženje polja prostega preudarka, ki odločevalcem daje možnost izbire.

V skrajnjem obsegu bi uresničitev tega cilja izločila vsakršno svobodo ne le oblastnih teles, temveč tudi posameznikov, saj smo tudi posamezniki pravno pooblaščen za opravljanje (vsaj nekaterih) izbir. Sam cilj pa, kot pravi Pfersmann, iz dveh razlogov ni docela uresničljiv.⁴¹ Prvič je ta cilj neuresničljiv zato, ker vsi predpisi in pravila v neki pravni ureditvi niso ustvarjeni v istem trenutku. Drugič zato, ker bi morala biti vsa ravnanja povezana v verigo dolžnosti, ki bi ne puščala nobenega polja proste presoje, nobene možnosti izbire. Čeprav takšna ureditev v resnici ne bi mogla biti učinkovita, bi vseobsežna PD_2 (kratko jo označujem s PD_2^∞) pomenila popolno predoločenost.

V svobodniško skrčeni izvedbi (kratko PD_2^{svob}) pa se pravna država druge stopnje takšni nevarnosti izogne na naslednji način. Da bi posameznikom zagotovila osebno svobodo, vzpostavlja (3) razlikovanje med poljem zasebnosti in poljem javnosti, med civilno družbo in državo. To razlikovanje omogoča ločiti dva razreda naslovnikov predpisov. V enem razredu so tisti, katerih možnosti izbire ne smemo krčiti (njihove možnosti je pravzaprav treba krepiti in širiti). V drugem razredu so tisti, ki morajo predpise udejanjati s kar najmanjšim možnim prostim preudarkom. V obeh poljih pa PD_2^{svob} teži k čim bolj natančni določnosti, ker se je le tako mogoče izogniti samovolji.

Logično iz tega določanja izhajajo (4) gotovost predpisov, predvidljivost oblastnih posegov in pravna varnost; v Fullerjevem jeziku to pomeni, da se

40 Pfersmann 2001a (op. 28), 70; avtor govori o »maksimalni« pravni državi in o njeni »liberalni« različici.

41 Pfersmann 2001a (op. 28), 71.

predpisi lahko le sorazmerno redko spreminjajo in da ne smejo biti protislovni. To pa ima dve posledici.

Prvič, (5) količina prepisov se v takšni državi lahko razteza v neskončnost. To pa poraja že prvo notranjo napetost pravne države: ko naraščajoča zapletenost in vseobsežnost pravnega reda vedno bolj presegata spoznavne zmožnosti njegovih naslovnikov, se pravna varnost, ki logično izhaja iz PD_2 , prav zaradi tega zmanjšuje.

Drugič, zahteva po določnosti od zakonodajalca terja (6.a), kolikor je sploh mogoče, jasno in natančno ubeseditev pravnih določil. Od pravosodja pa, na drugi strani, (6.b) razumno obrazložitev sodniških odločitev. Pravzaprav mora vsaka posamezna oblastna odločitev, tj. vsako pravno dejanje, ki posamično pravno pravilo ustvari, sklicujoč se na pooblastilo iz višjega predpisa, vsebovati izjavo o razlogih. Ker je vsaka izbira, ki jo opravijo oblastvena telesa, vprašljiva, je razloge za opravljeno izbiro med več možnimi odločitvami nujno treba objaviti.

Vzor PD_2 je nedosegljiv iz več razlogov.⁴² Najprej zato, ker niti v svetu najstva ni mogoče ustvariti umišljene ureditve, ki bi bila pestrejša od stvarnosti (takšna ureditev bi namreč za prav vsak možen primer morala vnaprej predvideti eno samo rešitev). Nato zato, ker bi bilo iz naravnega jezika, ki ga uporabljamo tudi v pravu, izjemno težko izločiti vsakršno nedoločnost in večumnost, saj vsaka pojasnitev zlahka (ali skoraj nujno) prinese še nove dvoumnosti in nedoločnosti. Končno tudi zato, ker stopnjevita urejenost (ta je bistvena prvina pravnih redov) iz naslednjih razlogov, na katere lepo opozori Pfersmann, nasprotuje vzoru določnosti:

Pravo ureja pogoje svojega lastnega ustvarjanja. Neki predpis ali neko pravno pravilo (v nadaljevanju: predpis) pa pogoje veljavnosti temu podrejenih predpisov lahko določa na dva načina. Lahko dopušča veljavnost podrejenega predpisa, ki je hibav ali ne popolno skladen z nadrejenim. Lahko to možnost tudi izključuje. V prvem primeru (ta je v sodobnih pravnih ureditvah najbolj pogost) določnost ne more biti vseobsežna. V drugem primeru pa so vsi pogoji, ki jih nadrejeni predpis določa, nujni pogoji veljave podrejenega predpisa, vsaka hibavost pa pomeni, da je podrejeni predpis ničen. (Seveda takšen predpis to ime nosi le v metonimičnem pomenu.) V tem primeru bi moralo vsako telo presojeti veljavnost vsakega predpisa, ki ga udejanja, posledica takšne presoje pa bi bil spet nov predpis. A ta bi bil glede svoje veljavnosti zdaj ponovno sočen z istima možnostma: bodisi bi se na podlagi pravnega načela, da so nekatere odločitve vedno končne, domnevalo, da je predpis veljaven, bodisi nas vprašanje o veljavnosti odpelje v neskončnost.

42 Prim. Pfersmann 2001a (op. 28), 72.

Vzora PD_2 tako z golo določnostjo pogojev veljavnosti ne moremo doseči. Celo v svobodniški razsežnosti PD_2 je treba, kot smo videli, sprejeti nekaj nedoločnosti, vsaj v razumni meri. Da bi se bojevali proti neujemanju predpisov, ki iz takšne nedoločnosti izhaja, pa je treba vpeljati (ali okrepiti) postopke, ki omogočajo izločitev ali spremembo hibavih, nepopolnih ali nepravilnih predpisov. To pa je tisto, kar vzpostavlja pravna država tretje stopnje ali kratko PD_3 .

5.4 Pravna država tretje stopnje (PD_3)

Tretja razširitev pravne države se torej ustanovi zoper protislovnost predpisov. Kot smo videli, ta iz pravnega reda nikoli ne more biti povsem izločena, saj se protislovnost zaradi nepopolne določnosti poraja že ob proizvajanju predpisov. Da bi proizvedena protislovja zmanjšali, načela PD_3 zahtevajo, da (1) se pred uveljavitvijo ali po uveljavitvi vsak predpis ali pravno pravilo lahko presodi na podlagi postopkovnih in vsebinskih pogojev veljavnosti. (Dejansko je ta zahteva iz načel PD_3 izvedena.)

Pojmovno je povsem mogoče, da presojo opravlja isto telo, ki predpis ali pravno pravilo ustvari. Vendar pa brez (2) ločenega in neodvisnega nadzornega telesa ni mogoče zagotoviti, da bi bila presoja nepristranska. Prav zato gre delitev oblasti v PD_3 še nekoliko dlje, kot je šla v PD_1 .

Protislovja pa je vendarle nemogoče popolnoma odpraviti, saj mora imeti kakšno telo vedno tudi zadnjo besedo. Ta omejitev je pojmovne narave in izhaja iz opredelitve pravnega, tj. iz PD_0 . Ponovimo. Pravo skladno z opredelitvijo pomeni predpisujočo ureditev, ki ob kršitvah predvideva načrtno izvršitev pravne posledice, ta izvršitev pa je, poleg vsega, na splošno učinkovita. Če naj bo na splošno učinkovita, potem zadnje besede ne moremo prepustiti negotovi prihodnosti. Zato so celo v PD_3 (3) nekateri predpisi nujno izvzeti iz možnosti nadzora. Pravna država pa je tako neizogibno neke omejena.

Omejitev je večja v tistih ureditvah, ki iz možnega nadzora izključujejo več(je) skupin(e) predpisov ali pravnih pravil. Nadzor pa ni mogoč, če ga nihče ne more sprožiti. Pojemovno je mogoče, da bi imelo nadzorni postopek pravico sprožiti nadzorno telo samo. Tiste, ki so pristojni za nadzor, tj. za presojo veljavnosti predpisov, je torej treba razločiti od tistih, ki bi od presoje morda lahko imeli kakšno korist. Vendar pa ne bi bilo v skladu s PD_3 , če bi bili nadzorni postopki odvisni samo od nagibov tistih, ki jih predpisi naslavlja. Protislovje je pač protislovje, ne glede na to, ali ima kdo od tega kakšno korist ali ne.

Povsem dopustno je, če pravico sprožiti nadzorni postopek neka ureditev najprej nameni posebnemu razredu oblastnih teles. Nedopustno in v nasprotju s PD_3 pa bi bilo, če nihče ne bi mogel sprožiti nadzornega postopka, zato ker ga tisti, ki bi imeli pri tem prednostno pravico, ne bi sprožili. Iz PD_3 tako izhaja (4) pravica dostopa do ustavnosodnega telesa za vsakogar, ki verjame, da ga protislovje prizadeva in, končno, za vsakega naslovnika predpisov neke pravne

ureditve. V tem oziru pri dostopu posameznikov do ustavnosodnega telesa ne gre za varovanje človekovih pravic (te tvorijo od pravne države povsem neodvisen, samostojen pravoslovni pojem), ampak za zagotavljanje resnične ustavnosti pravnega reda.

Vsakršne omejitve pravice zahtevati presojo ustavnosti predpisov, vse oblike prebiranja med vlogami, pa tudi strogo omejevanje pravice do pritožbe so zato v nasprotju s PD_3 , ker jo zavirajo.⁴³ V skladu z vseobsežno PD_3 določnost, neprotislovnost, pa tudi ujemanje predpisov ali pravnih pravil prevladajo nad pravno varnostjo. Pravna varnost, ki izhaja iz pravne države, pa tako izključuje zgolj prikrajanje predpisov izven ustreznih postopkov, nikakor pa pravna država ne prepoveduje spreminjanja pravno urejenih rešitev.

Medtem ko PD_2 zahteva jasno (razumno) določnost vseh predpisov, in torej tudi obrazložitev sodniških odločitev, PD_3 sestavlja temeljna pravica vsakega posameznika, da lahko z zahtevo po resnični ustavnosti pravnega reda sproži ustrezne nadzorne postopke tako za splošne kot za posamične predpise.⁴⁴ Posamični predpisi, tj. odločbe sodnih in upravnih teles, tej možnosti nadzora niso podrejeni zaradi varovanja človekovih pravic. V imenu pravne države se pri njihovi presoji preverja, ali so bile morda kršene tudi človekove pravice, le zato, ker so pri nas človekove pravice del najvišje ustavne stvarine.

V tej razpravi sem se namenil premisliti zvezo med neposrednim dostopom do ustavnega sodišča in pravno državo. Kot nazorno kaže tu zastavljen pristop, posameznikova pravica sprožiti ustavnonadzorske postopke logično izhaja iz težnje, razvijajoče tisto ustanovo, ki jo imenujem pravna država tretje stopnje. Izrisovanje pomenskega ogrodja pravne države bom zato na tem mestu zaključil. Pokazal bom le še to, kako je predlagano pomensko ogrodje pravne države mogoče uporabiti (med drugim) tudi za primerjavo različnih ureditev ustavn nadzorskih postopkov.

Prostor mi ne dopušča predstavitve predloga in še manj obrambe takšne ureditve ustavnosodnega nadzora, ki bi kljub visokemu številu vlog lahko kljubovala nevarnosti delovne preobremenitve, pregrevanja ali celo sesutja ustanove ustavnosodnega nadzora splošnih in posamičnih predpisov. Ker pa je ta razprava za marsikoga verjetno še najbolj zanimiva prav zaradi tega, ker ponovno postavlja vprašanje obstoja takšne možnosti, ki hkrati ne bi krčila pravne države, bom v nadaljevanju vendarle utrdil nekaj misli, ki možnost izhoda vsaj nakazujejo. S tem te bom, bralca, prepustil lastnim zaključkom in (za zdaj – če koga veseli) ugibanju o mojih.

43 Prim. Pfersmann 2001a (op. 28) 76. VENDAR: Otto Pfersmann, *Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective*, v *Cahiers du Conseil constitutionnel* (2001) 10, 112 (dostopno na spletišču www.conseil-constitutionnel.fr).

44 Prim. Pfersmann 2001a (op. 28), 77.

6 VPLIV USTAVNONADZORSKE UREDITVE NA PRAVNO DRŽAVO

Ustavnonadzorski postopki se v pravoslovnem smislu delijo v več ozirih. 1. se ti postopki delijo glede na to, katera telesa jih izvajajo, in 2. glede na to, kdo jih lahko sproži. 3. se ti postopki lahko delijo glede na vsebino nadzorovanih predpisov, 4. glede na kakovost predpisa (splošni in posamični predpisi; takšni, ki državo zavezujejo v mednarodnem pravu, in tisti, ki jo zavezujejo v notranjem; sprejeti, a še ne razglašeni, še ne pravnomočni predpisi; uporabljeni predpisi; veljavni predpisi; izvršljivi predpisi ipd.) in 5. glede na čas, ki je potekel od nastopa določene kakovosti predpisa (tj. od sprejetja, razglasitve, uporabe, veljavnosti, pravnomočnosti, izvršljivosti).

Iz opredelitve pravnega (PD_0) izhaja, da morajo biti nekatere odločitve dokončne in torej izvzete iz možnosti prizivnega nadzora. Pravna država je v tretji razsežnosti (ta postavlja zahtevo po ustavnonadzorskem postopku) zato že pojmovno, tj. logično nujno omejena. Ob tej pojmovni omejitvi pa iz pomenkega ogrodka pravne države ni mogoče izpeljati odgovora na vprašanja, katere odločitve oziroma kateri predpisi in po kakšnih merilih naj bodo iz možnosti nadzora izvzeti, kateri pa naj bodo tej možnosti izpostavljeni.

Zakonopisno je na dva načina mogoče potegniti ločnico med predpisi, ki so nadzoru izpostavljeni (na podlagi PD_3), in tistimi, ki so iz tega izvzeti (na podlagi PD_0). Oblikuje se lahko seznam izjem, tj. vseh tistih skupin predpisov, ki so iz nadzora izvzeti. V načelu so tako vsi drugi predpisi nadzoru lahko izpostavljeni. Nasprotno pa je mogoče oblikovati tudi seznam vseh predpisov, katerih skladnost z ustavo se vedno lahko presoja. To pomeni, da so vsi preostali predpisi iz nadzora izvzeti.

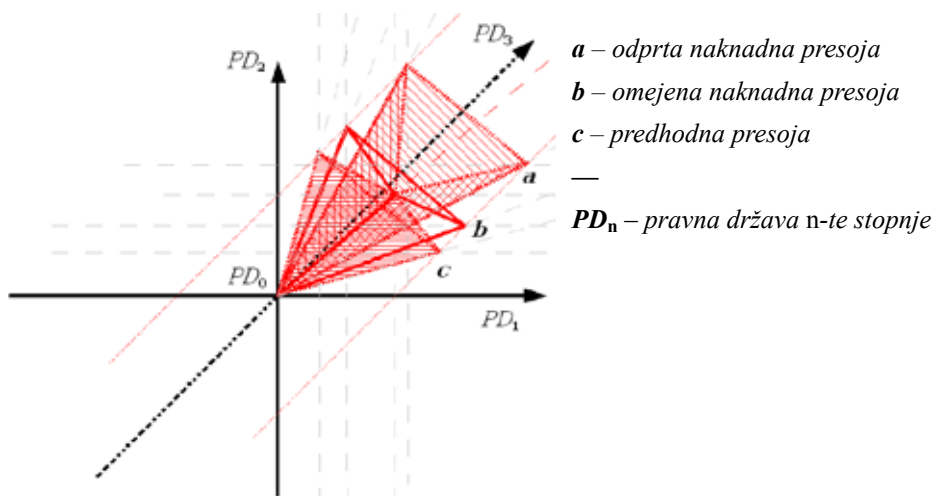
Sam zakonopisni način, ki je v posamezni ureditvi uporabljen, še ne pove, do kod se PD_3 po svojih zmožnostih razteza (čeprav je prvi način vsaj v nazorskem smislu PD_3 naklonjen bolj kot drugi). Jasno pa je, da je PD_3 po svojih zmožnostih toliko bolj razsežna, kolikor večji je delež predpisov ali pravnih pravil, ki so v določeni ureditvi prepuščeni možnosti nadzora.

Čeprav števila vseh obstoječih pravnih pravil, ki sestavljajo določen pravni red, ni mogoče določiti, pa je obseg PD_3 vendarle mogoče oceniti. Pravna država tako sicer ni samostojno izmerljiva, je pa zato pravna država ene ureditve primerljiva z drugo.

Primerjava je mogoča, če se naslonimo na čas, v katerem je ustavnost predpisov mogoče presoditi. Navadno so predpisi izvzeti iz možnosti ustavnosodne presoje potem, ko so določen čas v veljavi (kolikšen je ta čas, je odvisno od posamezne ureditve). To pomeni, da imata po izteku določenega časa stalnost in z njo pravna varnost prednost pred ujemanjem pravnega reda, skladnostjo predpisov in njihovo neprotislovnostjo. Četudi pravna varnost logično izhaja iz PD_2 ,

pa časovno utemeljeno izvzetje predpisov iz možnega nadzora določa nepojmovne, zunanje omejitve PD_3 . Kasneje ko te omejitve nastopijo, večji je obseg PD_3 , saj je možnemu nadzoru prepuščeno več pravnih pravil. Iz istega razloga ima PD_3 večji obseg tudi v tistih ureditvah, ki iz možnega nadzora izvzemajo manj(še) skupin(e) pravnih pravil, ne glede na to, ali so bili izvzeti predpisi proizvedeni v takšnih ali drugačnih postopkih (npr. prekrškovnih, davčnih, volitvenih, izvršilnih). Vse to lahko ponazorimo z risbo. Čeprav bo ta ponazoritev za koga morda neposrečena, nekatere značilnosti posameznih razsežnosti pravne države vendar jasneje poudari, razumevanje njihovih medsebojnih odnosov pa z upredmetenjem tudi približa.

Recimo, da nam daje pomensko ogrodje pravne države trirazsežni pravokotni koordinatni sistem (tega vsi poznamo iz šole). Različne osi koordinatnega sistema pomenijo različne razsežnosti pravne države: prvo, drugo in tretjo. Vse osi se pravokotno členijo okrog izhodiščne točke, ki označuje oblikovalni pojem ali ničto stopnjo pravne države. Ker sprememba v obsegu skupine ustavno nadzorljivih predpisov vpliva na tretjo razsežnost pravne države, se razlike med ureditvami z (bolj ali manj) omejeno naknadno in predhodno presojo ustavnosti lahko ponazorijo tako kot na Risbi 1.

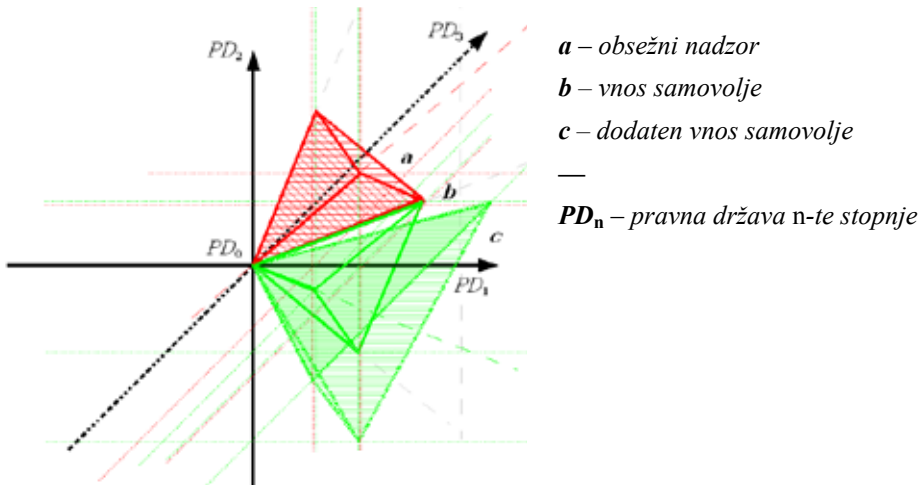


Risba 1: *Vpliv obsega skupine ustavno nadzorljivih predpisov na pravno državo*

Kot rečeno, vseh pravnih pravil, ki sestavljajo določen pravni red, ni mogoče prešteti. Zato pravna država seveda ni izmerljiva. Kljub temu pa je pravno državo mogoče primerjati – zlasti še v časovnem sosledju različnih ureditev istega pravnega reda. Tako kot na Risbi 1 bi bilo mogoče ponazoriti vpliv spremembe

ustavnonadzorske ureditve v tistih primerih, v katerih je z novim zakonom določena skupina pravnih pravil (npr. prekrškovnih po 55.a členu ZUstS-UPB1) izvzeta iz možnosti presoje ustavnosti; ali pa ko se s spremembo ustavnosodne prakse dvigne ali zniža prag, s katerim je mogoče izkazati pravni interes za sprožitev nadzornega postopka itd.⁴⁵ Pozoren bralec pa bo vendarle opazil, da s tu ponujeno ponazoritvijo ni mogoče prikazati, kako nasprotuje vseobsežna možnost nadzora samemu pojmu prava (in torej PD_0), po katerem morajo biti nekatere odločitve nujno dokončne. Zato je treba imeti vselej v mislih, da ta slikovna ponazoritev ne pokaže vseh gradnikov pomenskega ograjenja pravne države.

Neodvisno od sprememb v obsegu skupine ustavno nadzorljivih predpisov pa se sprememba v stopnji samovolje (ta vpliva v drugi razsežnosti pravne države) pokaže tako kot na Risbi 2.



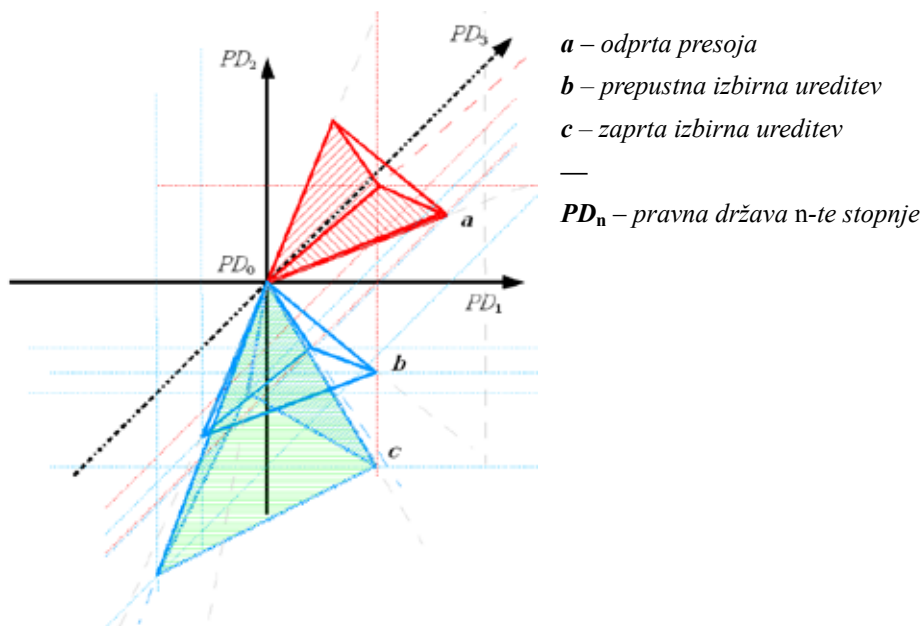
Risba 2: *Vpliv samovolje na pravno državo*

S to ponazoritvijo ni mogoče prikazati napetosti, ki izhaja iz napredujočega stopnjevanja določenosti (ali količinsko neustavljivega pravnega urejanja), ki na neki točki začne presegati spoznavne zmožnosti naslovnikov pravnega reda in s tem zmanjšuje pravno varnost in gotovost. Kljub temu pa dana ponazoritev olajša razumevanje sprememb, ki se v pravnem redu porodijo z vzpostavitev postopka izbiranja med vlogami (ta odpira prostor samovolje).

⁴⁵ O spreminjanju praga izpolnitve pravnega interesa v praksi slovenskega ustavnega sodišča glej Sebastian Nerad, Pravni interes za ustavnosodno presojo zakonov in drugih predpisov, *Revus* (2005) 4, 42–73.

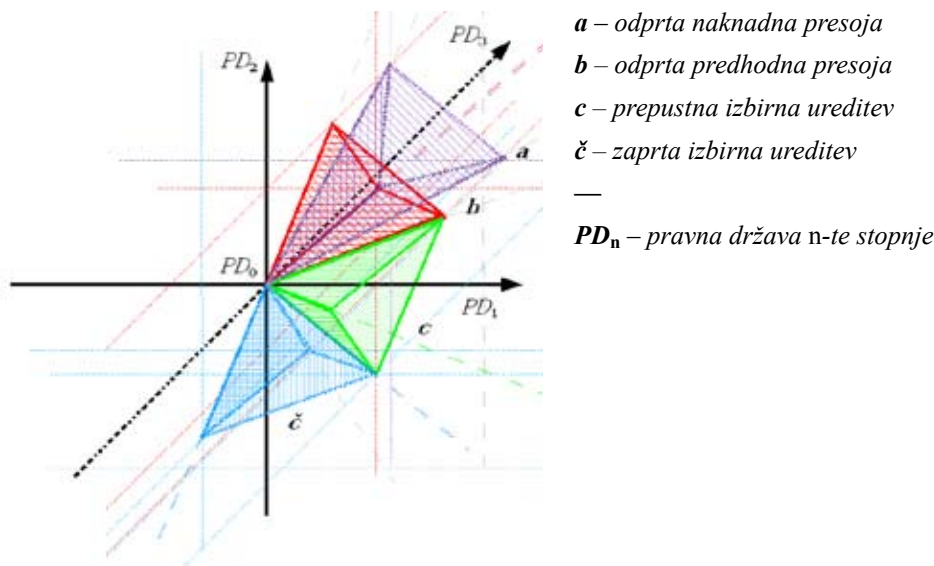
Kot smo videli zgoraj, iz cilja, ki vzpostavlja PD_3 , logično izhaja pravica vsakogar, da sproži ustavn nadzorske postopke. Vsakršno omejevanje te pravice pa torej omejuje, duši oziroma krči PD_3 . To omejevanje PD_3 je manjše v tistih ureditvah, ki za sprožitev ustavn nadzorskega postopka zahtevajo izkaz vlagateljevega pravnega interesa, večje pa v onih, ki dopuščajo, da nadzorna telesa prosto izbirajo med vlogami. Takšni postopki imajo namreč že v izhodišču manjšo zmožnost iz ureditve odpravljati protislovja (za ponazoritev vpliva na PD_3 glej Risbo 1).

V primerjavi z zahtevo po izkazu pravnega interesa pa obstoj izbirnih postopkov v pravno državo posega močneje ne le v tretji razsežnosti, ampak tudi v drugi razsežnosti. Rekli smo, da se PD_2 vzpostavlja zoper samovoljo in prosti preudarek. Polje prostega preudarka se z zakonsko zahtevo po izkazu vlagateljevega pravnega interesa odpira sodnikom bolj ali manj na široko, možnost izbiranja med vlogami pa ne pomeni nič drugega kot prostor samovoljnih odločitev. Zato so takšne ureditve že v izhodišču in same po sebi pravni državi nasprotnе. Če združimo vplive, ki jih ima uvedba izbiranja med vlogami na PD_3 , s tistimi, ki jih ima na PD_2 , je sprememba mogoče ponazoriti tako, kot kaže Risba 3.



Risba 3: *Prehod od široko odprtega ustavn nadzorskega postopka do ureditve z izbiranjem pripuščenih vlog*

S temi tremi koraki je zdaj mogoče razvrstiti tudi štiri vzorčne oblike ustavnadzorskih ureditev, tako kot kaže Risba 4.



Risba 4: *Ustavnadzorske ureditve v trirazsežni ponazoritvi pravne države*

Če stopimo še za korak naprej in vseh osem polprostorov, na katere koordinatni prostor delijo tri ravnine (PD_1/PD_2 , PD_1/PD_3 in PD_2/PD_3), oznamujemo s trimestnim soledjem plusov in minusov glede na to, ali polprostor omejujejo pozitivni ali negativni poltraki s posamezne od treh osi (PD_1 , PD_2 , PD_3), pa lahko tudi z risbe razberemo, ali je posamezna ureditev s pravno državo skladna bolj ali manj. Od zgornjih štirih ureditev sta *a* in *b* v polprostoru, oznamovanem s tremi plusi (+, +, +); ureditev *c* je v polprostorih (+, +, -) in (+, -, -); ureditev *č* pa samo v polprostoru (+, -, -). Tudi to pomeni, da ureditev, v kateri ustavnadzorno telo izbira med vlogami (s tem vanjo vnaša samovoljo), na zmožnosti pravne države učinkuje precej slabše tako v drugi kot v tretji razsežnosti.

Risba sama seveda ne more biti razlog za določeno ureditev ali proti njej. Dana ponazoritev nam le na drug način sporoča tisto, kar izhaja iz pomenskega ogrodja pravne države – z njim je mogoče različne rabe pojma pravna država razločiti in postaviti na skupni imenovalec. Izkaže se, da je omejevanje dostopa do ustavnega sodišča v nasprotju z vsemi tistimi pojmovanji pravne države, ki sežejo do tretje ali druge stopnje, ne pa tudi s takimi, ki sežejo do prve ali pa so skladna z ničto. V tem smislu sklicevanje na predlagano pomensko ogrodje

pravne države na drug način pove, da je omejevanje dostopa do ustavnega sodišča v nasprotju na primer s Fullerjevim pojmovanjem pravne države, ne pa tudi s Kelsnovim – če omenim le dva od najbolj znamenitih pravoslovcev prejšnjega stoletja. V primerjavi s sklicevanjem na male bogove pa je prednost naslonitve na tu izrisano pomensko ogrodje pravne države v tem, da je to hitro razumljivo vsakomur in ne le poznavalcem politične in pravne filozofije. Hkrati tudi omogoča, da se o skladnosti neke ureditve ali ustanove s pojmom (ali posamezno prvino) pravne države razpravlja razumno, nazorno in argumentirano, ne pa površinsko ali celo na pamet, kakor se neredko dogaja v tistih primerih, ko privrženci na pravni državi utemeljujejo tudi povsem nasprotne si predloge.

Za primer naj se za konec spet naslonim na spremembo zakona o ustavnem sodišču iz leta 2007 (ZustS-A); nanjo sem opozoril že v uvodu zgoraj. V utemeljitvi predloga sprememb je bilo 1. zapisano, da je predlagana rešitev z omejitvijo dostopa do ustavnega sodišča preprosto »nujna« zaradi zagotovitve pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja. V razpravi je bilo 2. še rečeno, da je to nujno zaradi pravne države. Čeprav je res, da sodni zaostanki pravno državo dušijo in krčijo, pa vendar ne držita niti prvi niti drugi od zgornjih dveh poskusov utemeljitve zakonskih sprememb. Da je nekaj »nujno«, lahko pomeni dvoje. Nujnost v ožjem (logičnem) smislu besede pomeni, da ni nobene druge možnosti rešitve. V širšem smislu pa nujnost lahko pomeni tudi to, da ima od sicer več možnih rešitev (dejanj ali opustitev) ravno zagovarjana ureditev najmanj neprijetnih posledic.

Sodni zaostanki pravno državo res dušijo v njeni tretji razsežnosti (PD_3), ki je ustanovljena zoper protislovja v pravnem redu. Bolj je izločanje morebitnih protislovij zakasnjeno, dlje obstoječa protislovja ostajajo v pravnem redu; posledično pa jih je torej (na časovno enoto) tudi vedno več. Kdo bi morda zato trdil, da se z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča (zgoraj sem utrjeval, da tudi to pravni državi škoduje v dveh razsežnostih) pač rešuje večje zlo – ker naj bi zaostanki z grožnjo sesutja nadzornih postopkov pravni državi škodovali bolj kot omejevanje dostopa. Takšen sklep pa je zgrešen. Omejevanje dostopa namreč sploh ni edini ukrep, s katerim je zaostanke mogoče odpraviti – zato ni nujen v prvem pomenu te besede. Če bi bil predlagatelj deloval v skladu z zapovedmi sodobnega zakonostvja in resničnega preizkusa nujnosti ne bi bil preprosto preskočil z golim zatrjevanjem, bi bil kaj hitro ugotovil, da v boju zoper sodne zaostanke obstajajo tudi drugačne rešitve – ki pravni državi ob tem ne škodujejo.

Na podlagi zgoraj razčlenjenega pomenskega ogrodja je mogoče na primer ugotoviti, da na pravno državo neposredno ne vpliva niti odgovor na vprašanje, ali je nadzor razpršen (npr. med redna sodišča) ali osredinjen (npr. v ustavnem sodišču), niti to, ali je morebitno edino ustavn nadzorno telo enozborno ali večzorno,⁴⁶ in niti to, ali ti sodni zbori delujejo v ozki ali široki sestavi (ali so

46 Četudi je res, da bi večzorno telo morda lahko proizvajalo nova protislovja, je veliko bolj verjetno, da bi takšno telo iz pravnega reda izločilo več protislovij, kot jih bo vanj vneslo. Gotovo pa je, da bi na primer dvozborno telo razrešilo še enkrat tolikšno število zadev, kot pa jih razreši enozborno telo.

torej sodišča malozborna ali so velikozborna).⁴⁷ In medtem ko omejevanje dostopa do ustavnega sodišča zaviralno vpliva na ustanove druge in tretje stopnje pravne države (te so bile v Sloveniji že vzpostavljene), pogojevanje takšnega dostopa nikakor nima istega učinka. Vendar pa vseh možnosti rešitve, ki se s tem ponujajo, predlagatelj zakonskih sprememb iz leta 2007 sploh ni ocenjeval. Obstoje te možnosti sam po sebi ne pomeni, da bi zakonodajalec moral izbrati eno od njih. Razširitev z ene na drugo stopnjo pravne države namreč ni logično nujna, ampak je odvisna od politične volje. Povsem mogoče je, da bi se neka stopnja ali razširitev pravne države zdela odločevalcem manj pomembna kot katera druga vrednota ali načelo in da obeh preprosto ne bi mogli udejanjati hkrati – vendar pa bi moralo zakonodajno gradivo tudi v takšnem primeru povsem jasno opozoriti na izbiro.

Predstavitev avtorja

Andrej Kristan se je daljši čas izobraževal v Ljubljani, Poitiersu, Parizu, Bruslju, Alicanteju in Genovi. Po domači diplomi iz prava je tako študiral francosko pravo, magistriral iz filozofije prava, zgodovine pravnih ustanov in teorije prava, specializiral pa iz pravne argumentacije. Zdaj je kot odvetniški pripravnik zaposlen v Kranju. Med drugim je doma objavil poziv Za razpravo o družbotvornem pomenu ideoloških simbolov, Pravna praksa 10/2008, v tujini pa članek o pravu in večbesedilni književnosti v zborniku Jeanne Gaakeer in François Ost (ur.), Crossing Borders. Law, Language, and Literature (Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008). Je tudi dopisni član uglednega italijanskega združenja za pravo in književnost (www.lawandliterature.org) in sourednik revije Revus.

⁴⁷ S tem poimenovanjem, ki ga povzemam po Pfersmannu 2001b (op. 43), je mogoče razločiti štiri ureditve: enomalozborno telo, enovelikozborno telo, večmalozborno telo, večvelikozborno telo.

