



**NOVA
UNIVERZA**

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Trajni in neusahljivi temelj slovenske državnosti?

Matej Avbelj

Article information:

To cite this document:

Avbelj, M. (2018). Trajni in neusahljivi temelj slovenske državnosti?, Dignitas, št. 45/46, str. 140-150.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/45/46-11>

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

Trajni in neusahljivi temelj slovenske državnosti?

doc. dr. Matej Avbelj^{1}*

1. Uvod

Skorajda dvajset let po razpadu nekdanje skupne države se Slovenija in Hrvaška še vedno nista uspeli dogovoriti niti o natančnem poteku kopenske meje niti o njeni določitvi na morju. (Neuspelih) poskusov je bilo že kar nekaj.² Zadnji v vrsti je arbitražni sporazum med Vlado Republike Slovenije in Vlado Republike Hrvaške o določitvi morske in kopenske meje med državama (v nadaljevanju arbitražni sporazum).³ Tega je slovenska Vlada uspešna izpogajati v kontekstu hrvaškega približevanja EU, in sicer po utemeljeni blokadi pristopnih pogajanj,⁴ a v odsotnosti soglasja v slovenskem političnem prostoru kakor tudi v strokovnih krogih. Usoda arbitražnega sporazuma, ki ga je Hrvaška že ratificirala, je zato v Sloveniji negotova. 6. junija 2010 bomo o njem odločali državljani na naknadnem zakonodajnem referendumu. Toda arbitražni sporazum je že prestal vsaj eno od postavljenih ovir: oceno ustavnosti pred Ustavnim sodiščem Republike Slovenije.⁵

Na predlog Vlade je moralo Ustavno sodišče izreči mnenje, ali je določba člena 3 a arbitražnega sporazuma, ki se glasi, da »Arbitražno sodišče določi potek meje med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško na kopnem in morju,« v skladu z Ustavo. Da bi moglo razsoditi o tem vprašanju, je moralo najprej opredeliti t. i. merili ustavnosodne presoje.⁶ Tako je odločilo, da se bo postavlje-

^{1*} Docent za evropsko pravo na Evropski pravni fakulteti in Fakulteti za državne in evropske študije.

² Za pregled glej Matej Avbelj in Jernej Letnar Čer nič, »The Conundrum of the Piran Bay: Slovenia v. Croatia - The Case of Maritime Delimitation«, *The University of Pennsylvania Journal of International Law & Policy*, 5/2 (2007).

³ Dostopen na http://www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/Novinarsko_sredisce/Sporocila_zajavnost/Sporazum-slo.pdf.

⁴ Matej Avbelj, »Evropske stranpote slovensko-hrvaških odnosov«, *Pravna praksa*, 28/1 (2009).

⁵ Mnenje Ustavnega sodišča Rm-1_09-26 z dne 18. 3. 2010.

⁶ Ibid., 13. odstavek.

no vprašanje presojalo glede na skladnost s 4. členom Ustave, v skladu s katerim je Slovenija ozemeljsko enotna in nedeljiva država, ter II. razdelkom Temeljne ustavne listine (v nadaljevanju TUL). Ta določa, da so »Državne meje Republike Slovenije [...] mednarodno priznane državne meje dosedanje SFRJ z Republiko Avstrijo, z Republiko Italijo in Republiko Madžarsko v delu, v katerem te države mejijo na Republiko Slovenijo, ter meja med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvatsko v okviru dosedanje SFRJ«.

Potem ko je Ustavno sodišče na opisan način opredelilo merili ustavnosodne presoje, je moralo pred samo izvedbo ustavne presoje razjasniti pravno naravo TUL. Kakšen akt je pravzaprav TUL in v kakšnem odnosu je z Ustavo, da lahko šteje kot upoštevno ustavnosodno merilo?

Po mnenju Ustavnega sodišča je Slovenija prav s sprejemom TUL z notranjepравnega vidika postala samostojna in neodvisna država: »TUL je bila sprejeta 25. 6. 1991 kot temeljni konstitutivni državnopravni akt Republike Slovenije [...] z namenom] ustavnopravno konstituirati in mednarodnopravno deklarirati novo suvereno državo, ki bo enakopraven subjekt mednarodne skupnosti.«⁷

Poleg teh deklaratornih mednarodnopravnih učinkov pa je imela TUL tudi in predvsem notranje konstitutivne pravne učinke:⁸ »Ustavnopravni učinek II. razdelka TUL je bil v tem, da je opredelil državne meje in s tem določil ozemlje, na katerem je Republika Slovenija postala samostojna in neodvisna država. [...] Določba II. razdelka TUL je tako konstitucionalizirala državne meje Republike Slovenije.«⁹ Na tej podlagi je Ustavno sodišče zaključilo, da je »TUL formalno veljaven ustavni akt ter je kot taka trajni in neusahljivi ustavnopravni temelj državnosti Republike Slovenije.«¹⁰

S temi besedami je Ustavno sodišče opredelilo vsebino TUL kot t. i. neodtujljivo epistemično bistvo (*irreducible epistemic core*)¹¹ slovenskega ustavnopravnega reda. Tako se je pridružilo drugim nacionalnim ustavnim sodiščem, ki doktrino neodtujljivega epi-

⁷ Ibid., 32. odstavek.

⁸ Ibid., 34. odstavek.

⁹ Ibid., 34. odstavek.

¹⁰ Ibid., 33. odstavek.

¹¹ Izvor tega pojma je v delu Neil Walker, »Late Sovereignty in the European Union«, v: Neil Walker (ur.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford 2003, str. 28; več glej v Matej Avbelj, »Theory of European Bund«, doktorska dizertacija, EUI, Firenze 2009, str. 151 in nasl.

stemičnega bistva (v nadaljevanju doktrina) poznajo že dolgo in jo v zadnjem času razvijajo predvsem v svojem odnosu do Evropske unije.

V nadaljevanju prispevka predstavljamo teoretična izhodišča doktrine in ponujamo kratek primerjalnopravni prikaz njene rabe. Vse to pa z enim temeljnim namenom: podati kritično oceno slovenske rabe te doktrine, tako na načelni ravni in še posebej v konkretnem primeru presoje arbitražnega sporazuma.

II. Teoretična opredelitev t. i. »neusahljivega epistemičnega bistva pravnega reda«

Neodtujljivo epistemično bistvo pravnega reda označuje tiste temeljne sestavine pravnega reda, brez katerih ta ne more obstajati kot specifičen lastni (avtonomen, svojstven) pravni red. Te sestavine, ki določajo samo identiteto pravnega reda in jih zato ni mogoče odtujiti, so formalne in vsebinske. Sledeč Neilu Walkerju so formalne sestavine tiste, ki definirajo politično skupnost¹² v smislu Hartovih pravil drugega reda: pravila pripoznave, spremembe in sojenja.

»Suveren, avtonomen [pravni] red mora predvidevati svojo nadaljevano ali samo-spreminjajočo suverenost v sferi svoje avtoritete (pravili pripoznave in spremembe), prav tako pa mora ohraniti interpretativno avtonomijo (pravila sojenja), s katero določa meje svoje avtoritete.«¹³

Po drugi strani pa v skladu z dvojno naravo prava¹⁴ vsebinske sestavine pravnega reda sežejo onkraj formalnega okvira pravnega reda à la Hart oz. Kelsen. Zrcalijo se v specifični odločitvi določenega pravnega reda o razmejitvi pravic in dolžnosti med posamezniki ter oblastjo, sledeč shemi pravičnosti, ki jo politična skupnost tega pravnega reda pooseblja in živi.¹⁵

Ker je ta shema pravičnosti lastna in edinstvena avtonomnemu pravnemu redu, sad samo-razumevanja (zlasti) institucionalnih akterjev tega pravnega reda, ki ga akterji nekega drugega pravnega reda, ker so del neke druge politične skupnosti, ne delijo in zato

¹² Neil Walker, »Late Sovereignty in the European Union«, v: Neil Walker (ur.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford 2003, str. 28.

¹³ Ibid.

¹⁴ Matej Avbelj, »The EU and Many Faces of Legal Pluralism«, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2 (2006), str. 387.

¹⁵ Ibid., naslanjajoč se na Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford 1986.

tudi ne morejo objektivno presojati njegove vsebine, govorimo o *epistemičnem* bistvu pravnega reda.¹⁶

III: Primerjalnopравни prikaz doktrine t. i. neusahljivega epistemičnega bistva pravnega reda

Za namene boljšega razumevanja doktrine neodtujljivega epistemičnega bistva pravnega reda si pogledajmo njeno rabo v primerjalnopравни praksi. Kot rečeno, se je ta doktrina najbolj razvila v praksi nacionalnih ustavnih sodišč v odnosu do EU. Na tem področju je bilo pionir nemško Zvezno ustavno sodišče s svojo znamenito doktrino *So lange*,¹⁷ s katero je prednost evropskega prava pred nemškim pogojevalo z razvojem ustreznih standardov varstva človekovih pravic na ravni EU.¹⁸ S tem je branilo neodtujljive vsebinske elemente nemškega ustavnopravnega reda. Kot je dobro znano, zaradi zgodovinskih okoliščin v nemški ustavni ureditvi človekove pravice kotirajo najvišje na hierarhični lestvici ustavnih vrednot, tako da je pravica do človekovega dostojanstva celo del t. i. *Ewigkeitsklausel* in ji je s tem predpisana nespremenljiva pravna narava.¹⁹ V zadnji v vrsti pomembnih sodb, v zadevi presoje skladnosti Lizbonske pogodbe z nemško ustavo, pa je nemško ustavno sodišče svojo doktrino še nekoliko zaostriilo in jo, sledeč svoji Maastrichtski sodbi, razširilo na varovanje t. i. nemške ustavne identitete kot celote.²⁰ Ta se v prvi vrsti izraža skozi omenjene večne določbe nemške ustave.²¹ Njihov učinek je, da onemogočajo prenos pristojnosti na EU do takšne mere, da bi se obseg nemških pristojnosti izvotlil tako, da bi Nemčija prenehala obstajati kot država.²² Ne nazadnje, poudariti velja tudi, da je nem-

¹⁶ Neil Walker, »The Idea of Constitutional Pluralism«, *The Modern Law Review*, 65/3 (2002), str. 338.

¹⁷ To so dobro znane sodbe nemškega ustavnega sodišča v zadevah Solange I, Solange II, predstavljene v *Common Market Law Review*, 25 (1988), str. 201.

¹⁸ Več Matej Avbelj, *European Common Market and Human Rights*, Inštitut dr. Jožeta Pučnika, Ljubljana 2009.

¹⁹ Matej Avbelj, »(Ne)demokracija ustavnosodnih odločb«, *Pravnik*, 58/9–12; Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham, London 1997.

²⁰ Nemška literatura govori o *integrationsfesten Kern der staatlichen Verfassung*. Glej Martin Nettesheim, »German report on European Law and National Constitutions«, v: Lord Slynn of Hadley (ur.) *Fide XX Congress London*, Zv. 1, BIICL, London 2002, str. 130; nedavno tako tudi nemško ustavno sodišče v 4. odstavku svoje Lizbonske sodbe, BVerfG, 2 BvE 2/08, 30. 6. 2009, Absatz-Nr. (1–421), dostopna na: http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

²¹ Te opredeljuje 3. odstavek 79. člena nemške ustave, ki prepoveduje kakršenkoli ustavni poseg v pravico do človekovega dostojanstva (1. člen ustave) ter v nemško federalno ureditev (20. člen ustave).

²² Lizbonska sodba nemškega ustavnega sodišča, 226. odstavek, BVerfG, 2 BvE 2/08, 30. 6. 2009, Absatz-Nr. (1–421), ki je dostopna na http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

ško ustavno sodišče doktrino neodtujljivega epistemičnega bistva oz. t. i. *Hausgut* zvezne dežele kot države uporabilo tudi znotraj lastnega federalnega reda za namene obrambe pravnih redov zveznih dežel.²³

Po vzoru nemškega ustavnega sodišča so podobno sodno prakso razvila tudi ustavna sodišča drugih držav članic. Pri tem je bilo zelo eksplicitno zlasti špansko ustavno sodišče, ki je pravno podlago za obrambo svojega neodtujljivega epistemičnega bistva v odnosu do EU našlo v 93. členu španske ustave. Ta ima ne le procesno dimenzijo, ki določa, kdo in na kakšen način lahko izvršuje pristojnosti, ampak vsebuje tudi nepisane vsebinske omejitve prenosa pristojnosti na EU. Te so naslednje: 1. spoštovanje suverenosti države; 2. spoštovanje temeljnih španskih ustavnih struktur; 3. spoštovanje sistema vrednot in temeljnih načel španske ustave, med katerimi imajo temeljne pravice še prav poseben pomen. Teh vsebinskih omejitev po sodbi španskega ustavnega sodišča ni nikdar mogoče obiti, niti s prenosom izvrševanja pristojnosti na EU ne, saj tvorijo samo jedro avtonomije španskega ustavnega reda in identiteto države članice, ki mora biti spoštovana s strani pravnega reda EU. Po drugi strani pa je špansko, podobno kot nemško ustavno sodišče v svojem primeru, poudarilo, da teh omejitev prav tako ne gre razlagati široko.²⁴

Podobno kot nemško ustavno sodišče je tudi italijansko vztrajalo na obrambi vsebinskih kvalitiet svojega pravnega reda, ki se kažejo v dovolj visokih standardih varstva človekovih pravic.²⁵ Francoski ustavni svet je prav tako pogojeval prednost evropskega prava pred francoskim s spoštovanjem določenih temeljnih na-

html.

²³ BVerfGE 34 (1972), 9 (19), »Die Länder im Bundesstaat sind nur dann Staaten, wenn ihnen ein Kern eigener Aufgaben als 'Hausgut' unentziehbar verbleibt. Was immer im einzelnen dazu gehören mag, jedenfalls muß dem Land die freie Bestimmung über seine Organisation einschließlich der in der Landesverfassung enthaltenen organisatorischen Grundentscheidungen sowie die Garantie der verfassungskräftigen Zuweisung eines angemessenen Anteils am Gesamtsteueraufkommen im Bundesstaat verbleiben.«

²⁴ Več Fernando Castillo de la Torre, »Tribunal Constitucional«, *Common Market Law Review*, 42/4 (2005), str. 1169.

²⁵ Primeri pred italijanskim ustavnim sodiščem so bili Frontini v. Ministero Delle Finanze Case 183/73, predstavljen v *Common Market Law Review*, 2 (1974), str. 372; Granital S.p.a. v. Amministrazione delle Finanze dello Stato Decision št. 170, 8. 6. 1984, predstavljen v *Common Market Law Review*, 21 (1984), str. 756; Spa Fragg v. Amministrazione delle Finanze, Decision 232, 21. 4. 1989.

čel francoske ustave.²⁶ Najvišja sodišča v Grčiji,²⁷ na Danskem,²⁸ v Avstriji²⁹ in v zadnjem času na Poljskem,³⁰ Češkem³¹ in Slovaškem³² so podobno vztrajala, da so sami elementi njihove državnosti³³ ali vsebinsko jedro njihovih ustav³⁴ nedotakljivi tudi pred pravom EU. Že tudi sicer ustave številnih držav, torej ne le nemška, vsebujejo tudi t. i. večne določbe, ki sploh ne dopuščajo ustavnega amandmaja.³⁵

Zanimivo, a manj poznano dejstvo je, da je tudi Sodišče EU razvilo koncept neodtujljivega epistemičnega bistva pravnega reda EU. To je storilo v svojem mnenju v zadevi 1/91³⁶ kot odgovor na prakso držav članic (tedaj še) Evropskih skupnosti, ki so s svojimi EFTA partnerji želele oblikovati evropsko gospodarsko območje (EGO). To bi imelo tudi svoje sodišče. Ker so bili deli EGO sporazuma po vsebini enaki ustanovnim pogodbam Skupnosti, bi ustanovitev takšnega sodišča privedla do obstoja dveh ločenih sodišč in s tem povzročila nevarnost različnih interpretacij vsebinsko istih določb. Vzporedni sodni sistem EGO zunaj prava Skupnosti,

²⁶ Mednje štejejo: načelo sekularnosti, načelo enakega dostopa do javnih storitev, načelo nedeljivosti francoske republike in morebiti celo postopkovna pravila delovanja francoskega ustavnega sveta. Loïc Azoulay in Felix R. Agerbeek, »Conseil constitutionnel«, *Common Market Law Review*, 42 (2005), str. 877.

²⁷ Jacqueline Dutheil de la Rochere in Ingolf Pernice, »European Union Law and National Constitutions«, v: Mads Tønnesson Andersen in John A. Usher (ur.), *The Treaty of Nice and Beyond*, Hart, Oxford, Portland 2003, str. 60.

²⁸ Dansko Vrhovno sodišče je odločilo, da danski zakon o ratifikaciji Pogodbe iz Maastrichta ni v nasprotju z ustavo, a je hkrati dodalo, da ustava postavlja meje prenosa danske suverenosti. Ustava ne dopušča mednarodni organizaciji, da bi ravnala v nasprotju z njo, vključno s pravicami in svoboščinami, ki jih vsebuje. Ustava preprečuje prenos suverenosti do take mere, da bi mednarodna organizacija lahko določila svoje pristojnosti ali da bi Danska prenehala obstajati kot neodvisna država.

²⁹ Zadevi B 2251/97 in 2594/97 Adria-Wien Pipeline GMBH in drugi, 10. 3. 1999; Zadeva No G 2/97 Austrian Tourism Promotion Tax v Andrew Oppenheimer, ur., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, Zv. 2, Cambridge University Press, Cambridge 2003, str. 137.

³⁰ Sodba poljskega ustavnega sodišča o ustavnosti pristopne pogodbe k EU, št. K 18/04 z dne 11. 5. 2005, dostopna na: http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_18_04_GB.pdf, e.

³¹ Sodba češkega ustavnega sodišča št. PL.US 50/04; »should the development in the EC, or the EU, threaten the very essence of the State sovereignty of the Czech Republic or the essential attributes of a democratic State governed by the rule of law, it will be necessary to insist that these powers be once again taken up by the Czech State bodies.«

³² Sodba slovaškega ustavnega sodišča št. PL US 8/04-196, dostopna na: www.concourt.sk.

³³ Več Franz C. Mayer, »The European Constitution and the Courts«, v: Armin von Bogdandy in Jürgen Bast (ur.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland 2006.

³⁴ Sodba češkega ustavnega sodišča o ustavnosti Lizbonske pogodbe št. 19/08 P, dostopna na: http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-19-08.php.

³⁵ To velja poleg nemške še za grško, italijansko, portugalsko, francosko, češko in druge ustave. Več v Vilaca José Louis da Cruz in Picarra Nuno, »Y-a-t-il des limites matérielles à la revision des traités instituant les communautés européennes?«, *Cahiers de droit européen*, 1993; tudi Roland Bieber, »Les limites matérielles et formelles à la revision des traités établissant la communauté européenne«, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1993.

³⁶ Mnenje Sodišča EU v zadevi 1/91 o ustanovitvi Evropskega gospodarskega prostora z dne 14. 12. 1991.

ki bi lahko na zavezujoč način določal pravila Skupnosti in tako od zunaj izvotlil njen pravni red, je Sodišče EU zato spoznalo za neskladnega s sodnim sistemom Skupnosti in nasploh s samimi njenimi temelji.³⁷

Ratifikacijo sporazuma je zato prepovedalo in to tudi v primeru, če bi se države članice EU odločile spremeniti ustanovne pogodbe. Po mnenju Sodišča EU takšen amandma ne bi odpravil nezdržljivosti med predvidenim sodnim sistemom EGO in pravom Skupnosti. Posledično je bil tako spremenjen sporazum EGO, ne pa ustanovne pogodbe.³⁸ Na ta način je Sodišče EU zavarovalo formalne elemente neodtujljivega epistemičnega bistva pravnega reda EU. Glede njegovih vsebinskih elementov pa je bilo Sodišče EU manj eksplicitno, a pravna teorija navaja, da mednje sodijo spoštovanje načela Vladavine prava v najširšem smislu, vključujoč človekove pravice kot pojem prava EU, spoštovanje *acquis communautaire* ter še posebej ciljev skupnega trga.³⁹

IV. Slovenska praksa

a. Mnenje Ustavnega sodišča o arbitražnem sporazumu

Kako pa je z doktrino neodtujljivega epistemičnega bistva slovenskega pravnega reda ravnalo slovensko Ustavno sodišče pri presoji arbitražnega sporazuma? Potem ko je to sodišče uvodoma TUL razglasilo za trajni in neusahljivi ustavnopravni temelj državnosti Republike Slovenije,⁴⁰ je v nadaljevanju pojasnjevalo razloge za takšno opredelitev. TUL je še posebej pomembna, ker je konstitucionalizirala državne meje Republike Slovenije. Državno ozemlje in državne meje so v Republiki Sloveniji zato ustavna materija⁴¹ in ena od temeljnih ustavnih vrednot.⁴² TUL v kombinaciji s 4. členom Ustave opravlja garantno funkcijo in pomeni ustavno-pravno oviro za spreminjanje državnih mej.⁴³

Kot konstitutivnega akta slovenske države TUL sicer ni mogo-

³⁷ Ibid., 46. odstavek sodbe.

³⁸ Več Rene Barents, »The Court of Justice and the EEA-Agreement, Between Constitutional Values and Political Realities«, *Rivista di Diritto Europeo*, 1992, str. 751.

³⁹ Več Deirdre Curtin, »The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces«, *Common Market Law Review*, 30/1 (1993), str. 64; tudi Walter van Gerven, »Toward a Coherent Constitutional System within the European Union«, *European Public Law*, 2/1 (1996), str. 94.

⁴⁰ Mnenje Ustavnega sodišča Rm-1_09-26 z dne 18. 3. 2010, 33. odstavek.

⁴¹ Ibid., 40. odstavek.

⁴² Ibid., 38. odstavek.

⁴³ Ibid., 38. odstavek.

če spreminjati z neposrednim posegom v njeno besedilo, kar pa ne pomeni, da je njena vsebina imuna pred vsakršnim ustavnim amandmajem. V TUL je po mnenju Ustavnega sodišča mogoče poseči posredno, prek spremembe Ustave.⁴⁴ Ni pa je mogoče spreminjati s sklenitvijo mednarodne pogodbe, saj »s sprejemom Ustave v ustavnem sistemu Republike Slovenije ni bil priznan primat mednarodnega prava nad ustavnim pravom.«⁴⁵ V primeru kolizije med TUL in mednarodnopravnimi obveznostmi je tako možno dvoje: bodisi odstopiti od ali spremeniti mednarodnopravno obveznost bodisi spremeniti ustavo.

Za obstoj kolizije pa je treba poznati natančen domet vsebine TUL, še posebej njenega II. razdelka. Zanj Ustavno sodišče pojasni, da je ustavnopravni odsev mednarodnega prava, ki je urejalo vprašanje mej v trenutku, ko je Slovenija postala samostojna in neodvisna.⁴⁶ »Konstitucionalizacija državnih mej [zato] pomeni, da so meje na ustavni ravni določene tako, kot so bile v trenutku nastanka nove države, torej ob sprejemu TUL, določene in varovane po mednarodnem pravu; določenost njihovega poteka na ustavni ravni je odvisna od tega, kako natančno so določene na ravni mednarodnega prava.«⁴⁷

Ker je II. razdelek TUL konstitucionaliziral državne meje v skladu z načeloma mednarodnega prava *uti possidetis iuris* oziroma *uti possidetis de facto*, so po mnenju Ustavnega sodišča državne meje med Slovenijo in Hrvaško na ustavnopravni ravni določene.⁴⁸ V kontekstu določitve morske meje to pomeni, da v skladu s TUL ta poteka po črti na morski površini, do katere je Slovenija pred osamosvojitvijo izvrševala dejansko oblast.⁴⁹ Iz tega sledi, da je ustavno varovana meja na morju kot temeljna ustavna vrednota že določena, kar pomeni, da Državni zbor ne sme z zakonom ratificirati mednarodne pogodbe, ki bi spreminjala državne meje v nasprotju s TUL.⁵⁰ Vendarle pa naj bi TUL vseeno omogočala nadaljnje določanje poteka državne meje na kopnem in morju, a pri tem zakonodajalca omejuje z načeloma *uti possidetis iuris* (na kopnem) oziroma *uti possidetis de facto* (na morju).⁵¹

⁴⁴ Ibid., 39. odstavek.

⁴⁵ Ibid., 41. odstavek.

⁴⁶ Ibid., 45. odstavek.

⁴⁷ Ibid., 45. odstavek.

⁴⁸ Ibid., 48. odstavek.

⁴⁹ Ibid., 47. odstavek.

⁵⁰ Ibid., 51. odstavek.

⁵¹ Ibid., 61. odstavek.

b. Kritična ocena

V tem delu mnenje Ustavnega sodišča očitno zaide v težave. Če TUL mejo že določa – in sicer odsevajoč mednarodno pravo – njena določitev ni več potrebna, kakor tudi omejevanje zakonodajalca ne. Ob že določeni meji pa se tudi poraja vprašanje, zakaj potem sploh arbitražni sporazum o njenem določanju? In še več, če je meja že ustavnopravno določena v TUL, ali ima slovenska Vlada sploh ustavni mandat za pooblastitev nekega mednarodnega telesa za določitev že ustavnopravno določene meje?

Ustavno sodišče se skuša iz te zagate izviti s pomočjo ostre ločnice med mednarodnim pravom in slovenskim ustavnim pravom. Tako zapiše, da bo arbitražno sodišče določilo potek državne meje na podlagi pravil in načel mednarodnega prava, ki sama pa sebi – in z njimi arbitražni sporazum – niso protiustavna, pri čemer bo končna odločitev poteka meje lahko v nasprotju s TUL. A ker bo ta odločitev obstajala samo v sferi mednarodnega prava, v nobenem primeru ne bi bilo mogoče govoriti o njegovi protiustavnosti v smislu neskladnosti notranjih predpisov z Ustavo.⁵² Vendarle pa bi se Slovenija takrat lahko znašla v »izjemnem notranjepravnem položaju«, v precepu med spoštovanjem odločitve arbitražnega tribunala in lastne Ustave. Ustavno sodišče zato zaključi svoje mnenje s priporočilom Državnemu zboru, »naj pretehta, ali ne bi bilo smiselno spremeniti Ustave tako, da sploh ne bi moglo priti« do opisane dileme na torišču ustavnega in mednarodnega prava.⁵³

Ravnanje slovenskega Ustavnega sodišča s TUL kot elementom neodtujljivega epistemičnega bistva je tako precej ambivalentno. Na eni strani je TUL zacementirana kot zgodovinski konstitutivni akt, ki konstitucionalizira in že določi samo mejo kot temeljno ustavno vrednoto; na drugi strani pa lahko slovenska Vlada še naprej sklepa mednarodne sporazume o določanju te iste po Ustavi že določene meje. Pri tem ima nesporen in poln ustavni mandat. Ker je arbitražno sodišče vezano samo na mednarodno pravo in ga slovenski ustavni okvirji ne zavezujejo, bo njegova odločitev lahko tudi v nasprotju s slovensko Ustavo. A ker je to še negotovo in bo ostalo tako do same odločitve, v tem trenutku Ustavno sodišče v arbitražnem sporazumu ne vidi nič ustavno spornega. Državnemu zboru v izogib neprijetnim dilemam, do katerih bi lahko

⁵² Ibid., 62. odstavek.

⁵³ Ibid., 63. odstavek.

prišlo, zgolj (in hkrati vendarle) priporoča, da Ustavo spremeni že sedaj in omogoči integracijo morebitne arbitražne odločitve, ki je trenutna ustavna ureditev, če novo določena meja na morju ne bi sovpadala s trenutno črto slovenskega policijskega nadzora, sicer ne bi dopustila.

Nenavaden svet. Ko gre za temeljne ustavne vrednote in same postulate države: mejo in državno ozemlje, Ustavno sodišče pušča proste roke Vladi, da se na mednarodni ravni dogovarja o določitvi meje, ki je po naši Ustavi že določena. Če bi Ustavno sodišče mislilo resno z državno mejo in TUL kot elementom neodtujljivega epistemičnega bistva slovenskega pravnega reda, bi moralo že na samem začetku ugotoviti, da Vlada v tem trenutku sploh nima ustavne podlage za drugačen dogovor o meji, ker je po ustavi, izhajajoč iz načel mednarodnega prava, ki jih odslikava TUL, meja že določena.

Pred kakršnimkoli mednarodnim udejstvovanjem v zvezi z mejo, še posebej pa pred ratifikacijo arbitražnega sporazuma o določitvi meje, bi Ustavno sodišče zato moralo naložiti Vladi, da poprej doseže spremembo Ustave, pod pogojem, da je ta v tem konkretnem primeru sploh mogoča,⁵⁴ in si zagotovi ustrezen ustavni mandat. S tem bi Ustavno sodišče ostalo tudi zvesto svoji sodni praksi.⁵⁵

Ker pa Ustavno sodišče ni ravnalo tako, se postavlja pod vprašaj njegova resnična odločenost, da po vzoru tujih sodišč brani neodtujljivo epistemično bistvo slovenskega pravnega reda, še posebej ko gre za esencialno dobrino nacionalnega teritorija. Medtem ko so tuja sodišča, ko je šlo za neodtujljivo epistemično bistvo, izvajala strogo presojo in so trdno pazila na vsak njegov vsebinski ali formalni element – in to v zadevah, kjer ni šlo za vprašanje samega nacionalnega teritorija – je naše Ustavno sodišče ravnalo drugače. Epistemično bistvo je sicer razglasilo, njegovo usodo in obseg pa je prepustilo mednarodnopravnim zavezam, ki jih sklepa Vlada.

Slovenska doktrina neodtujljivega epistemičnega bistva je tako zgolj deklarativna in se ustavi na obronkih političnega parketa, ki

⁵⁴ Amandma k Ustavi bi moral izrecno določati, da Republika Slovenija lahko pooblasti mednarodno telo za določitev meje na morju drugje, kot je potekala črta mejnega nadzora slovenske policije 25. 6. 1991 in kjer poteka še danes. Ker bi ta amandma izrecno derogiral II. razdelek TUL kot neodtujljivo epistemično bistvo slovenskega pravnega reda in omogočil odstop dela slovenskega teritorija Hrvaški, se postavlja vprašanje, ali bi sploh bil skladen z Ustavo. O doktrini neustavnosti ustavnega amandmaja glej več Jeffrey Jacobsohn, »An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective«, *I-CON*, 4/3 (2006), str. 460–487.

⁵⁵ Mnenje Ustavnega sodišča Rm-1/97 z dne 5. 6. 1997.

mu Ustavno sodišče ne upa (ali ne želi) začrtati ustreznih ustavnopravnih mejnikov, pa čeprav te jasno narekuje – kot to izrecno ugotavlja Ustavno sodišče – Ustava sama. Kaj potemtaka slednjič ostane od domnevno trajnih in neusahljivih temeljev slovenske državnosti, je seveda le še retorično vprašanje.