

Ustavni sodnik kot moralni zakonodajalec

Sebastjan Svete

POVZETEK

V delu Ustavni sodnik kot moralni zakonodajalec predstavljamo povezavo med moralo in pravom in dokazujemo, da ta povezava ni naključna, marveč temeljna. Pri tem se naslanjamo na zglede naravnopravne teorije in kot relevantna sprejemamo razmišljanja Ronalda Dworkina. Iščemo predvsem odgovor na vprašanje, na kakšen način vstopa morala različnih razsežnostih v ustavnosodno odločanje. Analiziramo pomen naslovnih pojmov, predstavimo povezavo morale in prava, oblikovanje splošne in sodnikove morale, razmerja med razlago in aktivizmom. Na naslednjih nekaj straneh povezujemo odlomke in povzetke diplomskega dela z enakim naslovom v smiselno zaokroženo celoto. V sinopsisu predstavljamo glavne misli in teoretična izhodišča razmišljanja o naslovni temi. Za podrobnejšo seznanitev z analizo konkretnih primerov pa bralca vabimo k branju diplomskega dela.

V njem so z analizo konkretnih primerov ustavnosodnega odločanja o pomembnih ustavnopravnih vprašanjih s pomočjo induktivne metode posamezne ugotovitve iz primerov posplošene in na podlagi teoretičnih spoznaj oblikovane v končno sintezo odgovorov na zastavljena problemska vprašanja. Sinteza pokaže, da je morala pravu ne le materialni vir, temveč tudi usmerjevalni impulz v miselnem procesu in korektiv kolegialne korekcije. Razjasnjeno je, da moralnega občutka za pravičnost ne moremo razumeti kot spremenljivke v enačbi ustavnosodnega odločanja, marveč kot mesto izhodišča. Pokaže se, da sodnik pri odločanju ni vrednostno in miselno prazen, ampak sledi notranjemu moralnemu občutku za pravičnost in oblikuje intimno presojo. Če naj ravna pravično, jo mora soočiti z enakovrstnimi presojami in argumenti drugih ustavnih sodnikov, da bi se tako skupna presoja

obrusila do končne pravične odločitve. Sledenje notranjemu moralnemu občutku, medsebojno brušenje stališč in ustavnoskladna razlaga v besedilnem okviru Ustave pa dela ustavnega sodnika moralnega zakonodajalca.

Ključne besede: morala, razlaga, pravičnost, sodnik, ustava.

Constitutional judge as a moral legislator

ABSTRACT

The thesis *Constitutional Judge as a Moral Legislator* discusses the connection between morality and law, and proves that this connection is not accidental but fundamental. We rely on the examples of natural law theory and accept the thoughts of Ronald Dworkin as relevant. Above all, we want to answer the question how different dimensions of morality enter into constitutional decision-making. We analyze the meaning of key concepts, present the connection between morality and law, the formation of general and judicial morality, and the relationship between interpretation and activism. In the following pages, we interweave excerpts and summaries of the diploma thesis *Constitutional judge as a moral legislator* and connect them to a meaningful integral whole. The synopsis presents the main thoughts and theoretical frameworks of the discussed topic. For a more detailed insight with the analysis of actual cases, the reader is welcome to read the diploma thesis.

The thesis discusses real examples of constitutional court decision-making on important constitutional issues with the inductive method; individual findings based on these cases are generalized and – on theoretical basis – formed into the final synthesis of all provided answers. The synthesis shows that morality is not only a material source, but also a guiding impulse in the cognitive process and a corrective of collegial correction. It has been made clear that the moral sense of justice cannot be understood as a variable in the equation of constitutional decision-making, but merely as a starting point. Furthermore, in the decision-making process, the judge is not unburdened by values and cognitive processes, but follows an inner moral sense of justice and forms an intimate judgment. If judges want to act

fairly, they must face their decisions with the same judgments and arguments of other constitutional judges, thus sharpening the common judgment to the final just decision. Following the inner moral sense, the outcomes of professional discussions, and constitutionally consistent interpretation within the textual framework of the Constitution make the constitutional judge the moral legislator.

Keywords: morality, interpretation, justice, judge, constitution.

1. Uvod

Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju USRS) se pri svojem ustavno-sodnem odločanju opira predvsem na Ustavo Republike Slovenije (v nadaljevanju URS), kot na vir prava iz katerega izhaja, ki mu je hkrati temelj in okvir. URS je tako tisti temeljni in izhodiščni družbeni, splošni in abstraktni pravni akt s katerim so urejena najpomembnejša družbena razmerja.¹ Ne glede na obstoj pravne norme pa se ljudje srečujemo z dejstvi, ki so nekatera že sama po sebi tako vrednostno zaznamovana, da v nas sprožijo moralni odziv v točno določenem vrednostnem polju.² Ustavni sodnik kot moralni zakonodajalec je iztočnica treh pojmov od katerih se zdi prvi jasen in omejevalen, drugi pomensko odprt, širok in potreben natančnejše opredelitve ter tretji sugestiven, zapeljujoč in prav tako potreben pojasnitve.

Zakon o ustavnem sodišču (ZUstS) v 9. členu določa le, kdo je lahko izvoljen za ustavnega sodnika in pojma ne opredeli natančneje. Odprto vprašanje ostaja kakšen naj bo ustavni sodnik? V Zakonu o sodniški službi (v nadaljevanju ZSS) je opredeljeno, da mora biti sodnikovo ravnanje vselej tako, da varuje neodvisnost in nepristranskost sojenja in ugled sodniške službe. Od sodnika terja popolno predanost sodniški službi in izpolnjevanje obveznosti po svojih najboljših močeh.³ Nestrokovno, nepošteno in nevestno delo ter škodovanje ugledu sodniške službe kakor tudi kršitev nepristranskosti in neodvisnosti sojenja pomenijo, da je kandidat za sodnika ali sodnik osebno neprimeren za opravljanje sodniške službe.⁴ Zakon o sodiščih (v nadaljevanju ZS) določa, da uvo-

¹ Novak, 2010, str. 181.

² Novak, 2006, str. 20.

³ ZSS, 2. člen, 2. odstavek.

⁴ Prav tam, 2.a člen.

dne določbe veljajo za vsa sodišča v Republiki Sloveniji (v nadaljevanju RS), razen za USRS, in pedagoško povzame določbo 125. člena URS.⁵ Sklepni odgovor na vprašanje kdo in kakšen naj je ustavni sodnik, je zmes omenjenega 9. člena ZUstS, ki predpostavlja zrelega⁶ pravnega strokovnjaka in logične razlage drugih, zgoraj obravnavanih zakonov, z argumentom *a fortiori*, ki zajemajo strokovno, pošteno, vestno delo, ki je nepristransko in neodvisno in prispeva k ugledu sodniške službe. Iz zmesi, ki tvori odgovor na zgornje vprašanje pa so izključeni vsi tisti formalni pogoji, ki veljajo za sodnike rednih sodišč in ne dosegajo ali presegajo določili 9. člena ZUstS.⁷ Končno se odgovor na vprašanje kdo in kakšen naj je ustavni sodnik glasi, da naj je ustavni sodnik strokoven, pošten in vesten, svoji službi polno predan pravni strokovnjak, ki je državljan RS, ki je dopolnil vsaj 40 let in bo svoje delo opravljal nepristransko in neodvisno in z vsem prispeval k ugledu sodniške službe.

Morala je v Slovarju slovenskega knjižnega jezika (v nadaljevanju SSKJ) opredeljena kot tisto kar vrednoti medsebojne odnose med ljudmi, njihova družbena razmerja, kot posledica opredelitve dobrega in slabega.⁸ Novak navaja, da je morala pogosto opredeljena, kot niz pravil vrednotenja človekovega ravnanja, vedenja in značaja. To vrednotenje poteka v najbolj abstraktni obliki po premici v katere neskončnem koncu je dobro in na nasprotni strani zlo.⁹ Kos poudari istovetnost iz latinščine izhajajočega izraza morala z iz grščine izhajajočim etos in v svojem delu, Oris filozofije, uporablja izraz etika, ki jo razume kot nauk o tem, kaj je dobro in kaj slabo in kako naj človek ravna in živi, da bo njegovo življenje moralno (dobro).¹⁰

Zakonodajalec je v SSKJ opredeljen kot tisti, ki izdaja zakone.¹¹ Pravni terminološki slovar pa o zakonodajalcu pove, da gre za državni organ, praviloma parlament, ki je pristojen za sprejemanje zakonov.¹²

⁵ URS, 125. člen.

⁶ Zrelost je izpeljana iz zahtevane starosti 40 let z zavedanjem, da starost sama po sebi ni vedno pokolenje zrelosti in modrosti.

⁷ Pod izrazom »drugi formalni pogoji« so mišljena starost, opravljen Pravniški državni izpit (PDI) in druge določbe, ki urejajo napredovanje sodnikov.

⁸ Morala, v: Slovar slovenskega knjižnega jezika, 1975, str. 838.

⁹ Novak, 2010, str. 200.

¹⁰ Kos, 1970, str. 252.

¹¹ Zakonodajalec, v: Slovar slovenskega knjižnega jezika, 1991, str. 672.

¹² Zakonodajalec, v: Pravni terminološki slovar, 2018, str. 396.

1.1. O naravnem pravu

Ko se pri Heraklitu pravičnost človeških pravil prvič razlikuje od naravne pravičnosti se začne rojevati nauk o naravnem pravu. Pri njem se prvič pojavi teza izvora človeških zakonov iz enega samega božanskega zakona.¹³ Človekov razum je naravo in zakon zaznal kot razločljiva. Od takrat je pravo razpeto med naravo in zakonom, božansko in posvetno, modrim in vsiljenim redom.¹⁴ Bistvo naravnega prava lahko povzamemo kot dejstvo, da pravo sestavlja poleg človeškega tudi naravno (božje, razumsko) pravo, ki je človeškemu vrednostno nadrejeno in je njegovo merilo.¹⁵ Podobno povzame Novak naravno pravo kot izraz višje, človeka presegajoče, volje, ki je vsebinsko pravilno, zato nespremenljivo, večno in vrednostno nadrejeno izrazu človeške volje v pozitivnem pravu.¹⁶ Osnova vseh različic naravnopravnih teorij je torej povezovalna teza o življenjski povezanosti prava in morale in o odvisnosti prvega od slednje.¹⁷ Kot temeljna vrednota in vodilo pri oblikovanju pozitivnega prava pa naj je vedno pravičnost.¹⁸

1.2. Namen in cilji

V diplomskem delu, ki ga strnjeno povzemamo, smo želeli predstaviti, da je vloga USRS in posameznega ustavnega sodnika, ko gre za pomembno pravno vprašanje, lahko precej zahtevna saj so na tehtnici lahko vrednote, ki so tako enakovredno uvrščene na vrednostno lestvico vrednot, ki jih URS varuje, da je odločanje izjemno težko. Takrat upravičeno govorimo, tudi v kontekstu ustavno sodnega odločanja, o težkih primerih. Vpliv družbene morale in osebne morale posameznega sodnika na odločanje je dejstvo, ki ga posebej ne dokazujemo osvetljujemo pa način vpliva morale, kot neformalni pravni vira, na odločanje posameznega sodnika in sodišča v celoti. Vprašanje je tudi kako rešiti konflikt razlikovanja splošna družbena in sodnikove osebne morale. Zelo pomembno vprašanje je tudi kako naj ravna ustavni sodnik, ko njegov moralni koncept presega jezikovni okvir, ki ga začrtuje USRS. Ali te okvire, v res izjemno težkih okoliščinah, lahko preseže in težak primer

¹³ Novak, 2018, str. 188.

¹⁴ Kaufmann, 1994, str. 52–53.

¹⁵ Novak, 2018, str. 190.

¹⁶ Novak, 2010, str. 454.

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ Prav tam.

reši kot zakonodajalec (*Legislating from the Bench.*)? Zanimivo je tudi vprašanje vpliva osebna morala sodnika na spreminjanje sodne prakse USRS. Kdaj je tako spreminjanje sploh upravičeno in kako naj bo utemeljeno? V diplomskem delu smo raziskali ali je USRS z ustanovitvijo Občine Ankaran vzpostavilo teorijo »oblasti meča« (*power of sword and purse*) ali zgolj administrativno razvezalo gordijski voz. Vprašali pa smo se tudi kako ravna in naj ravna sodišče v povsem novih, nepoznatih okoliščinah in za izhodišče vzeli odločanja o omejitvi gibanja v času epidemije?

Omenimo naj še pred kratki izdano delo Ideologija na sodiščih¹⁹, ki predstavlja izsledke raziskave konkretnih sodniških odločitev. Raziskava je širša in ne vključuje le moralnega vidika. Tega sicer obravnava manj podrobno, a integralno, kot del širšega pojma ideologije posameznega sodnika in Ustavnega sodišča kot celote.

2. Morala in pravo – obračun z ločitveno tezo

Ločitvena teza negativno odgovarja na vprašanje povezanosti morale in prava. Zatrjuje, da sta morala in pravo izvorno dva povsem ločena sistema, ki se, če se že kdaj, prekrivata naključno. Pogled na ločitev med pravom in moralo deli pravnike na naravne pravnike, ki ločitveno tezo zanikajo in pozitiviste, ki se z njo strinjajo. Pufendorf razvije poseben sistem naravnih dolžnosti. Na polje religije sodijo dolžnosti do Boga, moralno vprašanja odgovarjajo na vprašanja dolžnosti do samega sebe, dolžnosti do družbene skupnosti pa so urejena s pravom. Za Pufendorfa so vse tri vrste dolžnosti med seboj popolnoma ločene in neodvisne.²⁰ Nasprotniki ločitvene teze pa zagovarjajo povezanost med pravom in moralnimi pravili, ki so družbena pravila vrednotenja, ki posamezniku in širši družbeni skupnosti povedo kaj je dobro in kaj ne. Predstavljajo ponotranjeni praved, ki je človeški družbi omogočil preživetje.²¹ Aristotel v Nikomahovi etiki pravi, da so vsako delo, razmišljanje, umetnost usmerjeni k nekem dobrem, ki je torej namen in cilj h kateremu vse teži. Končni cilj vseh namenov je po Aristotelu najvišje dobro.²²

¹⁹ Avbelj, 2021.

²⁰ Kaufmann, 1994, str. 78.

²¹ Novak, 2006, str.13.

²² Aristoteles, 2016, str. 47–48.

Sodobni pogled na povezavo med moralo in pravom je bolj vključujoč, integralen. Tako naravnopravniki kot pozitivisti priznavajo, da se morala in pravo srečujeta v preseku. Izhajajoč iz Novakovega orisa, notranjih in zunanjih dimenzij človekovega bitja in delovanja pri katerih se morala nanaša na prve, pravne norme pa na slednje ugotovimo, da je pravna norma pogosto zunanja manifestacija notranjega moralnega merila.²³ Pravo je neločljivo povezano s človeško družbo in pravne norme praviloma odslikavajo vrednote določene družbe v konkretnem zgodovinskem trenutku in prostoru.²⁴ Da temu ni vedno tako priznavajo naravnopravniki in pozitivisti. Velike zlorabe pozitivnega prava v prvi polovici 20. stoletja so vodile k prečiščenju misli. Pravne norme so lahko nelegitimne in v nasprotju z moralnimi normami kljub temu, da jih je postavila legalna in legitimna oblast.²⁵ Lahko pa so pravne norme tudi legitimne, če tudi jih je postavila nelegalna oblast.²⁶ Pravne norme so lahko tudi moralno nevtralne, kot na primer cestno prometni predpisi.²⁷

Pomembna razlika med pravnimi in moralnimi normami je, da so pravne norme enotne na ravni določene družbene skupnosti, da imajo enoten izvor v državi in da veljajo za določeno družbeno skupnost enako. Moralnih norem pa ne oblikuje formalno institucionalizirana skupnost, so v sodobnem globaliziranem svetu ne prisilne, razslojene in partikularne. Družba je čedalje manj seštevka manjših družbenih skupnosti (država, pokrajina, mesto, kraj, društvo, sorodstvo, družina, par) in čedalje bolj seštevka posameznikov. Razpada sistem neformalnega oblikovanja in nadzora moralnih norm, ki je obstajal tisočletja. Pri tem ne gre za propad morale, gre za propad reda kot sistema morale.²⁸ Na globalni tržnici vrednot in moralnih konceptov si posamezniki lahko samostojno izberejo košarico vrednot in moralnih načel. Ti posamezniki pa še vedno živijo v okviru določenih družbenih enot – držav, naddržavnih skupnosti.

²³ Novak, 2010, str. 200–202.

²⁴ Prav tam, str. 26.

²⁵ Bralec naj v razmislek vzame nemško vlado izvoljeno leta 1933 in njeno dejavnost v prvih mesecih po izvolitvi.

²⁶ Bralec naj v razmislek vzame okupacijske ali partizanske sile na evropskih tleh med leti 1939–45, ali v Nemčiji po letu 1945.

²⁷ Pa tudi ti predpisi so posledica moralnega vzgiba – varovanje življenja, ohranjanje reda, preprečevanje nevarnosti in sporov.

²⁸ Dejansko gre za razpadanje več večjih zaokroženih moralnih sistemov.

Sistema moralnih in pravnih norm sta se medsebojno dopolnjevala tako, da je sistem pravnih norm izhajal iz vrednostnih izhodišč moralnega sistema, vsak zase pa sta urejala relevantna družbena razmerja, skupno na presečišču obeh sistemov, in posamično na robovih. Sistem moralnih norm ponotranjene in pravni sistem zunanje dimenzije družbenih razmerji.²⁹ Zaradi prehajanja moralnega sistema družbe v moralnost posameznikov v sodobni družbi težko govorimo, da pravne norme izhajajo iz moralnega sistema v konkretnem historičnem trenutku sodobnosti. A zdi se, kot pravi Novak, da imajo določena dejstva, kljub vsemu, še vedno tak normativni naboj, da vrednostno govorijo sama zase. Gre za dejstva umora, tatvine, posilstva itd., ki imajo že po naravi stvari določeno vrednost. Tako vrednotenje teh dejstev skrbi za preživetje človeka kot vrste in družbene skupnosti in so človeštvu prirojene. Ker ta določena dejstva že v sebi nosijo moralno vrednost so kot taka upoštevna. S tem je vzpostavljena povezava med dejstvom in vrednostjo v enoten, monističen okvir.³⁰ Tak prirojen občutek vrednotenja dejstev nas usmerja pri prepoznavanju vrednosti dejanj ne pa tudi pri njihovem sankcioniranju. Konkretno dejstvo po prirojenem občutku razumemo kot negativno ali pozitivno, kot zlo ali dobro. Kako izrazito, pa je različno od posameznika do posameznika, kar je pogojeno tudi z družbenim okvirom v katerem se posameznik nahaja. Od stopnje negativnega dojemanja dejstva je odvisno njegovo sankcioniranje. Neoprijemljivost moralnega čuta terja operacionalizacijo in konkretizacijo konkretnega dejstva kot negativnega v okviru sistema pravnih norm. Ta je za vse posameznike določene družbene skupine enaka, po njej sodijo sodišča vsem enako in je zato pravično. Moralni zakon je, kot pravi Novak, le v človeka vsajeno vodilo, ki ga usmerja pri njegovem delovanju.³¹ Pri tem delovanju pa človek ni povsem svoboden.³² Nekatera dejstva imajo tako očitni moralni pomen oz. jim je določena vrednost občečloveško tako očitno pripisana,³³ da so izmaknjene posameznikovi dispoziciji vrednotenja. Novak zapiše: »Ker pa imamo inhibicije glede absolutne svobodne volje, smo tako omejeni, smo zaradi tega človeški.«³⁴ Kader je vrednost določenega dejstva

²⁹ Novak, 2010, str. 201.

³⁰ Novak, 2006, str. 16.

³¹ Prav tam.

³² Prav tam.

³³ Na primer umor, posilstvo na negativni strani ali rojstvo, poroka ipd. na drugi strani.

³⁴ Novak, 2006, str. 16.

tako očitno negativna smo omejeni tudi pri sankcioniranju takih dejanj in ravnanj, ki jih dojemamo kot *mala in se* – zla sama po sebi³⁵. Kot nujno posledico tako vrednotenih dejstev dojemamo obveznost sankcije. Vsekakor pa moralni čut posameznikov ni vedno v vsem enak. Zavržnost umora čutimo (skoraj) vsi, nimamo pa enakega pogleda na sankcioniranje. Najbolj očitno vrednostno zaznamovana dejstva varujejo predvsem preživetje človeške vrste. Manj ko je določeno dejstvo povezano s preživetjem človeške vrste manj očitno je vrednostno zaznamovano. Prav ta preživetvena dimenzija je vzrok globoko zasidranemu notranjemu moralnemu občutku, ki je na najbolj osnovni ravni praktično enak po vsem svetu. Verjetno ne gremo predaleč, če zapišemo, da je notranji moralni čut³⁶ dimenzija človeštva, ki nas dela človeške. Če je moralni čut kompas, ki nam pove kako vrednostno dojemamo neko dejstvo pa za natančno določitev, kdaj gre res za tako dejstvo in kako ga sankcioniramo, potrebujemo družbeno soglasje. To soglasje se je po posamičnih primerih oblikovalo v praksi, do stopnje ko je postalo običajno in preko tega pozitivno zapisano pravo.³⁷

Oblikovanje soglasja je bilo potrebno in mogoče šele z razvojem družbe. Z razvojem družbe pa so se razvile tudi nove vrednote, ki so obstoj te družbe varovale in oblikovale njen red. Vrednostno manj očitno ali sploh neopredeljena dejstva³⁸ pa družba dogovorno ali izkustveno opredeli kot dobra ali zla. Če jih opredeli kot zla jih imenujemo pravne kršitve (*mala prohibita*), jih razglasi za kazniva in jih sankcionira.³⁹ V teh primerih o moralni vrednosti dejstev posamezniki različno sklepamo. Potrebna je njihova vrednostna opredelitev v pozitivnem predpisu, da bi bila mogoča njihova enotna in posameznikom prepoznavna vrednostna ocena dejstva iz katere potem izhaja kaznivost in sankcija.⁴⁰ Vsaj po Novaku obstajajo moralno relevantna dejstva.⁴¹ Moralno relevantna dejstva, ko govorimo o dejstvih, ki so tako očitno vrednostno zaznamovana, da jih dojemamo kot *mala in se* se nahajajo v preseči-

³⁵ Prav tam, str. 17.

³⁶ Notranji moralni čut v pomenu splošnega čuta človeštva. Ta abstrakten pojem ni preprost seštevek moralnih čutov posameznikov in tudi ni njih skupni imenovalec. Gre za vsem ljudem kot posameznikom in človeški vrsti kot taki prirojen občutek (nagon) po ohranitvi življenja. V tem kontekstu tudi ravnanje samomorilca razumemo kot dejanje nekoga, ki je prepričan, da je življenje že izgubljeno. Da se ne da več ničesar rešiti, da se ne da več pomagati.

³⁷ Povzeto po Novak, 2006, str. 16–17.

³⁸ Če je o vrednostno neopredeljenih dejstvih sploh mogoče govoriti.

³⁹ Povzeto po Novak, 2006, str. 18.

⁴⁰ Prav tam, str. 18.

⁴¹ Prav tam.

šču moralnega in pozitivno-pravnega⁴² saj so prepoznana in opredeljena v obeh poljih. Kelsen v Čisti teoriji prava tu potegne jasno ločnico med poljem morale in prava in zavrača naravnopravno teorijo, ki naj bi v pravo vnašala moralne in politične postulate.⁴³ Na tem mestu moramo skupaj z Novakom zavriniti Kelsnovo ločitev med pravom in moralo, ko zanika obstoj pravnih kršitev, ki so kršitve same po sebi.⁴⁴

Za ohranitev družbene strukture,⁴⁵ načina življenja in medsebojnih razmerji članov družbe se razvijejo določena družbena načela. Nekatera od njih se z razvojem prava »popravijo« in postanejo pravna načela. Nekatera od njih lahko uvrstimo v skupino moralno pomembnih pravnih norm.⁴⁶ Izstopata pravičnost in poštenost. Izstopajoč je v sodobnem času pogled na pravna načela, ki ga je zagovarjal Ronald Dworkin, ki je v pravnih načelih prepoznal lastnosti vrednotenja, »vrednostnega tehtanja«, torej moralnega.⁴⁷ Dworkin razume pravno načelo (*principle*) kot standard ali merilo, ki ga je potrebno upoštevati saj opredeljuje zahteve po pravičnosti, poštenosti ali kateri drugi moralni dimenziji.⁴⁸ Med ta, moralno pomembno obarvana, moralna načela po Novakovem mnenju štejemo tudi načela enakosti, enakega varstva pravic, varstva človekovih pravic in druga ustavna načela iz Ustave.⁴⁹ Pravna načela lahko dajejo okvir ali določajo standard, kot pravi Dworkin in intuicija usmerja pri tehtanju med dobrim in zlim. Ker pa je intuicija posameznikov notranji vrednostni odnos do dejstva je njeemu lastna in zato nujno partikularna. Po Novaku je intuicija le del poti od dejstva do pravne norme. Tak notranji občutek posameznikov je potrebno preko družbenega dogovora uravnotežiti na skupni imenovalci, ki se manifestira v pravni normi.⁵⁰ Ker se pravo in morala prekrivata v preseku in ne popolnoma je potrebno izpopolniti pravno normo na delih, ki so moralno manj določno opredeljeni. Moralni standardi najbolj vplivajo na normativno navodilo pravnega pravila in ga najstveno sooblikujejo. To sovпада z Dworkinovo trditvijo, da gre pri teoretičnem nestrinjanju pravni-

⁴² Novak, 2010, str. 204.

⁴³ Pavčnik, 2015, str. 22.

⁴⁴ Novak, 2006, str. 18.

⁴⁵ Ta je običajno sama preživetvena strategija konkretne skupine ljudi, ki so se/so bili povezani v družbeno skupnost.

⁴⁶ Novak, 2006, str. 18.

⁴⁷ Prav tam.

⁴⁸ Dworkin, 2013, str. 39.

⁴⁹ Novak, 2006, str. 19.

⁵⁰ Prav tam, str. 20.

kov s tem kaj pravo je (kako razlagati pravno normo) za nestrinjanje o tem kaj naj bi bilo (o najstvu). To njihovo nestrinjanje, pravi Dworkin, je pravzaprav nestrinjanje o moralnem in ne pravnem vprašanju.⁵¹ Pri vprašanju sankcij je moralni standard zgolj smernica, ki lahko narekuje strogost sankcije glede na pomembnost vrednote, ki jo pravna norma varuje. Enaka potreba po tehnični pravni ureditvi, ki je moralno manj zaznamovana, velja pri operacionalizaciji ustavnih načel.⁵²

Morala in pravo se v sodobnem povezovalno – vključevalnem razumevanju njunega medsebojnega odnosa torej razumeta, kot pravi Novak, prepletajoče povezana.⁵³ Razumemo ju kot delno in nenaključno prekrivajoči se polji. V delih, v katerih se ne prekrivata pa drug na drugega do neke mere vplivata. Ljubezen med zakoncema sicer ni pravno regulirana, vpliva pa nemoralnost prevare med njima na pravo tako, da to dopušča, pod imenom nevzdržnosti, sleherni razlog za razvezo zakonske zveze. Na drugi strani vpliva morala posameznikov na njih same, da se, v skladu z razvitostjo osebnega moralnega čuta, držijo pravnih norem in upoštevajo normativna navodila pravnih pravil tudi kadar je verjetnost, da bi bili zaloteni pri kršitvi in tako sankcionirani znatna. Upoštevanje pravnih norm tako ni le posledica grožnje pravne sankcije v primeru kršitve, marveč je tudi na eni strani posledica moralnega pomena vrednote, ki jo pravna norma varuje⁵⁴ in na drugi strani posledica moralnega čuta posameznika, da je upoštevanje prava prav tako vrednota. Vendar kot povzema Novak, morala in pravo tudi v preseku nista povsem skladno prekrita, saj je pravo veliko bolj konkretno, podrobno in natančno.⁵⁵

Rang in število vrednot, ki jih v preseku varujeta morala in pravo presega naključnost.⁵⁶ Drzno bi bilo sicer trditi, da se morala in pravo prekrivata (le) v primerih najbolj varovanih vrednot, morda pa ne gremo predaleč, če trdim, da vrednote, ki jih varuje morala družbena skupnost operacionalizira v pravno normo v skladu z načelom skupnega vrednostnega imenovalca družbe, ki ga ta vzpostavlja v konkretnem zgodovinskem in razvojnem trenutku v

⁵¹ Dworkin, 1986, str. 7.

⁵² Novak, 2006, str. 21.

⁵³ Prav tam, str. 22.

⁵⁴ Tu lahko sledi moralna sankcija v obliki (samo)očitajoče vesti.

⁵⁵ Novak, 2006, str. 23.

⁵⁶ Prav tam.

katerem se nahaja. Podobno trdi Novak, da morala učinkuje iz posameznika kot subjekta in ne sama iz sebe. Pravo ni preprosto moralni minimum.⁵⁷ Predstavljeno ne dokazuje le, da povezava med moralo in pravom obstaja marveč, da je obširna in ni naključna. Sorazmerno z razvojem človeške skupnosti je morala po eni strani v odvisnosti od stopnje tega razvoja izvor in argument prava obenem⁵⁸, po drugi strani pa spodbuda in hkrati zavora prav temu razvoju človeške skupnosti⁵⁹.

3. Sodna veja – nadzor izvršilne in korektiv zakonodajne veje oblasti

Za učinkovito izvajanje oblasti je potreben njen nadzor. Nadzor nad organom ali osebo na najvišji oblastni funkciji lahko izvaja le organ ali oseba s primerljivo močjo in izvorom te moči.⁶⁰ Učinkovitost sistema delitve oblasti je mogoče zagotoviti le z medsebojnim nadzorom enakovrednih vej oblasti, s tako imenovanim sistemom zavor in ravovesji – »*checks and balances*».⁶¹ Glavni namen medsebojnega omejevanja oblasti je predvsem v zaščiti posameznikove svobode v odnosu do države,⁶² pa tudi, da bi si ena veja oblasti ne podredila drugih dveh.⁶³ Sodoben pogled na delitev oblasti pa velja, bolj poudarjeno kot v preteklosti, tudi neodvisni sodni funkciji, neodvisnemu sodstvu.⁶⁴ Uveljavi se načelo omejevanja oblasti, katerega je zagovarjal že Coke,⁶⁵ pri katerem je oblast omejena z zakoni⁶⁶ pri čemer pa ključno vlogo igra sodstvo, kot protiutež izvršilni in zakonodajni veji oblasti v njuni politični dimenziji.⁶⁷

⁵⁷ Prav tam.

⁵⁸ Moralne vrednote se operacionalizirajo v pravo – umor in sankcija zanj. V tem primeru je morala materialni pravni vir. Morala pa nas sili tudi k ravnanju po pravnih normah. V tem primeru je morala argument prava.

⁵⁹ Spodbuda – morala nas spodbuja k zaščiti človekovih pravic in svoboščin. Zavora – morala nas omejuje pri pravnem urejanju razpolagana. Npr. moralni odnos do človekovega dostojanstva zavira razvoj pravnega urejanja na področju raziskav v genetiki pri/na ljudeh.

⁶⁰ Z izvorom moči nakazujemo na legalnost in legitimnost oblasti organa ali osebe, ki nadzira drug organ ali osebo, ki opravlja oblastno funkcijo.

⁶¹ Novak, 2010, str. 55; Pavčnik, 2018, str. 65.

⁶² Novak, 2003, str. 96.

⁶³ Pavčnik, 2017, str. 117.

⁶⁴ Novak, 2003, str. 97.

⁶⁵ Jones, Sir Edward Coke, (1552-1634), angleški odvetnik, sodnik in politik se je zavzemal za prevlado prava nad kraljevimi predpravicami. Pomembno je prispeval k razvoju angleškega prava in konstitucionalizma.

⁶⁶ Novak, 2003, str. 100.

⁶⁷ Prav tam, str. 97.

V evropski misli suverenost iz monarha (suverena) preide na ljudstvo kar botruje prevladi parlamentarnih sistemov v Evropi. V obdobju po koalicijskih vojnah je vodilna pravno filozofska misel pravni pozitivizem.⁶⁸ Ob spoznanjih stranpoti v prvi polovici 20. stoletja je pozitivizem korigiran z oblikovanjem katalogov človekovih pravic, ki v skladu z Montesquieuvevim modelom delitve oblasti varujejo pravic posameznikov v odnosu do države.

Slovenski ustavni sistem načelo delitev oblasti sestavlja iz organizacijske, funkcionalne in personalne razsežnosti. Načelo delitve oblasti je vzpostavljeno zaradi ljudstva, saj ga ščiti pred zlorabami oblasti, ki gredo vedno v njegovo škodo.⁶⁹ Oblast ima ljudstvo⁷⁰ in preko sistema predstavniške demokracije postavlja nosilce oblasti posredno na volitvah ali neposredno preko sistema postavljanja, imenovanja ali volitev po postavljenih organih druge veje oblasti.⁷¹ Čisti sistem delitve oblasti, v katerem bi bile funkcije oblasti med seboj popolnoma ločene in nepovezane, je nemogoč. V takem sistemu bi morali biti najvišji organi v vseh vejah voljeni ali imenovani neposredno s strani ljudstva in na enak način neposredno nadzirani, kar pa je idealistično, iluzorno, utopično, naivno. V svetu in v slovenskem ustavnem sistemu se je tako uveljavil sistem zavor in ravnovesij po katerem veje oblasti med seboj sodelujejo in se medsebojno omejujejo. Posamezne veje oblasti so tako medsebojno odvisne in, po mnenju USRS, nikakor niso medsebojno (popolnoma) avtonomne.⁷² Bistvo načela omejitve oblasti je, da varuje svobodni položaj posameznika in z razporeditvijo moči in medsebojnim nadzorom med različnimi funkcionalnimi vejami oblasti prepreči njeno koncentracijo in iz tega izhajajočo samovoljo in možnost zlorabe oblasti.⁷³ »Delitev oblasti skupaj s sistemom zavor in ravnovesij je med nosilnimi stebri pravne države.«⁷⁴

3.1. Sodna oblast

Pravni okvir, ki omogoča delovanje pravnega sistema je ustavodajalec zagotovil z ustavo in ga z izvajanjem zakonodajne funkcije

⁶⁸ Prav tam, str. 99.

⁶⁹ USRS Odločba U-I-83/94, 14. 7. 1994.

⁷⁰ URS, 3. člen, 2. odstavek.

⁷¹ Kaučič, 2019, str. 59.

⁷² Prav tam.

⁷³ Prav tam, str. 59–60.

⁷⁴ Pavčnik, 2017, str. 130.

iz Ustave izpeljuje zakonodajalec.⁷⁵ Del tega pravnega sistema je tudi sodstvo, ki je pri opravljanju sodniške funkcije neodvisno.⁷⁶ Kljub temu, da je sodna veja oblasti samostojna pa ni izključena iz sistema zavor in ravnovesij, kot sestavnega dela načela delitve oblasti.⁷⁷ Sodniki so vezani na ustavo in zakon,⁷⁸ kar je neposredna izpeljava načela demokratičnosti iz 1. člena URS, saj so po predstavnikih ljudstva sprejeti pravni akti zakonodajalca temelj na podlagi katerega sodniki odločajo.⁷⁹

Z razvojem ustavnega sodstva, ki je s svojimi pristojnostmi poseglo na področje podzakonskega splošnega in abstraktnega urejanja izvršilne veje oblasti, na vseh nivojih, je sodna veja oblasti prebila izoliran položaj in prevzela aktivno nadzorno vlogo nad izvršno oblastjo.⁸⁰ Pomemben je tudi aspekt varovanja posameznikove svobode in človekovih pravic preko instituta ustavne pritožbe. Tretji element vključitve sodne veje oblasti v krog medsebojnega nadzora vej oblasti pa je sodno varstvo v upravnih sporih, kjer sodna veja varuje posameznika pred samovoljnim in arbitrarnim oblastnim odločanjem upravnih organov.⁸¹

Kot rečeno sodstvo kljub nekaterim posebnostim⁸² ni povsem neodvisno in samozadostno.⁸³ Politični veji oblasti na drugi strani skrbita za učinkovitost sodniškega dela. Zakonodajna veja oblasti zagotavlja okvir in pravno podlago delovanja, izvršilna veja pa podpira organizacijsko plat delovanja pravosodnega sistema, predlaga reforme in skrbi za izvrševanje sodnih odločitev.⁸⁴ Najpomembneje je, da se politični veji oblasti podrejata odločitvam sodstva, ki ju zadevajo ter nudita sodstvu podporo (predvsem z zgledom), da se ustvarja duh pravne kulture v katerem se odločitve sodne veje oblasti praviloma spoštuje.⁸⁵

⁷⁵ Prav tam, str. 118.

⁷⁶ URS, 125. člen.

⁷⁷ Pavčnik, 2017, str. 130.

⁷⁸ URS, 125. člen.

⁷⁹ Novak, 2019, str. 272.

⁸⁰ Novak, 2003, str. 112.

⁸¹ Prav tam.

⁸² Trajni sodniški mandat, neodvisnost, samostojnost in nepristranskost pri odločanju posameznega sodnika, ne-poseganje drugih vej oblasti v konkretne odločitve in postopke sodišč itd.

⁸³ Pavčnik, 2017, str. 131.

⁸⁴ Pogorelec, 2014, drsnica 66.

⁸⁵ Pavčnik, 2017, str. 132.

4. Razumevanje pravičnosti in sodnikova morala ter njun vpliv na sodnikovo odločanje

Kaufman v Uvodu v filozofijo prava pravi, da tisti, ki »hoče razumeti smisel, v proces razumevanja nujno prinaša svoje predrazumevanje in s tem predvsem tudi svoje samorazumevanje.«⁸⁶ Predmet razprave o pravičnosti tako ne more biti povsem zunaj niti povsem znotraj procesa iskanja pravične rešitve in ker mora biti hkrati biten in procesen je to lahko samo človek. Pravo se legitimira prav v tem, da vsakomur priznava pravice, ki mu gredo prav zato, ker je človek, ker je oseba. Odnosi med ljudmi so tako in prav zato pravni diskurz, vsaj v delu, ki je pozunanjen in tako pomemben, da ga pravo ureja.⁸⁷ Človekova sodba o pravičnosti je od nekdaj pomenila njegovo zaznavanje lastnih ali tujih dejanj glede na razumevanje pravičnosti same.⁸⁸ Pravičnost je v SSKJ opredeljena kot lastnost pravičnega človeka, pravičen človek pa kot tisti, ki ravna skladno s priznanimi načeli in normami.⁸⁹ Pravičnost je torej opredeljena kot lastnost človeka kot osebe in je lastna človeku prav zato, ker sam sebe dojema kot in ker je oseba. Pomeni njegovo ravnanje, ki je skladno z normami in načeli družbe, ki ji pripada na eni strani in z normami in načeli, ki jim je zvest sam osebno na drugi strani. V dispoziciji človekove svobodne volje je ali bo splošnim in lastnim priznanim normam sledil ali ne. To pa je odvisno od njegove moralne zaznave »priznanih« načel in norm. SSKJ pravi, da je pravica tisto, kar je skladno s človekovimi in družbenimi predstavami in pravili o moralnih vrednotah. Pravica pomeni skladnost z moralnimi normami in priznanimi načeli.⁹⁰

Posameznik torej pravičnost dojema glede na svoj občutek za pravičnost, ki je ožji od pravnega in še širšega moralnega občutka.⁹¹ Če je človekovo osnovno vodilo njegova osebna in obča družbena in civilizacijska morala pa je pravičnost vodilo, ki je zaradi svojega dogovornega značaja (družbena pogodba) za posameznika še bolj zavezujoča. Razmišljanje o pravičnosti se osredotoča na splošno, zunanjo pravičnost, kadar gre za očitne kršitve moral-

⁸⁶ Kaufman, 1994, str. 230.

⁸⁷ Povzeto po Kaufman, 1994, str. 249.

⁸⁸ Novak, 2000, str. 78.

⁸⁹ Pravičnost, v: Slovar slovenskega knjižnega jezika, 1979, str. 967.

⁹⁰ Pravica, v: Slovar slovenskega knjižnega jezika, 1979, str. 966.

⁹¹ Novak, 2000, str. 79.

nih norm in priznanih načel s strani države (njih in/ali predstavnikov) nasproti posameznikom in so jim s tem kršene človekove pravice in temeljne svoboščine. O zunanji pravičnosti razmišljamo tudi v kontekstu kršenja priznanih moralnih norm in načel s strani posameznikov zoper druge posameznike ali družbo kot celoto.⁹² Kot notranjo pravičnost razumemo človekovo videenje in vrednotenje lastnih dejanj, tudi v religiozni dimenziji, katerih posledice imajo (lahko⁹³) vpliv na posameznika tudi onkraj smrti.⁹⁴

Ne glede na to ali človek presoja dejanja drugih ali svoja lastna, se zanaša na »nek notranji občutek«, kaj je v konkretni zgodovinskem dogodku (ravljanje, vedenje ali opustitev posameznika) prav.⁹⁵ Pravičnost pa je stanovitna in trdna volja, da damo človeku kar mu gre.⁹⁶ Kljub temu, da ljudje pravičnost različno vidimo (imamo različen občutek za pravičnost), pa je pravičnost vselej vodilo, kako naj bi ravnali in je prav v tem najstvu nedosegljiv ideal, ki se mu poskušamo vedno znova in čim bolj približati.⁹⁷ Neeenotnost morale posameznikov in občutka za pravičnost privede do nujnosti družbene pogodbe, ki rezultira v pozitivnem pravu kot minimumu pravičnosti, občutek za pravičnost posameznikov, ki presega pozitivno pravni minimum pa je lahko stremljenje k približanju visokemu idealu najstva.⁹⁸ Idealni položaji v katerih se občutek za pravičnost posameznika popolnoma ujema s pozitivnim pravom je redek pojav prav zaradi nepopolnosti pozitivnega prava, ki je artikulacija nepopolnosti človeka samega.⁹⁹

Kot vsi ljudje tudi ustavni sodniki vsak na svoj način vidijo, dojemajo in imajo lasten občutek za pravičnost. Ker je občutek za pravičnost del pravnega občutka¹⁰⁰ se lahko strinjamo s Kaufmannom, da je običajno, da imajo tudi (ustavni¹⁰¹) sodniki pravni občutek in s tem občutek za pravičnost, da imajo predrazumevanje.¹⁰²

⁹² S kršitvijo s strani posameznikov proti posameznikom mislimo na primer na umor, posilstvo, tatvino, itd., s kršitvijo zoper družbo kot celoto pa mislimo na utajo davkov, ipd.

⁹³ Glede na posameznikovo (ne)religioznost.

⁹⁴ Novak, 2000, str. 78.

⁹⁵ Prav tam.

⁹⁶ Novak, 2000, str. 78; Pravičnost, v: Katekizem katoliške Cerkve, 1993, str. 468.

⁹⁷ Novak, 2000, str. 81.

⁹⁸ Prav tam.

⁹⁹ Prav tam, str. 87.

¹⁰⁰ Prav tam, str. 79.

¹⁰¹ Dodatek avtorja.

¹⁰² Kaufman, 1994, str. 161.

Subjektivnega pogleda posameznega ustavnega sodnika, ni mogoče popolnoma izključiti pri njegovem odločanju, če prava, po Kaufmanu, ne bi smel vnašati v odločitve, ki bi morale biti podvržene zgolj zakonu oz. pozitivnemu pravu.¹⁰³ Kljub temu, da sledimo občutku za pravičnost pri ustvarjanju pozitivnega prava, vsebuje pozitivno pravo tudi nejasnosti in praznine, ki jih razlagalno zapolnjujejo sodniki.¹⁰⁴ Sodnik sledi lastnemu občutku za pravičnost in lahko z interpretacijo v okviru, ki ga daje besedilo, pozitivno pravno normo nadgradi¹⁰⁵ v smeri absolutne pravičnosti, v smeri boljše pravne rešitve.¹⁰⁶ V tem smislu je v svoji večstopenjskosti sodstvo samo sebi korektiv pravičnosti, vključno z USRS ko gre za vprašanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin.¹⁰⁷ Sklenemo lahko, da ima vsak ustavni sodnik lasten občutek za pravičnost, ki je posledica predrazumevanja¹⁰⁸ morale, prava in pravičnosti¹⁰⁹ in je, če parafraziramo Jungovo subjektivno-objektivno zaznavo,¹¹⁰ leča skozi katero zaznava pomen pravnih norm in skozenj projicira njihovo razlago.

5. Med razlago in aktivizmom

Sodna veja oblasti naj bi preverjala skladnost pozitivnega pravnega predpisa z ustavo in njegovo pravno pravilnost. Politična ocena in primernost pravnih predpisov je prepuščena politični vejadi oblasti tj. parlamentu kot zakonodajalcu in vladi, kot pobudniku, predlagatelju in izvrševalcu pravnih predpisov.¹¹¹ Široka razlaga ustave, ki bi bila posledica politične ideologije prevladujoče večine na ustavnem sodišču, pa bi že prestopila meje pojma žive ustave.¹¹² Živa ustava namreč presega pojem besedilnosti in poleg besedila členov ustave obsega tudi odločitve ustavnega sodišča, kot njeno legitimno razlago.¹¹³ Preseganje tega okvirja in prevzemanje vloge zakonodajalca imenujemo sodniški

¹⁰³ Prav tam.

¹⁰⁴ Novak, 2000, str. 89.

¹⁰⁵ Prav tam.

¹⁰⁶ Prav tam, str. 81.

¹⁰⁷ Prav tam, str. 89.

¹⁰⁸ Kaufman, 1994, str. 161.

¹⁰⁹ Novak, 2000, str. 79.

¹¹⁰ Prav tam, str. 85.

¹¹¹ Novak, 2002, str. 327.

¹¹² Prav tam.

¹¹³ Novak, 2008, str. 167.

aktivizem.¹¹⁴ Pod pojmom sodniškega aktivizma razumemo paleto dejanj ustavnih sodnikov s katero bolj ali manj izrazito prevzemajo funkcijo zakonodajalca. Sodniški aktivizem se lahko izraža preko široke razlage nejasnih pravnih pravil in splošnih načel ali preko tehtanja pomembnosti ustavno zavarovanih vrednot, ki pa je politična in ne pravna operacija.¹¹⁵ Vsekakor gre pri sodniškem aktivizmu za nasprotje sodniški zadržanosti (samooomejitve – »*self-restraint*«), kar privede do konflikta med zakonodajalcem, ki je v demokratičnem sistemu personificirano ljudstvo in med ustavnim sodiščem, ki je sicer visokokvalificirana, a privilegirana skupina, večkrat od ljudstva oddaljenih, izbrancev.¹¹⁶ Dworkin sodniški aktivizem razume kot nalezljivo obliko pragmatizma pri katerem poskuša sodnik drugima dvema vejama oblasti vsiliti svoj lasten pogled na to kaj zahteva pravičnost, pri čemer pa se ne meni za besedilni okvir, ki ga daje ustava, za zgodovino njenega uveljavljanja, interpretacije sodišča iz predhodnih odločitev in tradicijo politične kulture.¹¹⁷ Dworkin je prepričan, da mora uveljavljanje pravičnosti skozi razlago ustave vse to vzeti v obzir in ne prezreti.¹¹⁸ Pravo kot celovit sistem obsoja sodniški aktivizem, ki ga vodi goli sodnikov občutek za pravičnost, nasprotno temu mora v vsakem primeru posebej slediti izostreni in razločevalni sodbi, ki daje prostor mnogim političnim vrlinam, a se za razliko od zadržanosti in aktivizma, nobeni ne podreja.¹¹⁹ Politične vrline¹²⁰, ki jih omenja Dworkin, predstavljajo argument pravne politike, ki ga razdelja Novak v svoji analizi Kennedyevega in Cerarjevega pogleda na dva načina argumentiranja pravnih vprašanj¹²¹, deduktivni (tudi pravni) in »*policy*«¹²² argument (argument pravne politike). Vprašanje uvajanja pravne politike v sodniško odločanje pa je lahko problematično.

Do zlorab pri sodniškem odločanju ustavnih sodnikov lahko pride, kadar ti prestopijo vsebinski okvir, ki ga začrtuje ustava (ali

¹¹⁴ Prav tam.

¹¹⁵ Novak, 2002, str. 328.

¹¹⁶ Prav tam.

¹¹⁷ Dworkin, 1986, str. 378.

¹¹⁸ Prav tam.

¹¹⁹ Prav tam.

¹²⁰ Prav tam, »...*many political virtues*...«.

¹²¹ Novak, 2002, str. 329; Novak, 2008, str. 169–170.

¹²² Cerar, 2000; V prispevku Pravo in politika v Podjetju in delu razlikuje med »*policy*« kot politiko v najširšem pomenu javnega, družbenega delovanja v njegovi ciljni naravnost in »*politics*« kot dejavnost za pridobivanje, ohranjanje in izvajanje oblasti, torej politika v ožjem pomenu.

zakoni – pri presoji podzakonskih aktov).¹²³ Prestopanje okvirja ustavnega besedila z razlago ni ustavno skladno.¹²⁴ Pavčnik poudarja, da je pravna norma sad razlage pravnega besedila iz katerega morajo sodniki šele izluščiti njegov pomen.¹²⁵ Razlagalec (ustavni sodnik) mora ostati v okviru možnosti, ki jih omogoča ustavno besedilo, saj drugače ravna v nasprotju s povezovalno razlago ustave.¹²⁶ V primeru, da razlagalec krši to pravilo in prestopi vsebinski okvir, ki ga daje ustava, sproži konflikt z zakonodajalcem, saj prevzame njegovo funkcijo ustvarjalca pravnega pravila in ni več le razlagalec.¹²⁷ Sporočilna moč ustave pa ni vedno taka, da bi bilo iz nje moč jasno razbrati posamezna ustavnopravna pravila.¹²⁸

Kadar se ustavno sodišče srečuje s primeri, kjer gre za očitno protiustavnost, je naloga lažja kot v primerih, ko očitana protiustavnost ni očitna, ko je ustavno besedilo skopo in ni starejših primerov sodne prakse, skratka ničesar na kar bi se ustavni sodnik pri odločanju lahko oprl. V takih primerih je poleg pravnega silogizma potrebno upoštevati še celo vrsto argumentov pravne politike.¹²⁹ Uveljavljena je trditev, da je ustava vsaj v določeni meri nepopisan list, ki terja pomensko napolnitev in podroben izris v zakonih.¹³⁰

Ustavno sodišče je tisti zadnji avtoritativni organ, ki ugotavlja, razlaga in razsoja kaj ustava je in kako jo pomensko pravilno razumeti.¹³¹ To počne na dva načina: z ugotavljanjem, kaj je vsebina ustave in kaj pomeni, ter z ugotavljanjem ustavnega okvirja in možnosti, ki jih dopušča. V prvi vrsti primerov ugotavlja za katero ustavnopravno pravilo gre in kakšna je njegoa vsebina, v drugi vrsti primerov pa gre zgolj za ugotavljanje ali splošni pravni akt (zakon) še sodi v okvir, ki ga dopušča ustava ali ga presega in je tako v neskladju z ustavo.¹³² Ustavno sodišče po načelu zadržanosti (*»self-restraint«*) ne sme opravljati vloge zakonodajalca in določati kakšna naj je vsebina zakonov, kot negativni zakonodajalec se opredeli zgolj do tega ali je zakon spre-

¹²³ Novak, 2002, str. 330.

¹²⁴ Pavčnik, 2013, str. 80.

¹²⁵ Pavčnik, 2017, str. 149.

¹²⁶ Pavčnik, 2013, str. 79.

¹²⁷ Novak, 2002, str. 330.

¹²⁸ Pavčnik, 2019, str. 415.

¹²⁹ Novak, 2002, str. 330.

¹³⁰ Pavčnik, 2019, str. 416.

¹³¹ Prav tam, str. 417.

¹³² Pavčnik, 2000, str. 392; Pavčnik, 2019, str. 418.

jet in oblikovan v okvirih, ki jih določa ustava.¹³³ Zakonodajalec se mora odločati v okviru ustavnih možnosti, naloga ustavnega sodišča pa je, da odloči do kje sežejo in kje se te možnosti končajo.¹³⁴

Strogo ločiti med razlago in prehodom v polje oblikovanja pravnih pravil pa je vse prej kot lahko. Pavčnik je prepričan, da je potrebno najprej določiti smer miselnega procesa, ki pa vsekakor ne more iti v smeri ustvarjanja novih ustavnih in zakonskih pravil, marveč v smer iskanja možnosti razlage, pri tem pa priznava, da so meje pravnega besedila porozne.¹³⁵ Prav zaradi te poroznosti se v določenih primerih ni mogoče izogniti razlagi, ki bi vsebovala vrednostno oceno preko katere pa v odločitev vstopajo osebni, subjektivni pogledi posameznega sodnika.¹³⁶ Strinjati se je z Novakom, da ustavno sodišče ravna modro, če se ravna po prevladujočem stališču v družbi, ki ga v demokratični družbi odseva volja zakonodajalca.¹³⁷ Pri tem pa je treba opozoriti, da je bolje, da se odločitev v primerih, ko bi šlo za čisto ustvarjanje novih norm, odločitev vendarle prepusti zakonodajalcu¹³⁸ in ustavno sodišče zgolj ugotovi neskladje, če gre zanj.

Izzivi iskanja meje, ki jo zarisuje besedilo ustave, ki je samo v določenih primerih jezikovno odprto in/ali porozno, je dvojen. Na eni strani uči pojmovna jurisprudenca, da je pravo v sebi povezan in popoln sistem, brez pravnih praznin, ki v sebi in iz sebe, s pomočjo silogizma daje odgovor na vsa vprašanja. Na drugi strani pa šole svobodnega prava v okviru, ki ga daje ustavno besedilo, iščejo ustvarjalnejše pristope pri ustavno-sodni razlagi.¹³⁹ V težkih primerih,¹⁴⁰ ko je zgornjo premiso mogoče razlagati na več različnih načinov ali ko ni jasno kaj je zgornja premisa in je potrebno z njeno izbiro med več možnostmi zapolniti pravno praznino,¹⁴¹ ponujata tradicionalna kontinentalna metoda in šola svobodnega prava različne možnosti rešitve. Tradicionalna metoda, ki zglede išče pri pojmovni jurisprudenci, izhaja iz koherentnosti prava in

¹³³ Prav tam.

¹³⁴ Pavčnik, 2019, str. 419.

¹³⁵ Pavčnik, 2013, str. 80.

¹³⁶ Novak, 2002, str. 330.

¹³⁷ Prav tam, str. 332.

¹³⁸ Pavčnik, 2013, str. 80.

¹³⁹ Novak, 2002, str. 332–334; Kaufman, 1994, str. 159–160.

¹⁴⁰ Dworkin, 1985, str. 105–159; Kaufman, 1994, str. 160 navaja, da je bistveno, da je po mnenju šole svobodnega prava pomanjkljiv že kjer v primeru ne odloča izrecno in enopomensko in ne šele takrat, ko zadevnega določila sploh ne vsebuje.

¹⁴¹ Novak, 2002, str. 334.

pravne praznine zapolnjuje brez zakonodajnih ambicij¹⁴², ko ravno z uporabo obstoječe norme za povsem novo dejansko stanje ustvari novo normo. Sodobnejši pogledi pa, v kritiki koherentne metode menijo, da omenjenih izzivov ni mogoče razrešiti brez argumentov pravne politike – »*policy*« kot dopolnila deduktivni metodi, saj mora v takih primerih sodnik vrednotiti in izbrati med nasprotujočimi možnimi rešitvami in izbere tisto s katero lahko najbolj koherentno razloži dano besedilo.¹⁴³ Dworkin tu razlikujem med sklicevanjem na pravno-politični argument – »*policy*«, v pomenu sklicevanja na splošne interese, kar strogo loči od sklicevanja na strankarsko, dnevno političnost, ki jo kot argumentacijo razlage pravnih norm zavrača.¹⁴⁴ Omejitev s katero so soočeni ustavni sodniki pri razlagi ustave in ustavno-sodnem odločanju nasploh je dvojne narave. Sodniki morajo pri »težkih primerih« ob dedukcijski metodi uporabiti tudi argumente pravne politike (»*policy*«). Pri tem pa morajo paziti, da ne prestopijo dveh okvirjev, okvirja, ki ga zarisuje besedilo ustave na eni strani in okvirja, ki loči med pravno-političnim argumentom na eni strani in politiko v ožjem pomenu¹⁴⁵ na drugi strani. Smiselna je Dworkinova ugotovitev, da z enako tehniko rešujemo tako lahke kot težke primere, le da so pri lahkih primerih, odgovori na zastavljena razlagalna vprašanja tako očitni, da se procesa ne zavedamo.¹⁴⁶ Novak argumenta dedukcije in pravne politike ne razume kot dodatek ali dopolnilo klasičnim razlagalnim argumentom temveč kot »*intenziteto izoblikovanosti zgornje premise sodniškega silogizma*«. ¹⁴⁷

Kadar pa ustavno sodišče prekorači okvir, ki ga določa besedilo ustave ali preseže politično pravni argument s tem, da se spusti v politično argumentacijo, in pri tem mislimo politiko v širšem smislu¹⁴⁸, takrat govorimo o sodniškem aktivizmu. Med sodniški aktivizem Pavčnik uvršča tudi široko razlago pravnih načel in opozarja, da je ustavno sodišče pristojno, da presoja ali je zakonska ureditev v mejah pravnih načel in ne, da samo iz pravnih načel ustvari nova pravna pravila.¹⁴⁹ Bolj ko je besedilo ustave sko-

¹⁴² Prav tam.

¹⁴³ Prav tam, str. 334–335.

¹⁴⁴ Dworkin, 1985, str. 147.

¹⁴⁵ Novak, 2002, str. 337.

¹⁴⁶ Dworkin, 1986, str. 354.

¹⁴⁷ Novak, 2002, str. 338.

¹⁴⁸ Novak, 2002, str. 337; Dworkin, 1985, str. 147.

¹⁴⁹ Pavčnik, 2000, str. 413. Kot primer nedovoljenega sodniškega aktivizma Pavčnik navaja, razveljavitev posameznih besed norme s katerimi bi (je) ustavno sodišče na osnovi pravnega načela samo oblikovalo novo pravno pravilo.

po, nejasno, odprto in pomensko porozno večkrat bo razlagalec ustave,¹⁵⁰ prisiljen preseči golo dedukcijo in se zateči k argumentom pravne politike. Uporaba slednjih pa terja previdno stopanje in veliko pravniško modrost in sodniško zrelost.¹⁵¹ Načelo delitve oblasti tirja, da ustavno sodišče ne prestopa Rubikona, hkrati pa, da svojo pristojnost izvaja do robov mejá, ki mu jih določa ustava. Razlagalni proces ustavnih sodnikov mora tako potekati v smislu racionalne funkcije, katere graf se v neskončnost približuje limiti, ki pa je nikdar ne preseže.

6. Občine Ankarán – moč meča ali administrativna rešitev?

Pri iskanju odgovora na izhodiščno vprašanje, ali gre pri odločitvi USRS v primeru občine Ankarán za »oblast meča« ali za administrativno rešitev, lahko ugotovimo, da se je ustavno sodišče od političnih pogledov vse bolj osredotočalo na pravne vidike obravnavane problematike. Distanciralo se je od zakonodajnega procesa tako, da je zakonodajalcu priznalo vlogo, ki mu gre s tem, da lahko kadarkoli spremeni pogoje za ustanovitev občin in je pri tem povsem samostojen. V končni enačbi je povsem korektno izluščilo iz ustavnega besedila pomen in težo ljudske volje pri ustanavljanju občin. V razmislek pa nam ostane sklepni akt ustanovitve. Ustavno sodišče v zakonodajni proces materialno ni poseglo, in je v tem delu ostalo na pravi strani okvirja, ki ga zarisuje ustavno in zakonsko besedilo. To lahko trdimo tako glede razmejitve pristojnosti med zakonodajalcem in ustavnim sodiščem, kot glede vrednotenja kriterijev in smiselnosti ustanavljanja občin. Na tem mestu je opozoriti, da je bila razlagalna razsežnost pravilno različna ko je šlo za prvo fazo pred razpisom referendumu in drugo, zakonodajno fazo postopka, po izvedenem referendumu. Prva je zaradi svoje vsebinskosti vključevala več pravnopolitičnih argumentov kot druga, ki je bila bolj pravno tehnična, bolj formalna.

Odločbe ustavnega sodišča so obvezne za vse in vzvod, ki ga ima USRS za uveljavitev svojih odločb je njegov ugled in pravna zavest, pravičnost in navsezadnje morala vsakega konkretnega posameznika, ki je tako odločbo dolžan izvršiti. USRS je v prime-

¹⁵⁰ Bodi si ustavno, vrhovno sodišče ali morda ustavni svet, odvisno seveda od sistema ustavne presoje, ki ga je v svojem ustavnem sistemu uveljavila katera izmed držav.

¹⁵¹ Novak, 2002, str. 341.

ru Občine Ankaran uporabilo ustavno-sodno tehniko določitve organa in načina izvrševanja odločb in ustanovilo občino. Bolj na pravi strani okvirja ustavnega besedila pa bi ustavno sodišče ostalo, ko bi Državnemu zboru ponovno določilo rok za ustanovitev Občine Ankaran, samo pa bi, kot v primeru Prihove¹⁵² določilo, da je del območja Mestne občine Koper, na katerem je bil izveden referendum, do odprave neskladja samostojna Občina Ankaran (in seveda enako odločilo o potrebnih podrobnostih). V tem primeru bi ostalo sodišče povsem znotraj okvira ustavnega besedila, dočim se z odločbo U-I-137/10 močno nagiba preko teh meja.

Pravo je veda umetnosti jezikovnega izražanja in morda ni pretirano, če trdimo, da je prav v zgornji mali razliki tisti pravno-tehnični odgovor, ki bi bil ustavno-sodno bolj skladen z okvirjem ustavnega besedila, kot tisto, ki ga je v odločbi U-I-137/10 dalo USRS. Moralna razsežnost presoje USRS v sagi o ustanovitvi Občine Ankaran se odslikava v obrazložitvah njegovih odločb in ločenih mnenjih sodnikov. Iz njih je mogoče izluščiti moralno podstat razmišljanja posameznega ustavnega sodnika, ki ga je vodila v procesu, ki je v preseku vseh vodila v končne odločbe sodišča v tej sagi.

In kot že omenjeno, v prvem obdobju ustavno-sodnega odločanja o lokalni samoupravi in ustanavljanju občin in določitvi njihovih območji je bilo prisotne več vsebinske razprave in so se pravni argumenti prepletali s pravno političnimi in na nekaterih mestih presegali meje politike v ožjem smislu, kot jo pojmuje Novak.¹⁵³ V drugem obdobju je ustavno sodišče, pravilno, uporabljalo predvsem pravne argumente. V tem sklepnem obdobju je šlo za teoretično nestrinjanje med USRS in Državnim zborom in na mestu je Dworkinova misel iz *Law's Empire*, da čeprav se je zdelo, da se zakonodajalec in sodišče ne strinjata kaj ustava in zakon je (pomeni) se v resnici nista strinjala o tem kaj naj bi bil (pomenil).¹⁵⁴

7. Financiranje vzgoje in izobraževanja ali *venire contra factum proprium*

Odločbi ustavnega sodišča U-I-269/12 in U-I-110/16 po vsebini drugače urejata pravico do popolnega financiranja osnovnošol-

¹⁵² USRS Odločba U-I-294/98, 12. 10. 1998.

¹⁵³ Novak, 2008, str. 179.

¹⁵⁴ Dworkin, 1986, str. 7.

skega izobraževanja v zasebnih šolah, ker drugače opredeljujeta pojma »obvezni« in »razširjeni« program osnovnošolskega izobraževanja. Vprašanje je ali je v zadevnem primeru šlo za spreminjanje razlage ustavnega sodišča ali za njeno dopolnitev. Po mnenju ustavnega sodišča v odločbi U-I-110/16, je šlo za podrobnejšo razčlenitev prejšnjih stališč. Rezultati podrobne analize, ki smo jo izvedli v okviru diplomskega dela, ki ga povzemamo, pa so nas pripeljali do zaključka, da drugače opredeljeni pojmi v eni in drugi odločbi pomenijo povsem drugačno vsebino pravice, ki po razlagi ustavnega sodišča izhaja iz drugega odstavka 57. člena URS. Ne želimo se opredeliti do vprašanja katero razumevanje je pravilnejše, potrebno pa je pojasniti, da je vsebina pojmov, ki jo podaja obrazložitev odločbe U-I-269/12 avtonomna, opredelitev pojmov, ki jo podaja obrazložitev odločbe U-I-110/16 pa sledi vsebini, ki jo tem pojmom daje ZOsn.

Odgovor na zastavljeno raziskovalno vprašanje je torej jasen. V analiziranih odločbah gre za kršitev načela »*venire contra factum proprium*«, ki pa se, kot pravi nadaljevanje latinskega reka, nikomur ne spodobi. Spremembe sodne prakse so sicer dovoljene tudi ustavnemu sodišču, vendar jih mora spremljati kakovostna pravna utemeljitev.¹⁵⁵

Glavna moralna razsežnost zadeve leži v odgovoru na vprašanje ali pravica do javnega financiranja osnovnošolskega programa izhaja iz pravice, ki gre posamezniku ker je učenec, državljan, človek, kot del družbenega okolja v katerega se tudi s pomočjo osnovnošolskega izobraževanja bolj ali manj uspešno integrira, ali gre za pravno dobroto države zaradi zaščite javne koristi.

8. Odlok o začasni splošni prepovedi gibanja iz marca 2020 – vpliv morale posameznega sodnika na ustavno sodno odločanje

Poseben komentar si zasluži argument, ki je bil podan v zvezi z ne-relevantnostjo testa sorazmernosti. Da test sorazmernosti ne more pokazati drugačnega rezultata, kot ga večina v naprej opredeli in da služi kot sredstvo za upravičenje odločitve¹⁵⁶ je argument, ki lahko kaže, na prvi pogled, na možnost političnega, rezul-

¹⁵⁵ Pavčnik, 2017, str. 159.

¹⁵⁶ USRS LM Čeferin, Odločba U-I-83/20, 27. 8. 2020, 10. točka LM.

tatskega odločanja. Notranji miselni proces slehernega ustavnega sodnika poteka tako, da si po notranjem čutu v naprej misli kaj je prav, kaj je pravično in potem temu čutu išče potrditev. Trditi nasprotno bi bilo naivno. Argumenti s katerimi poskuša svojo odločitev, ki jo je notranje že (delno) sprejel, utemeljiti pa ga lahko prepričajo tudi v to, da jo spremeni, prilagodi. Kolegialnost ustavnega sodišča je namenjena prav temu, da sodniki drug drugega soočijo vsak s svojimi pogledom na pravičnost in pravo rešitev. Poskušajo se prepričati z argumenti, da dopolnijo, preoblikujejo ali popolnoma spremenijo svojo instinktivno izbiro.¹⁵⁷ Posebno stanje med epidemijo pa pomeni posebno stanje tudi za USRS. Kot je v svojem ločenem mnenju lepo zapisala sodnica Mežnar, da je po človeški plati odločitev sodišča lahko tudi posledica strahu pred neznano nevarnostjo zaradi katere v večji meri zaupa avtoriteti Vlade.¹⁵⁸

Če strnemo pregled ločenih mnenj ugotovimo, da bolj ko je vprašanje abstraktno in parametri odločanja (še) nedoločni ali težko določljivi, večjo vlogo ima pri odločanju posameznega sodnika, ki se na koncu iztečejo v tako ali drugačno odločitev sodišča, njegov osebni notranji pogled na vrednost posameznih dobrin, njegova notranja morala. Nanjo pa vpliva tudi ožja in širša družbena morala. Namenoma smo obravnavali temo, ki je aktualna po eni strani in abstraktna in neoprijemljivih parametrov na drugi strani. Izkazalo se je, da so ustavni sodniki uporabili precej manj pravnih argumentov kot v odločitvah drugih dveh raziskanih primerov. Več je bilo sklicevanja na pravno politične, pa tudi na povsem politične argumente v ožjem smislu. Polje vstopa morale v odločanje ustavnih sodnikov ja na tako pomensko odprtih področjih torej širše in okvir ustave prepustnejši za oblikovanje žive ustave.

9. Sklep

Kako torej morala vpliva na odločanje posameznega sodnika in sodišča v celoti? Analiza primerov je pokazala, da težji¹⁵⁹ ko je problem, ki ga v presojo vzamejo (dobijo) ustavni sodniki in bolj,

¹⁵⁷ Opisano navede sodnik Knez za svoj primer; USRS LM Knez, Odločba U-I-83/20, 27. 8. 2020, Uvod v LM.

¹⁵⁸ USRS LM Mežnar, Odločba U-I-83/20, 27. 8. 2020, str. 15.

¹⁵⁹ V Dworkinovem smislu.

ko so premise pomensko odprte, več je prostora za vstop morale v odločanje posameznega sodnika, ki končno rezultira v odločitvi večina ali/in v ločenih mnenjih posameznih sodnikov. Morala vstopa v ustavnosodno odločanje kot vrednostna ocena dejstev, kot merilo zornega kota iz katerega posamezni ustavni sodnik gleda na zastavljena vprašanja tehtanja. Vstopa pa tudi kot vsakemu sodniku lasten občutek za pravičnost, ki ga vodi k notranji sodbi o primeru, ki mu potem navzven išče prilegajočo pravno argumentacijo.

V primerih tehtanja najpomembnejših vrednot, ki jih varuje URS, se ustavni sodniki lahko znajdejo v položajih, ko se njihova osebna morala razlikuje od morale večine. Tak položaj se pogosto razreši z nestrinjanjem z večino in oblikovanjem odklonilnih ločenih mnenj v točkah nestrinjanja. Tu je pomembno opozoriti na razloček, ki ga pri tovrstnem tehtanju v zvezi z uporabo načel izpostavi Dworkin. Sodniki morajo po Dworkinovem mnenju slediti zavezujočim načelom in bi ravnali napak, če ne bi sledili tistim, ki se nanašajo na obravnavani primer.¹⁶⁰ Svoj moralni čut mora torej posamezni ustavni sodnik obrusiti ob zavezujočih ustavnih načelih, ki se nanašajo na primer, ki ga tehta, ni pa potrebno, da je njegovo stališče povsem skladno s splošno družbeno moralo. Ena od glavnih nalog ustavnih sodišč v demokratičnih družbah, ki so zasnovane na vladavini večine ljudstva je, da v tem položaju varuje manjšine, varuje posameznike.

Odgovor na vprašanje ali lahko ustavni sodniki prevzamejo funkcijo zakonodajalca, kadar se ravnanje zakonodajalca ne sklada z njihovim moralnim konceptom je vsaj dvoplasten. Najosnovnejši pogled na ustavno-sodno odločanje, ki smo ga predstavili v povzetem diplomskem delu je, da ustavni sodniki s svojo razlagalno dejavnostjo na nek način opredeljujejo, kaj je vsebina presojanih splošnih pravnih aktov ali konkretnih človekovih pravic v primerih posamičnih kršitev. V tem smislu so ustavni sodniki zagotovo moralni zakonodajalci, saj za razlago pomensko odprtih in poroznih premis podajajo njihovo vrednostno vsebino. Pri tem morajo vselej paziti, da ostajajo v pomenskem polju, ki ga jezikovno zarisuje URS.¹⁶¹

Globlje pa se nahaja odgovor na vprašanje kako naj sodišče ravna v primerih, ko je razložilo in odločilo, zakonodajalec pa

¹⁶⁰ Dworkin, 2011, str. 116.

¹⁶¹ O tem smo v pričujočem delu predstavili stališča predvsem Novaka (M.) in Pavčnika.

ostaja pasiven. Sodbe USRS so obvezne za vse in njih neizvrševanje je v nasprotju z URS pa tudi v nasprotju s pravičnostjo in moralo. V poglavju o zadevi Ankaran smo podrobno analizirali kakšno je bilo in kakšna bi po našem mnenju lahko bilo ravnanje USRS. Pokazalo se je, da s svojimi odločitvami in ravnanji ustavno sodišče, po našem prepričanju, lahko zadeve uredi tako, da ostane na pravi strani okvirov, ki jih sodišču predpisuje URS, a z njimi kljub vsemu uveljavi moralno pravično stanje. Lahko postavimo tezo, da je ustavno sodišče v rešitvi primera Ankaran, kot je predlagan v tem delu, vsebinski moralni zakonodajalec. V formalnem smislu zakonodajna pristojnost v okviru te rešitve, v sozvočju z načelom delitve oblasti, ostaja v rokah Državnega zbora. V ta kontekst sodi tudi odgovor na vprašanje ali si je USRS z odločitvijo v zadevi Ankaran prisvojilo oblast meča? Iz teze, predstavljene v zadevnem poglavju, izhaja prepričanje, da USRS te oblasti po ustavno skladni razlagi nima in da bi bila predlagana rešitev bolj ustavno-skladna.

Slednjič odgovorimo še na vprašanje, kako ravna in naj ravna sodišče v novih nepoznanih okoliščinah. Ustavni sodniki na nepoznanih področjih orjejo ledino in uporabljajo precej več pravnopolitičnih kot sicer. Prav je da tudi tu sledijo konceptu zavezujočih ustavnih načel, da tako ne bi tehtali in odločali samovoljno. Tehtanja ustavnih sodnikov naj se osredinijo na zavarovane vrednote v kolizij, izhajajo naj iz zavezujočih načel in podajo pravne in pravno politične argumente, za in proti, za obe zavarovani vrednosti v koliziji. Da v izhodišču vsak ustavni sodnik zase, na podlagi lastnega občutka za pravičnost, izbere vrednoto, ki je, v skladu z njegovo osebno moralo, pomembnejša je naravno in ni problematično. Problematično bi bilo in je, če ustavni sodnik ni odprt za argumente svojih kolegov, če rezultatov, ki jih je dal seštevku njihovega občutka za pravičnost in njihovih argumentov ne pretehta ali jih prezre. Takšno ravnanje bi bilo v nasprotju z bitjo ustavnega sodišča kot kolegijskega organa pravnih strokovnjakov in varuhov človekovih pravic posameznikov pred (samo) voljo (večine) ljudstva.

Ustavni sodnik naj je svetilnik pravičnosti in naj s svojim razlogovanjem in ravnanjem skrbi, da je zakonodaja, v ustavnem okviru, v sozvočju z najvišjimi moralnimi standardi življenja človeštva.

LITERATURA IN VIRI**Monografije**

- Aristoteles, (2016). *Nikomahova etika*. Ljubljana: Slovenska matica.
- Avbelj, M., et al. (2021). *Ideologija na sodiščih*. Nova Gorica: Nova univerza.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2013). *Taking rights seriously*. London: Bloomsbury Academic.
- Kaufmann, A. (1994). *Uvod v filozofijo prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Kos, J. (1970). *Oris filozofije*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Novak, M. (2003). *Delitev oblasti: Medigra- prava in politike*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Novak, M. (2008). *Poglavja iz filozofije in teorije prava, Problem sodniškega aktivizma*. Nova Gorica: Evropska pravna fakulteta.
- Novak, M. (2010). *Uvod v pravo*. Nova Gorica: Evropska pravna fakulteta.
- Pavčnik, M. (2015). *Čista teorija prava kot izziv = Reine Rechtslehre als Anregung*. Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2017). *Iskanje opornih mest*. Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2019). *Teorija prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Svete, S. (2021). *Ustavni sodnik kot moralni zakonodajalec (diplomsko delo)*. Nova Gorica: Nova univerza, Evropska pravna fakulteta.

Članki v revijah

- Cerar, M. (2000). *Pravo in politika. Podjetje in delo*, let. XXVI, št. 6-7.
- Novak, M. (2000). *Občutek za pravičnost*. *Pravnik*, let. 55, št. 1-3, str. 77-93.
- Novak, M. (2002). *Problem sodniškega aktivizma*. *Pravnik*, let. 57, št. 6-8, str. 327-346.
- Novak, M. (2006). *Pomen morale v pravu: o relativnosti ločitvene teze*. *Pravnik*, let. 61, št. 1-3, str. 5-26.

Poglavja v knjigah in zbornikih

- Dworkin, R. (2011). *Model pravil I. V: Izbrane razprave / Novak, A. (ur.)*. Ljubljana: GV Založba, str. 93-136.
- Jones, G.H. (1999). *Sir Edward Coke. V: Encyclopædia Britannica / Augustyn, A. et al. London: Encyclopædia Britannica, inc. URL:https://www.britannica.com/biography/Edwaed-Coke*, 8. 1. 2022.
- Kaučič, I. (2019). 3. člen. V: *Komentar Ustave Republike Slovenije / Avbelj, M. (ur.)*. Ljubljana: Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, str. 56-64.
- Morala. (1975). V: *Slovar slovenskega knjižnega jezika / Bajec, A., et al. Ljubljana: SAZU, Inštitut za slovenski jezik*, str. 838.
- Novak, A. (2018). *Izbrani odlomki iz zgodovine pravne misli. V: Uvod v pravoznanstvo / Cerar, M., Novak, A., Pavčnik, M. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije*.
- Novak, M. (2019). 125. člen. V: *Komentar Ustave republike Slovenije / Avbelj, M. (ur.)*. Ljubljana: Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, str. 272-279.
- Pavčnik, M. (2000). *Pravni in ustavni temelji prava. V: Ustavno sodstvo / Pavčnik, M., Mavčič, A. (ur.)*. Ljubljana: Cankarjeva založba, str. 391-431.
- Pavčnik, M. (2013). *Ustavnoskladna razlaga (zakona). V: (Ustavno) sodno odločanje / Pavčnik, M., Novak, A. (ur.)*. Ljubljana: GV Založba, str. 65-101.
- Pravica. (1979). V: *Slovar slovenskega knjižnega jezika / Bajec, A., et al. Ljubljana: SAZU, Inštitut za slovenski jezik*, str. 966.
- Pravičnost. (1979). V: *Slovar slovenskega knjižnega jezika / Bajec, A., et al. Ljubljana: SAZU, Inštitut za slovenski jezik*, str. 967.
- Pravičnost. (1993). V: *Katekizem katoliške Cerkve. Ljubljana: Slovenska škofovska konferenca*, str. 468, paragraf 1807.
- Zakonodajalec. (1991). V: *Slovar slovenskega knjižnega jezika / Černelič, I., et al. Ljubljana: ZRC SAZU, Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša*, str. 672.
- Zakonodajalec. (2018) V: *Pravni terminološki slovar / Dugar, G., et al. Ljubljana: ZRC SAZU, Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša*, str. 396.

Pravni viri

Ustava Republike Slovenije (URS). Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99 IN 75/16 UZ70a.

Zakon o sodniški službi (ZSS). Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 91/09, 33/11, 46/13, 69/13 – popr., 95/14, 36/19 – ZDT-1C.

Zakon o sodiščih (ZS). Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDLS-A, 63/13, 17/15, 23/17 – ZSSve, 22/18 – ZSICT, 16/19 – ZNP-1, 104/20 in 203/20 – ZIUPOPĐVE).

Sodna praksa

USRS Odločba U-I-83/94, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 14. 7. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.83.94.

USRS Odločba U-I-294/98, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 12. 10. 1998, ECLI:SI:USRS:1998:U.I.294.98.

USRS Odločba U-I-137/10, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 26. 11. 2010, ECLI:SI:USRS:2010:U.I.137.10.

USRS Odločba U-I-110/16, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 12. 3. 2020, ECLI:SI:USRS:2020:U.I.110.16.

USRS Odločba U-I-269/12, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 4. 12. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:U.I.269.12.

USRS Odklonilno ločeno mnenje sodnika dr. Čeferina k Odločbi U-I-83/20, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 27. 8. 2020, ECLI:SI:USRS:2020:U.I.83.20.

USRS Pritrdilno ločeno mnenje sodnika dr. Kneza k Odločbi U-I-83/20, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 27. 8. 2020, ECLI:SI:USRS:2020:U.I.83.20.

USRS Odklonilno ločeno mnenje sodnice dr. Mežnar k Odločbi U-I-83/20, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 27. 8. 2020, ECLI:SI:USRS:2020:U.I.83.20.

Drugi viri

Pogorelec, J. (2014). Sistem zakonodajne, izvršilne in sodne oblasti in razmerja med njimi. Drsnice. https://ua.gov.si/media/1280/drzavna_ureditev_pogorelec_2014.pdf, 8. 1. 2022.