



**NOVA
UNIVERZA**

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

O slovenski ustavnosti

Jan Zobec

Article information:

To cite this document:

Zobec, J. (2014). O slovenski ustavnosti, Dignitas, št. 61/62, str. 13-58.

Permanent link to this document:

[https://doi.org/ 10.31601/dgnt/61/62-3](https://doi.org/10.31601/dgnt/61/62-3)

Created on: 16. 06. 2019

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

O slovenski ustavnosti

Jan Zobec

»When a man is denied the right to live the life he believes in, he has no choice but to become an outlaw.« (Mandela v svoji biografiji, 1994)

POVZETEK

Legitimnost prava temelji na njegovi skladnosti z ustavo. Ustava je namreč temeljni družbeni konsenz, ki konstituira na temeljnih etičnih postulatih delujočo družbo. Pravo brez ustavnosti je kot katolištvo brez krščanstva. Na posameznih sodnih primerih, izvirajočih iz sporov iz različnih totalitarnih obdobj avtor pokaže na izmuzljivo in težko opredeljivo razmerje med pravo in moralo. Nato pojasni vse tri vire slovenske ustavnosti ter se opredeli do njenega jedra. V osi slovenske ustavne identitete so suverenost slovenskega naroda, človekovo dostojanstvo, njegova svoboda, demokratična in pluralna družba ter vladavina prava. Tako kot evropsko so tudi slovensko ustavno identiteto neizbrisno zaznamovale izkušnje vseh treh totalitarizmov prejšnjega stoletja, še posebej komunističnega. Avtor se nato ukvarja z razkorakom med ideali ustavništva in aktualno dejanskostjo ter pokaže na nekaj izrazitih in značilnih primerov krize ustavnosti, ki jo otipljivo občutimo kot napredujoče vsesplošno poslabšanje ekonomskih, finančnih, socialnih, življenjskih in kulturnih razmer. Posebna pozornost jer namenjena sodstvu in iskanju vzrokov za anomalije, ki se kažejo kot ostanki starorežimske miselnosti – poleg pretiranega pozitivizma in avtoritarne kulture, odsotnost diskurza, kriptičen, tehnično-legalističen način pisanja sodb, težave z razumevanjem precedensov, težave s poenotenjem sodne prakse in z uporabo prava EU. Dodaten problem pomeni kadrovanje sodnikov in kadrovska politika. Kot izhod iz vsesplošne krize se kažejo tri

možnosti. Vendar katerikoli scenarij se bo že uresničil, bo moral pripeljati do narodove sprave, ki pa se bo morala najprej začeti pri bistvenem – pri temeljnem odnosu do človečnosti.

Ključne besede: ustavnost, Slovenija, pravo in morala, kriza, sodstvo

On Slovenian constitutionality

ABSTRACT

The legitimacy of law is based on its harmony with a state's Constitution. It is precisely the Constitution as a societal agreement which constitutes a society based on fundamental ethical postulates. Law without constitutionalism is like Catholicism without Christianity. By exposing particular judicial cases, all concerning the resolution of legal disputes deriving from different periods of the totalitarian past, the author indicates the slippery and scarcely definable relationship between law and morals. He then continues to elucidate the three sources of Slovenian constitutionality and defines its core essence. The values of sovereignty of the Slovenian people, human dignity, liberty, a democratic and pluralistic society, and the rule of law lie on the very axis of Slovenian constitutionality. Slovenian and European, constitutional identity has been indelibly marked by the experiences of all three totalitarianisms, particularly communistic ones. The author then deals with the discrepancy between the ideals of constitutionality and the current Slovenian facticity. He points out some explicit and characteristic examples of the crisis of constitutionality, perceived as the tangible progression of the overall deterioration of economic, financial, social, living and cultural conditions. Particular attention is paid to the judiciary and to the search for sources of anomalies appearing as remnants of the old-regime judicial mentality. These include excessive positivism and an authoritarian culture, but also a lack of the culture of discourse, a cryptic and technical-legalistic way of writing judicial opinions, difficulties in understanding precedents, troubles with unifying case law, and problems regarding the application of EU law. In addition, there is the problem of the recruitment and promotion of judges. The author concludes by indicating three ways out of the overall crisis. However, in any case, national reconciliation is inevitable. And it

should begin with the essential, namely the fundamental, relation to humanity.

Keywords: constitutionality, Slovenia, law and morality, crisis, judiciary

Ko razmišljam o svoji državi kot pravnik, najprej pomislim na ustavo – na ustavo kot emanacijo vseobsegajočega nacionalnega soglasja o bistvenih in za obstoj naroda nujnih aksioloških prvinah, na katerih je utemeljeno sobivanje državljanov in državljanek. Zato bom začel s pomenom ustavnosti in slovenske ustavne identitete ter nadaljeval z razmerjem med pravom in moralo. Nato bom predstavil svoje poglede na izvore slovenske ustavne identitete, na temeljni ustroj ustavnega reda, njegovo trajno, neusahljivo in neodtujljivo jedro, nadaljeval bom z razkorakom med ustavno deontologijo in slovensko ontološko dejanskostjo ter s predstavitvijo pogledov na stanje v slovenskem sodstvu, končal pa s svojim pogledom na reševanje krize, ki jo preživljamo, in ki je, upam si reči, kriza ustavnosti.

1. Ustavnost

Zakaj torej najprej o ustavi, zakaj ne o pravu, če je vendar pravo tista, na prvi pogled neotipljiva sila, ki iz neke agregacije posameznikov naredi družbo (*ubi societas ibi ius*), in ki iz Hobbesovega stanja vojne vseh zoper vse (*bellum omnium contra omnes*) ustvari prapogoj za človeka vredno življenje in hkrati zagotovi prvi temelj, ki omogoči razvoj človeške družbe. Hobbesov koncept je treba vzeti samo kot teoretično prisposodobno. Težko si je namreč predstavljati, da bi bilo predpravno stanje vojne vsakogar zoper slehernega pozicijsko in trajajoče. Slej ko prej se je končalo z zmago in s podreditvijo fizično premaganega zmagovalcu, ali pa do vojne niti ni prišlo, ker se je šibkejši že vnaprej predal in priznal premoč fizično močnejšega (kot je to v živalskem svetu). Premaganec – obvladovanec (fizično šibkejši) se je podredil volji in pravilom igre fizično močnejšega zmagovalca. Samo navidezno so bila ta pravila igre pravo. V resnici namreč niso bila nič drugega kot v ukaze spremenjena vsakokratna in trenutna volja diktatorja. Obvladovanec se ji je podrejal samo do trenutka, ko se je razmerje moči zamenjalo. Da je tako stanje v vsem svojem bistvu nepravno, nasprotno temeljni premisi, iz katere je izpeljan postulat »*non sub*

homine, sed sub Deo et lege«, ni treba posebej utemeljevati. Njegova, se pravi zmagovalčeva, zavojevalčeva in – zaradi grožnje z uporabo njegove (privatne) fizične sile – ustrahovalčeva volja je bila »zakon«, in tako kot on, samodržec ni bil podvržen nobenim omejitvam, je bila tudi njegova volja, ki se je bila izenačila z zakonom, neomejena, nenadzorovana, predvidljiva pa samo toliko, kot sta bila predvidljiva razvoj in spreminjanje njegove volje (ali drugače, kolikor mu je bilo mogoče voljo in želje brati iz oči). Obvladovani tedaj niso bili podvrženi pravu, ampak njegovi volji. Tudi če je bila milostna, je bila taka zato, ker je on tako hotel, ker se mu je takrat pač tako zazdelo. Tisto, na čemer tako »pravo« temelji, je groba fizična sila. To je tisto, kar mu daje »legitimnost« in kar ga na koncu, kot pravi Gustav Radbruch v prvi od *Petih minut filozofije prava*, z njo tudi izenači. Pravni učenjak potem za te skrajne primere tudi logično sklene: »Pravo je le tam, kjer je moč.«¹

Tisto, kar takemu »pravu« primanjkuje, je legitimnost – legitimnost, ki neko voljo, ki se ji morajo posamezniki in njihove asociacije podvreči (pravilneje, jo sprejeti ali celo ponotranjiti), naredi utemeljeno, kar pomeni, da je v določenem družbenem kontekstu (prepletu kulturnih, zgodovinskih in socialnih okoliščin) moralno etično sprejemljiva in sposobna biti najmanjši skupni imenovalec normativne integracije prebivalstva. Pravo je namreč v pretežnem delu primarno učinkovito, saj je, že čisto pragmatično gledano, preprosto nemogoče, da bi vsakomur za ovratnik dihal policaj. Za primarno učinkovitost prava pa je nujen temeljni družbeni dogovor, ki ustanovi, konstituirajo na temeljnih etičnih postulatih delujočo družbo. In ta vrhovni ter hkrati temeljni konsenz je ustava. Šele z ustavnostjo zakon pridobi legitimnost (legitimen je toliko, kolikor je skladen z ustavo). Zato ima G. Harutyunyan prav, ko parafrazira prejšnji latinski izrek (*ubi societas ibi ius*) v *ubi constitutionalism ibi ius* – kjer je ustavnost, tam je tudi pravo.²

Poleg organizacijske, čisto formalne, tehnično državnopravne vloge, s katero ustanavlja in ureja državne organe ter državne institucije in njihova medsebojna razmerja, pristojnosti in odgovornosti, je smisel Ustave, da s svojimi vrednotami, ki niso drugega kot ustavna inkarnacija temeljnih moralno-etičnih vrednot

¹ G. Radbruch, *Pet minut filozofije prava* (Fünf Minuten Rechtsphilosophie), slov. prevod (A. Maček) v: Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, ponatis študijske izdaje, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 268.

² Gl. G. Harutyunyan, *Constitution and Constitutionalism in the Context of Constitutional Culture of the New Millennium* v: G. Harutyunyan (ur.): *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of reality and Challenges*, NJHAR, Erevan 2013, str. 37, 42.

družbe, daje pravo legitimnost. Agregacija posameznikov postane družba šele, ko je pravno urejena. Pravno (legitimno) urejena pa je šele, ko je postava, ki jo ureja, ustavna. Pri tem niti ni nujno, da je ustava sploh zapisana (nekateri države nimajo zapisane ustave, npr. Anglija, a zaradi tega niso nič manj ustavne od tistih z zapisano ustavo) ali da je zapisana izčrpno (v norveški ustavi npr. ni izrecno zapovedana neodvisnost sodstva, čeprav je to tudi tam nesporen ustavni postulat – in norveško sodstvo je dejansko neodvisno, bistveno bolj kot marsikje, kjer je ta kvaliteta izrecno ustavno zajamčena); bistveno je, da je pravo prepojeno s postulati ustavnosti in da s to kakovostjo usmerja ne samo razmerja med državo in posameznikom (tako v pomenu pravnega omejevanja njenih oblastnih organov z ustavnimi načeli ter s človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami kot tudi glede njenih pozitivnih dolžnosti do državljanov), ampak tudi ravnanja in razmerja med posamezniki in njihovimi združenji.³

Ustava kot formalna, v besede kristalizirana ustavnost sama po sebi še ne daje jamstva ustavnosti. Besede se ne morejo udejanjiti same od sebe. Tako v preteklosti kot danes je (bilo) veliko držav z zapisano ustavo, ki je bolj ali manj plašč, v katerega so odete diktature, avtorski ali totalitarni režimi, države, ki so ustavne Potemkinove vasi, države s parazitskimi ustavami, kot so tudi države, ki nimajo zapisane ustave, pa kljub temu delujejo kot ustavne demokracije. Zato je vprašanje, ali ima država ustavo, dejanske narave, na katerega je večinoma lahko odgovoriti. Nasprotno pa na vprašanje, ali ustava ustreza pojmu ustavnosti, ni mogoče odgovoriti brez določene normativne evaluacije. Ustavnost je ideal, ki se mu je mogoče bolj ali manj približati, ideal, ki je dinamičen, podvržen zgodovinskim, političnim in ekonomskim izkušnjam, spreminjajočemu se družbenemu kontekstu in kulturnemu razvoju. Tudi za ustavnost velja (prirejena) modrost, da ni vprašanje, ali je bil Sokrat moralna osebnost, vprašanje je le, kdaj in kje je bila ta lastnost prepoznana. Ali, kot je ugotovil T. Jefferson, vsaka ge-

³ Gl. znamenito sodbo nemškega Zveznega ustavnega sodišča v zadevi Lüth (BVerfGE 7, 189), s katero je bil prvič uveden t. i. horizontalni učinek temeljnih pravic (*Drittwirkung*). V tej sodbi sodišče med drugim pravi, da temeljni zakon (ustava) ni vrednotno nevtralen dokument ter da je v odseku o temeljnih pravicah ustanovljen objektivni red vrednot, ki močno krepi učinkovitost temeljnih pravic. Ta sistem vrednot, ki se osredotoča na dostojanstvo človeka in na svoboden razvoj njegove osebnosti v družbeni skupnosti, velja za vsa pravna področja ustavnosodne presoje. Pomeni merilo vseh ravnanj na področju zakonodaje, javne uprave in sodstva. Zato je samoumevno, da temeljne pravice vplivajo na civilno pravo. Sleherna določba civilnega prava mora biti skladna s sistemom vrednot in vsaka tovrstna določba mora biti razložena v tem duhu.

neracija ima pravico napisati svojo ustavo. Kar se tudi dogaja; ne dobesedno, pač pa z razvojem ustavnega prava prek ustavnosodne razlage odprtih ustavnih besedil. Ustavno varovane vrednote ne živijo v socialnem vakuumu in nikoli v idealnem sobivanju. Večina med njimi si je v konfliktu, npr. pravica do osebnega dostojanstva in pravica do obveščenosti, interesi varnosti in pravica do zasebnosti, svoboda (recimo na premoženjskem področju) in zdravo okolje itd. Tudi praktična konkordanca med njimi ni nekaj statičnega, nespremenljivega, vnaprej danega in večnega. Ustavno ravnotežje se spreminja v času in prostoru, kot se spreminja sama družba in njen ustroj, v odvisnosti od dinamike kulturnega, tehničnega in socialnega konteksta človeškega sobivanja. Vendar tisto, kar ostaja, je nedotakljivo, večno jedro ustavnih vrednot, še posebej, ko gre za človekovo dostojanstvo, pravir človekovih pravic in temeljnih svoboščin, in za neposredna ustavna orodja, ki ga zagotavljajo: oblast ljudstva, vladavina prava, delitev oblasti, enakost v človekovih pravicah in svoboščinah.

2. Pravo in morala

Kljub dejanskemu prekrivanju ustavnih vrednot in temeljnih moralno-etičnih postulatov družbe ter kljub nespornemu in zgodovinsko potrjenemu dejstvu, da so imela moralna pojmovanja močan vpliv na razvoj pravnih sistemov in obratno, da je imelo pravo močan vpliv na oblikovanje moralnih standardov,⁴ pa ustavnosti ne gre enačiti z vladavino morale. Že pred več kot sto leti je J. C. Gray ugotovil, da pravo ni ideal, ampak nekaj, kar dejansko obstaja – ni nekaj, kar je v skladu z vero, naravo ali moralo, ni nekaj, kar bi moralo biti, ampak je to, kar je.⁵ Ločevati je torej treba med pravom, kakršno je, in pravom, kakršno bi moralo biti. Pravo je pač pravo, pravo kot pravo (*Gesetz als Gesetz*). V nadaljevanju bo pojasnjeno, da gre tu za strogi (apologetski, ekskluzivni) pozitivizem, ki je (v prejšnjem stoletju) upravičeval tudi skrajno zlo v preobleki prava.

Prav tako je lahko nevaren tudi metafizični pristop, ki pravo izenačuje z moralo, z naravnim pravom ali s katerimkoli

⁴ Gl. H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review, št. 4 (1958), str. 593–629, str. 597, 598.

⁵ J. C. Grey, *The Nature and the Sources of the Law*, The Columbia University Press, New York 1909, str. 92.

zunajpravnim vrednostim merilom pravnosti. Nevaren, ker bi to pomenilo, kot opozarja analitični pozitivist Hart, da bi se pravo in njegova avtoriteta lahko pomešala v pojmovanju tega, kaj je pravo in kaj bi moralo biti, s čimer bi obstoječe (veljavno) pravo lahko izpodrinilo moralo kot končnega razsodnika o določenem ravnanju ter se tako izognilo kritiki.⁶ Zgodovinske izkušnje s totalitarizmi, kjer si je »moralna« podredila pravo, to potrjujejo. Socialistično pravo se je rado sklicevalo na socialistično moralo ter s tem pridobilo možnost nadzora nad moralo. Enako tudi v nasprotni smeri: »moralna« odprtost prava je ob odsotnosti doktrine stare *decisis* ogrožala pravno varnost in obenem na široko odpirala vrata arbitrarnosti. Kar je nasprotovalo socialistični morali, je bilo tudi protipravno. In obratno. To je bilo še posebej izrazito v zgodnjem, t. i. antiformalističnem obdobju, ko je prevladovala ideologija združitve prava in morale. Zanimiva je tudi podobnost z nacionalsocialističnim pravom. Tako je vodilni nacistični pravnik Hans Frank označil koncept prava na zelo podoben način: »Pravo je tisto, kar koristi nemškemu narodu.«⁷ Prav ima seveda Radbruch, ki v drugi od *Petih minut pravne filozofije* pove ravno nasprotno: »Le tisto, kar je pravo, koristi narodu.« Kljub temu pa, če ostanem pri Radbruchu, pravo in morala nista (in v resnici ne smeta biti) dva popolnoma ločena svetova. Kot ugotavljata R. Dreier in S. L. Paulson, »je do ustrežljivosti nemških pravnikov v odnosu do prava tretjega rajha prišlo tudi zaradi kombinacije dveh nadlog: izkrivljenega zakonskega pozitivizma, ki je menil, da dolguje poslušnost tudi očitno nepravni zakon, in izkrivljenega »naravnopravnega razmišljanja«, ki je vodilo v to, da so splošne klavzule tradicionalnega prava razlagali v imenu surove rasne teorije.«⁸ Apologetskemu (v resnici vulgarnemu) pozitivizmu tretjega rajha, po katerem je »zakonodajalec sam svoj gospod in ga ne zavezujejo nobene druge omejitve razen tistih, ki si jih je v ustavi in zakonih postavil sam«,⁹ je treba nasproti postaviti »žlahtni znanstveni pozitivizem, [ki] gradi na

⁶ Gl. H. L. A. Hart, prav tam, str. 597, 598.

⁷ Povzeto po Z. Kühn, *The Judiciary in Central and Eastern Europe – Mechanical Jurisprudence in Transformation?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, str. 107, 108.

⁸ Gl. R. Dreier, S. L. Paulson, *Uvod v Radbruchovo »Filozofijo prava« v: Gustav Radbruch, Filozofija prava* (prev. A. Maček), GV Založba, 2007, str. 314.

⁹ (Nemško) državno sodišče v civilnih zadevah – RGZ 118 (1928) 327 – cit. po M. Pavčnik, *Zakonsko (ne)pravo*, Zbornik za Alenko Šelih, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Pravna fakulteta, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2013, str. 43.

predpostavki, da je pozitivno pravo kolikor toliko vsebinsko pravilno (človeško)«. ¹⁰

Vprašanje pa je, ali ne gre tu za nedoslednost, ko na koncu morala vstopa na mesto prava. In to tudi, če rečemo, da bi moral vsak pravnik in sodnik zavrniti uporabo zakonov, ki kršijo temeljna načela človekoljubne morale (ne zato, ker so taki zakoni samo nemoralni ali nepravilni, ampak zato, ker sploh nimajo lastnosti prava). Zato ima Hart verjetno prav, ko pravi, da je veljavnost pravnega pravila odvisna od odgovora na moralno vprašanje: Ali se je treba temu pravnemu pravilu pokoriti? In tudi potem, ko nadaljuje, da je pristno liberalen odgovor na kakršnokoli zlonamerno uporabo slogana »pravo je pravo« ali na popolno različnost prava in morale naslednji: »Zelo dobro, vendar to ne odgovori na vprašanje. Pravo ni morala; in zato naj ne izpodrine morale.« ¹¹ Nevarnost mešanja prava in morale po njegovem mnenju privede do oslabitve ene od najmočnejših oblik moralne presoje (najmočnejših zato, ker je najenostavnejša). V tem je tudi bistvo njegovega očitka Radbruchu. Primernejši se mu zdi enostaven utilitaristični pristop, po katerem so zakoni pravo, vendar, in zdaj smo pri bistvenem, kadar so zlo, ne zavezujejo. To je moralna obsodba, ki je vsakomur razumljiva. Če pa uporabimo Radbruchovo izpeljavo, da zli zakoni niso pravo, se, tako meni Hart, pojavijo številne (filozofske) dileme in pomisleki, predvsem pa bodo ljudje tako izpeljavo težko sprejeli (doumeli). ¹² Kljub konceptualnim razlikam pa med obema pristopoma v resnici ni pomembnih praktičnih razlik. Na koncu bo vselej (kar bo na nekaj praktičnih nemških primerih prikazano v nadaljevanju), kot pravi Hart, odločila izbira, tehtanje (npr. med kršitvijo prepovedi retroaktivnosti in zločinskim zakonom), katero zlo je manjše. ¹³

¹⁰ Gl. M. Pavčnik, prav tam, str. 44. Avtor pojasnjuje, da je »pravo [...] tudi vrednostni pojav in je sestavljeno iz vrednostnih odločitev, ki ne smejo zdrsniti pod ustrezen etični minimum, če hočejo ohraniti naravo prava. Če je etični minimum prekoračen, smo že pri točki, ki je »neznosna« oziroma ki je »groba motnja« prava.« (prav tam, str. 49). In na tej točki se pogleda Radbrucha in Pitamica ujemata. Medtem ko prvi govori o »neznosnosti«, drugi enako lastnost, ki izključuje pravnost, poimenuje »groba motnja«. Pravo zaradi grobe motnje v svojem bistvu tako spremeni svojo naravo, da kot pravo ne obstaja več (gl. L. Pitamic, *Naturrecht und Natur des Rechtes*, slovenski prevod: *Naravno pravo in narava prava v: Leonid Pitamic, Na robovih čiste teorije prava*, ur. M. Pavčnik, prevod V. Lamut, Pravna fakulteta, 2005, str. 115).

¹¹ Gl. H. L. A. Hart, v op. 4 nav. delo, str. 618.

¹² Prav tam, str. 620, 621.

¹³ Prav v tem je pomembna doktrinarna razlika med Radbruchovim in Hartovim konceptom. Trditev, da zakonsko zlo ni pravo, zakriva resnično naravo problema in opogumlja romantični optimizem, da se vse vrednote dokončno prilagajajo enemu samemu sistemu ter da nobene od njih ni treba žrtvovati ali podrediti drugi (gl. H. L. A. Hart, v op. 4 nav. delo, str. 620).

Štirje »ovaduški« primeri

Apologetski pozitivizem je bil poražen z Radbruchovo razpravo *Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo*, ki je bila prvič objavljena leta 1946, v praksi pa z judikaturο nemških sodišč že neposredno po koncu druge svetovne vojne. Znano je sojenje pred Thürinškim porotnim sodiščem v Nordhausnu, ki ga navaja Radbruch v omenjeni razpravi. Proces se je končal z obsodbo sodnega uslužbenca na dosmrtno ječo, ker je z ovadbo povzročil obsodbo in usmrnitev trgovca, ki je na stranišču pustil letak s protinacistično vsebino (čeprav obsodba trgovca ni temeljila samo na letaku, ampak tudi na poslušanju tujih oddajnikov). Znan je tudi primer, ki ga je obravnavalo Višje deželno sodišče Bamberg. Obsojena je bila ženska, ki se je leta 1944 hotela znebiti svojega moža na način, da ga je v času, ko je bil na vojaškem dopustu, prijavila oblastem zaradi žaljivih opazk na račun Hitlerja. Soprog je bil aretiran in obsojen na smrt. Smrtna obsodba sicer ni bila izvršena (obsojenec je bil poslan na fronto), vendar je bila njegova žena obtožena protipravnega odvzema prostosti (kar je po nemški kazenski zakonodaji kaznivo že vse od leta 1871). Obtoženka se je sklicevala, da je bil njen mož zaprt v skladu s tedanjo zakonodajo in da zato ni storila kaznivega dejanja. Apelacijsko sodišče, ki jo je spoznalo za krivo, je navedlo, da je bil zakon, na katerega se je sklicevala, v nasprotju z zdravo in normalno zavestjo in z občutkom pravičnosti slehernega spodobnega človeškega bitja.¹⁴

Temeljna moralna načela so bila odločilna tudi v zadevi, ki jo je 5. decembra 1947 obravnavalo Višje deželno sodišče Celle. Begunko iz Vzhodne Prusije, ki je znancem, h katerim se je zatekla pred napredujočo Rdečo armado, pripovedovala o neznosnih življenjskih razmerah in hitrem napredovanju Rusov ter o tem, da nihče več ne verjame v Hitlerja, je njen gostitelj v Göttingenu prijavil Gestapu. Sledila je aretacija begunke in zapor vse do prihoda ameriške vojske spomladi 1945, zaradi česar se je njeno zdravje hudo poslabšalo. Zoper ovaditelja je vložila odškodninsko tožbo, ki je temeljila na par. 826 nemškega Državlanskega zakonika (v nadaljevanju BGB), po katerem je odškodninsko odgovoren, kdor namenoma drugemu povzroči škodo na način, ki nasprotuje dobrim običajem. Čeprav takrat, ko je bilo dejanje storjeno (ob koncu leta 1944), sodstvo v ravnanju ovaditelja ne bi videlo kršitve

¹⁴ Povzeto po H. L. A. Hart, v op. 4 nav. delo, str. 618, 619.

dobrih običajev (toženec je namreč storil, kar je bilo v tistih bizar-no norih časih pričakovano in zaželeno), je tri leta kasneje tožnici priznalo odškodnino za namerno povzročeno škodo s kršitvijo dobrih običajev. Reklo je, da je ovaditelj prekršil splošno spodobnost na podel način (vedel je namreč za samovoljnost in brutalnost nacistične policije, tudi ko je šlo za povsem vsakodnevne politične opazke in komentarje). Čeprav tega ni izrecno navedlo, je bila kršitev temeljnih moralnih načel tisto, kar je sodišče pripeljalo do sklepa o izpolnjenosti dejanskega stanu iz par. 826 BGB.¹⁵

Sedeminštirideset let kasneje se je nemško civilno sodstvo ukvarjalo s podobno zadevo, le da tokrat zaradi kolapsa drugega (komunističnega) totalitarizma, ki je svojo moč prav tako gradil na zlorabi prava. Vzhodnonemški učitelj prava je hotel leta 1985 prebegniti v Zahodno Nemčijo in svoj namen zaupal nečaku, ki je (do takrat) užival njegovo polno zaupanje. Nečak je strica nemudoma naznanil Stasiju ter se vključil v aktivno zaroto proti njemu in drugim udeležencem nameravanega prebega ter zloglasno policijo tekoče obveščal o razvoju načrtov za prebeg. Zgodba se je končala s stričevo aretacijo in dvoletnim bivanjem v zaporu, občasno tudi v samici. Po padcu Berlinskega zidu je stric zoper nečaka vložil odškodninsko tožbo za pretrpelo škodo kot posledico ovadbe. Temeljna dilema je bila, ali naj sodišče glede na to, da je bila škoda povzročena na ozemlju bivše Nemške demokratične republike (v nadaljevanju NDR), uporabi pravo, ki je tedaj veljalo na tem ozemlju. Toženec se je namreč branil, da je kazenski zakonik NDR zapovedoval prijaviti vsakršne načrte za prebeg iz države. Kako naj bi bil odškodninsko odgovoren za dejanje, če je bila za opustitev takega dejanja predvidena kazen do petih let zapor. Zvezno sodišče (BGH) je bilo mnenja, da je bila ta kazenskopravna določba v nasprotju z mednarodnim paktom o državljanskih in političnih pravicah, ki ga je ratificirala tudi NDR, in sicer s svobodo gibanja. Vendar ničnost kazenskopravne določbe po mnenju BGH še ni mogla avtomatično pomeniti neutemeljenosti toženčevega ugovora. Bilo bi preveč, če bi od pravnih laikov zahtevali prepoznavo ničnosti zakonske norme, ki so jo državni organi NDR, vključno s sodstvom pogosto uporabljali. Pomembno pa je sporočilo BGH, ki po mnenju literature spominja na prej omenjeno zadevo pred

¹⁵ Sodba OLG Celle z dne 5. 12. 1947 [1948], *Monatsschrift für Deutsches Recht* 174, povzeto po A. Heldrich, G. M. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket clauses v: Human Rights in Private Law*, D. Friedmann, D. Barak-Erez (ur.), Hart Publishing, Oxford, Portland 2003, str. 113, 114.

sodiščem Celle.¹⁶ Če je toženec s svojo pripravljenostjo vohuniti proti stricu prispeval k posebno hudim kršitvam človekovih pravic z očitno arbitrarnimi dejanji državnih oblasti, potem je (kljub učinkovitosti kazenskopravne norme, ki je od njega zahtevala tako ravnanje) lahko odškodninsko odgovoren. Zaradi razjasnitve tega vprašanja je bila zadeva vrnjena nižjemu sodišču v ponovno presojo.¹⁷

Skupna točka vsem tem »ovaduškim« zadevam je součinkovanje ravnanja posameznika (ovaditelja) in delovanje neprava v totalitarni državi. Oseba, ki ovadi, izroči žrtev (ovadenega) na milost in nemilost državnim organom (policiji in drugim organom pregona ter sodstvu), ki delujejo mimo prava in v nasprotju s pravom. Čeprav imajo njihovi akti videz prava, so v resnici nepravo, kajti ne zagotavljajo niti najmanjšega spoštovanja vladavine prava, ki tvori temeljno ustavno načelo vseh zahodnih demokracij.¹⁸ Sodišča so tu retroaktivno izrekla, da so bili upravičljivi razlogi (za ovajanje) nepravo, s tem so, če imamo pred očmi Radbruchovo idejo prava, v maniri žlahtnega pozitivizma dala prednost človečnosti (po Radbruchu pravičnosti) pred pravno varnostjo (katere izraz je prepoved retroaktivnosti). Z drugimi besedami, zakonsko nepravo je v teh skrajnih primerih flagrantne, od nikogar resno izpodbijane, kratko malo zločinske uporabe prava v obliki zakona, klicalo po uporabi nadzakonskega prava. V vseh primerih je šlo, kot pravi Marjan Pavčnik, za temeljne človekove pravice in za načela mednarodnega prava, ki so pozitivna in so kot taka močnejša od zakona, ki jim nasprotuje.¹⁹ Kadar je tako, je pravna varnost manjša žrtev kot potrditev zločinske zlorabe prava.

Čeprav je bil poražen že z judikaturto nemških sodišč po koncu druge svetovne vojne, doktrinarno pa z Radbruchovo razpravo *Zakonsko nepravo in nadzakonsko pravo* (ki je bila prvič objavljena leta 1946, na naših tleh šele z osvoboditvijo izpod komunistične diktature, v teoriji pa z deli akademika Marjana Pavčnika), je apologetski pozitivizem v glavah nekaterih pravnikov na najvišjih oblastnih položajih v državi preživel vse tri totalitarizme. Izraža se v njihovih izgovorih pred očitki, da so (kot sodniki ali tožilci v bi-

¹⁶ Gl. A. Heldrich, G. M. Rehm, prav tam, str. 127.

¹⁷ BGH, 11. 10. 1994 – VI ZR 234/93 (BGHZ 127, 195–211).

¹⁸ Prim. A. Heldrich, G. M. Rehm, v op. 15 nav. delo, str. 127. Vladavina prava ni samo formalni koncept. Ali, kot je rekel Ronald Dworkin, vzvišenost ideala vladavine prava sega preko vladavine pravnih besedil (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1999, str. 338).

¹⁹ Gl. M. Pavčnik, v op. 9 nav. delo, str. 52, 53.

všem režimu) ravnali v nasprotju s temeljnimi postulati človečnosti, češ, »delal, sodil, ravnal sem po zakonu, sem »legalist«.²⁰ Ker so bili s takimi izgovori uspešni (zasedli so namreč najvišje pravosodne položaje v državi), Radbruchova ideja prava niti s svojim najbolj temeljnim sporočilom očitno (še) ni dokončno (kar pomeni, tudi v življenjski praksi) prodrla v slovensko pravniško zavest.

Berlinski zid

Posebej velja izpostaviti streljanje prebežnikov na Berlinskem zidu. Zadeva »Mauerschützen« je namreč samo na prvi pogled podobna prej omenjenim »ovaduškim« zadevam. Pravno pa je med njimi pomembna razlika. Medtem ko se je v prejšnjih zadevah sodstvo sklicevalo na nadzakonsko pravo, je v tem primeru zadoščalo sklicevanje na pravo (nedemokratične) NDR. Poglejmo, zakaj.

Ko je nemško Zvezno ustavno sodišče obravnavalo ustavne pritožbe visokih državnih funkcionarjev nekdanje NDR (in enega vojaka), ki so bili po združitvi Nemčij obsojeni na večletne nepogojne zaporne kazni (zaradi umorov oziroma napeljevanja k umorom), se je tudi v tem primeru t. i. vladne kriminalitete (*Regierungskriminalität*) sklicevalo na Radbrucha ter na njegovo formulo neznosnosti (po kateri je treba zakonom, ki so nevzdržno krivični, odreči značaj prava), hkrati pa (ne da bi posebej izpostavilo Hartov koncept) na tehtanje med zahtevami materialne pravičnosti (*materielle Gerechtigkeit*), ki vključuje tudi spoštovanje človekovih pravic, priznanih v mednarodni skupnosti, na eni strani, in zaupanjem v pravo ter pravno varnostjo na drugi.²¹ Šlo je torej za napetost znotraj postulatov pravne države, ki vključujejo tako zahtevo materialne pravičnosti kot podrejenost države zakonom in varovanje zaupanja (kar je v kazenskem pravu izraženo z abso-

²⁰ Hipokrizija sklicevanja na »legalizem« (kot navidezen kompromis z lastno vestjo) ni samo slovenska posebnost. Po mnenju Dimitrijevića pomeni v post Miloševići Srbiji legalizem (semantične koordinate tega pojma še niso povsem jasne, pred padcem Miloševića oktobra 2000 ni bil pogosto v rabi) praktično-političen položaj vztrajanja na nujnosti spoštovanja zakonskih norm in postopkov. Legalisti sebe doživljajo kot tiste, ki varujejo pravo, ker bi bilo sicer v določenem političnem kontekstu z določenimi nezakonitimi ravnanji kršeno. Temu sledi pomemben avtolegitimacijski korak: legalistični položaj je sámoprepoznan kot nasprotje tistim političnim silam, ki prava ne spoštujejo. Vendar to še ne pomeni, da nasprotna stran prava tudi v resnici ne spoštuje ali da pravo krši bolj, kot ga kršijo »legalisti«. »Legalizem« se torej promovira kot političen položaj. Gl. N. Dimitrijević, Srbija kao nedovršena država, Reč (69), 15. marec 2003, str. 11, 12; gl. tudi V. Rakić Vodinelic, An Unsuccessful Attempt of Lustration in Serbia v: V. Dvořáková, A. Milardović (ur.), Lustration and Consolidation of Democracy and the Rule of Law in Central and Eastern Europe, Political Science Research Centre, Zagreb 2007, str. 174, 175.

²¹ BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen.

lutno prepovedjo retroaktivnosti – čl. 103, odst. 2 nemške ustave – Temeljnega zakona).

Odločilno vprašanje je bilo, ali so obstajali upravičljivi razlogi za streljanje na prebežnike. Glede na to, da tako ravnanje niti po pravu NDR ni bilo dovoljeno (Kazenski zakonik NDR je v členih 112 in 113 predvideval stroge kazni za umor), ampak je šlo samo za oblastno prakso – za ukaze, ki niso dovoljevali niti najmanjšega polja presoje o sorazmernosti (če prebežniku na drug način ni bilo mogoče preprečiti prečkanja meje, ga je bilo treba uničiti [*vernichten*] – mejo je bilo treba varovati za vsako ceno), odločitev pravzaprav niti ni bila težka. Kajti, kot je reklo nemško Zvezno ustavno sodišče, se tu ni bilo treba zateči k suprapozitivnim pravnim načelom (*überpositive Rechtsgrundsätze*). Dovolj so vrednote, ki jih je NDR sama vzela kot podlago svojega kazenskega prava in ki so izhajale iz njene ustave ter ratificiranih mednarodnih instrumentov. Ker tako ni bilo upravičljivih razlogov za streljanje prebežnikov, so bila taka dejanja prepoznana kot kazniva dejanja umora po kazenskem zakoniku NDR (kazni pa so bile izrečene po kazenskem zakoniku Zvezne republike Nemčije, ker je bil ta milejši). Z drugimi besedami: v tem primeru ni bil potreben akt »falzifikacije«, saj upravičljivi razlogi za streljanje niso imeli zakonske podlage in zato niso zaslužili niti tega, da bi bili (z aktom falzifikacije) razglašeni za nepravo. Zaradi tega tudi ni bilo potrebe po varovanju zaupanja v pravo (kot ene od zahtev pravne države); država je namreč zakonsko opredelila določena dejanja kot hudodelstva, hkrati pa zapisanemu pravu navkljub (z dejansko prakso) izključila možnost kaznovanja z dopuščanjem upravičljivih razlogov za taka hudodelstva in celo z zapovedovanjem ali s spodbujanjem k njihovemu izvrševanju. Nemško Zvezno ustavno sodišče je tu navedlo, da na ta način tisti, ki posedujejo državno moč, vzpostavijo sistem, ki je tako krivičen, da lahko preživi samo dotlej, dokler dejansko obstoji državna oblast, ki ga je vzpostavila. V resnici je povedalo isto, kar je rekel Radbruch v prvi od *Petih minut filozofije prava* (gl. spredaj). Ali drugače: gre za primer ugrabitve države skupaj z njeno celotno oblastno infrastrukturo (predvsem represivno, kjer igrajo ključno vlogo tajne politične policije, npr. Stasi, Securitate, Udba). Državni teror traja potem toliko časa, dokler obstaja tisto, na čemer temelji – to pa je groba (največkrat) fizična premoč države nad obvladovanimi državljani.

Odločitev je prestala preizkus pred ESČP.²² Strasbourški tribunal je le še dopolnil in nadgradil tisto, kar je povedalo nemško Zvezno ustavno sodišče. Osrednje vprašanje je bilo namreč, ali je ugotovljena kazenska odgovornost pritožnikov v nasprotju s konvencijskim jamstvom prepovedi retroaktivnosti v kazenskem pravu (prvi odstavek 7. člena EKČP) ter v tem okviru, ali lahko pojem »pravo« iz prvega odstavka 7. člena EKČP zajema tudi »praksa« NDR, ki je dominirala nad vsem njenim zapisanim pravom in bila temu pravu flagrantno nasprotna (nasprotna tako zakonom s področja varovanja državne meje, milice, kot kazenski zakonodaji, ustavi in ratificiranim mednarodnim instrumentom). Velik razkol med zakonodajo NDR in prakso je bil v veliki meri proizvod samih pritožnikov, ki so bili na pomembnih položajih v državnem aparatu in ki so že zaradi tega očitno poznali zakonodajo in ustavo ter mednarodne obveznosti svoje države. Oni so bili tisti, ki so s tajnimi ukazi in navodili uresničevali in vzdrževali tako krut način varovanja državne meje. Njihovo sklicevanje na prakso, ki so jo sami ustvarili, je logični (samoreferenčni) nesmisel. Taka praksa, ki je izvotlila zakonodajo, na kateri naj bi temeljila, in ki je bila vsiljena vsem organom NDR, vključno s sodišči, ne ustreza pojmu »pravo« iz 7. člena EKČP. Za državo, ki spoštuje vladavino prava, je povsem legitimno, če zoper take osebe uporabi zakonske določbe, ki so bile v veljavi ob storitvi dejanj ter jih razlaga v skladu z načeli pravne države. Prav to so storila sodišča, ki so pritožnike (po pravu, ki je veljalo ob storitvi dejanj na ozemlju, kjer so bila storjena, se pravi po pravu NDR) spoznala za krive. Odločitev je zato v skladu z Radbruchovo idejo prava, katere »napotek pravi, da je treba izhajati iz *pozitivno* sprejetih in uveljavljenih meril, ki so *veljala že v času, na katerega se odzivamo*. Nepravno bi bilo, če bi merila, ki veljajo danes, *ex post facto* vnašali v čas in razmere, v katerih teh meril še ni bilo.«²³ Iz obrazložitve sodbe ESČP izhaja temeljna značilnost bivše NDR. To je bila totalitarna diktatura – država s t. i. parazitsko ustavo, država, v kateri ni vladalo pravo, ampak na grobi sili utemeljena samovolja partijskih oblastnikov, država pravne hipokrizije. Morda je bila NDR eden najbolj značilnih in izčiščenih primerov take države, čeprav je bila to (bolj ali manj izražena) lastnost večine diktatorskih režimov druge polovice prejšnjega stoletja, vključno s SFRJ.

²² Sodba v zadevi Streletz, Kessler in Krenz proti Nemčiji z dne 22. 3. 2001.

²³ Gl. M. Pavčnik, v op. 9 nav. delo, str. 54.

3. Viri in jedro slovenske ustavnosti

Nacionalni vir

Kaj je torej slovenska ustavnost, ali modernejša, kaj tvori slovensko ustavno identiteto? Kot vsak narod smo Slovenci enkratni, izvirni in neponovljivi. Taka je naša kultura, take so naše zgodovinske in politične izkušnje, take so geografske, ekonomske, socialne in jezikovne determinante, na podlagi katerih smo se in s katerimi smo se oblikovali kot narod, ki je (z ustanovitvijo lastne države) postal nacija. Vse te nacionalne komponente izrisujejo našo ustavno identiteto, ki jo izražajo besedila ustavnih dokumentov in ki jih dopolnjuje z njimi neločljivo povezan celoten korpus jurisprudence Ustavnega sodišča. Formalne ustavne dokumente razjasnjujejo še ustavotvorni dokumenti in gradiva, ki so v zgoščenem zgodovinskem času nastajanja in oblikovanja slovenske državnosti od 1987 do 1991 (predvsem kot *Prispevki za slovenski nacionalni program*, ki so bili objavljeni v 57. številki Nove revije, Pisateljska ustava iz leta 1988 in delovno ter pripravljajalno gradivo k nastajanju Ustave) sledili in soustvarjali, kot ugotavlja profesor Jambrek, *Zeitgeist* slovenske pomladi.²⁴ Zato bi morali imeti za slovensko ustavno identiteto pomen, ki bi bil primerljiv s tistim, ki ga imajo Federalistični spisi za ameriško ustavnost.

V Preambuli Ustave sta posebej izpostavljena temeljna in trajna pravica slovenskega naroda do samoodločbe in zgodovinsko dejstvo, da smo Slovenci v večstoletnem boju za narodno osvoboditev izoblikovali svojo narodno samobitnost in uveljavili svojo državnost. Za slovensko ustavno identiteto je osrednjega pomena tudi Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije, ki »ni samo ustavnopravni temelj slovenske državnosti, temveč so v njej načrtana načela, ki izražajo temeljno (ustavno)pravno kakovost nove samostojne in neodvisne države. S sprejetjem osamosvojitvenih dokumentov ni prišlo samo do prekinitve državnopravne povezave med Republiko Slovenijo in SFRJ, temveč je šlo za prelom s temeljnim vrednostnim konceptom ustavne ureditve.«²⁵ Temeljna ustavna listina (v preambuli) izrisuje več temeljev slovenske ustavne identitete: državno

²⁴ P. Jambrek, Pravice do svobode izobraževanja, do svobode znanosti in umetnosti ter do avtonomije univerze, Dignitas, december 2012, str. 6.

²⁵ Tako Ustavno sodišče v odločbi U-I-109/10 z dne 26. 9. 2011.

suverenost, spoznanje, da takratna SFRJ ni delovala kot pravno urejena država, da so bile v njej hudo kršene človekove pravice, nacionalne pravice in pravice njenih federalnih enot, ter da federativna ureditev Jugoslavije ni omogočala rešitve politične in gospodarske krize. Zgodovinske izkušnje s totalitarizmi, s hudimi kršitvami človekovih pravic in z nedelovanjem pravne države so tako neminljiv del slovenske ustavne zavesti. Skupaj s suverenostjo Slovenije sta zato na piedestalu slovenske ustavnosti človekovo dostojanstvo in njegova svoboda – temu je vse podrejeno. Tudi vladavina prava kot ena od trajnih in nespremenljivih vrednot slovenske ustavne identitete je s tega vidika »samo« instrumentalna. Vrhovnost, univerzalnost in trajnost človekovega dostojanstva ponazarja odločba Ustavnega sodišča U-I-109/10 z dne 26. 9. 2011, v kateri je Ustavno sodišče človekovo dostojanstvo postavilo v središče ustavnega reda Republike Slovenije, ki prežema ves pravni red. Ker je v ustavni demokraciji človek subjekt in ne objekt oblastnega delovanja, njegova (samo)uresničitev kot človeka pa je temeljni namen demokratične ureditve, so temu podrejena tudi ustavna načela. Tako je Ustavno sodišče v odločbi U-I-92/07 z dne 15. 4. 2010 (med drugim) navedlo, da je cilj načela o ločenosti države in verskih skupnosti zagotoviti resnično svobodo vesti (in v širšem smislu pluralnost kot bistveno sestavino demokratične družbe) ter enakost posameznikov in verskih skupnosti. Ter nato: »Brez tega načela, vgrajenega v svobodo vesti, bi bila ta človekova pravica nepopolna. Nepopolna zato, ker ne bi imela učinkovitega orodja za vzpostavljanje svobode in enakopravnosti vseh. In kar je še pomembnejše, brez tega načela bi bila vrata odprta tudi v drugo smer – za vpliv države na verske skupnosti. Načelo o ločenosti zato ni etatistično, temveč humanistično.«

Evropski vir

Drugi vir slovenske ustavnosti je evropski. Tvorijo ga skupne vrednote evropske ustavne dediščine, kakor se je oblikovala skozi zgodovinske izkušnje ter s kulturnim, filozofskim in pravnim razvojem evropskih narodov v skupen evropski ustavni duh. V tem kontekstu ima poseben pomen EKČP (ki je bila rojena iz spoznanja o neizmerni moči in sposobnosti države, da proizvede množično zlo, kar je razkrila druga svetovna vojna in razmah komunističnih diktatur po njej), skupaj z jurisprudenco ESČP kot njenim

neločljivim delom, predvsem pa nadnacionalno pravo EU, ki vključuje tudi (*erga omnes* učinkujočo) judikaturu luxembourškega tribunala (v nadaljevanju SEU), in ki je s Pogodbo o Evropski Uniji (v nadaljevanju PEU), Pogodbo o delovanju Evropske Unije (v nadaljevanju PDEU) ter z Listino EU o temeljnih pravicah (ki ima na podlagi izrecnega določila prvega odstavka 6. člena PEU enako pravno veljavnost kot Pogodbi in je zato del primarnega prava EU)²⁶ pridobilo lastnosti ustave. Iz tretjega odstavka 3.a člena Ustave izhaja zahteva, da morajo vsi državni organi, vključno z Ustavnim sodiščem, pravo Unije pri izvrševanju svojih pristojnosti uporabljati v skladu s pravno ureditvijo Unije. Gre za temeljna načela prava Unije, ki so zapisana v Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o delovanju Evropske unije ali jih je v sodni praksi razvilo SEU. Zaradi te ustavne določbe so temeljna načela, ki opredeljujejo razmerje med notranjim pravom in pravom Unije, hkrati tudi notranja ustavnopravna načela, ki zavezujejo z močjo Ustave.²⁷ Ta načela kot notranja ustavnopravna načela zavezujejo tudi Ustavno sodišče pri izvrševanju njegovih pristojnosti v okviru pravnih razmerij, ki zadevajo pravo Unije.²⁸

Kako pomemben je evropski nadnacionalni vidik ustavnosti, dokazuje znamenita nemška zadeva *Tanja Kreil* (SEU; C-285/98, 2000, 69), zaradi katere je nacionalno sodišče uporabilo evropsko pravo, ki prepoveduje spolno diskriminacijo pri zaposlovanju in s tem priznalo premoč evropske ustavnosti (celo) nad nemškim Temeljnim zakonom, ki je v členu 12.a IV ženskam prepovedoval

²⁶ Gl. sodbo SEU z dne 19. 1. 2010 v zadevi *Kücükdeveci* C-555/07. Povsem nepomembno je, na kakšen način Listina vstopa v slovensko ustavnost – ali kot mednarodna pogodba ali pa (če zato, ker ni bila ratificirana in tako nima statusa mednarodne pogodbe) skozi tretji odstavek 3.a člena Ustave. Bistveno je, da je tudi Slovenija kot članica EU zavezana, da pri izvajanju prava Unije neposredno uporablja Listino. Ustavno sodišče je v dosednji presoji Listino uporabilo kot dodaten argument pri razlagi ustavnih določb, in sicer v odločbi U-I-146/07 z dne 13. 11. 2008 (na 26. člen Listine, ki ne izpostavlja le prepovedi diskriminacije na podlagi invalidnosti, temveč invalidom izrecno priznava in zagotavlja spoštovanje pravice do ukrepov za zagotavljanje njihove samostojnosti, socialne in poklicne vključenosti ter sodelovanja v življenjski skupnosti), v odločbi U-I-92/07 z dne 15. 4. 2010 (kjer je Ustavno sodišče posebej poudarilo, da je Listina z uveljavitvijo Lizbonske pogodbe postala pravno zavezujoča in da v 10. členu zagotavlja svobodo misli, vesti in vere), v odločbi U-I-109/10 z dne 26. 9. 2011 (tu se je sklicevalo na preambulo Listine, po kateri Unija, ki se zaveda svoje duhovne in moralne dediščine, temelji na nedeljivih in univerzalnih vrednotah človekovega dostojanstva, svobode, enakopravnosti in solidarnosti; temelji na načelu demokracije in načelu pravne države ter posameznika postavlja v središče svojih dejavnosti z vzpostavitev državljanstva Unije in oblikovanjem območja svobode, varnosti in pravice) in v odločbi Up-690/10 z dne 10. 5. 2012 (kjer se je sklicevalo na pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, ki jo varuje tudi 7. člen Listine).

²⁷ Gl. S. Nerad, Recepcija prava Evropske unije v nacionalno ustavno pravo: Ustavno sodišče med pravom Evropske unije in Ustavo v: I. Kaučič (ur.), Pomen ustavnosti in ustavna demokracija, Znanstveni zbornik Dvajset let Ustave republike Slovenije, Ustavno sodišče RS, 2012, str. 383.

²⁸ Tako Ustavno sodišče v odločbi U-I-146/12 z dne 14. 11. 2013.

vojaško službo (kasneje je bil Temeljni zakon prilagojen zahtevam evropske ustavnosti). Vendar je stališče večine evropskih ustavnih sodišč, da evropska ustavnost ne more izničiti temeljnih struktur nacionalnega ustavnega reda ali nedotakljivega jedra nacionalne »ustavne identitete«, kot je ta pojem v odločbi o Lizbonski pogodbi vpeljalo nemško Zvezno ustavno sodišče (BVerfGE 123, 267 <348>).²⁹ Glede na vezanost Unije na temeljne pravice, kot je to opredeljeno v 6. členu PEU, in glede na to, da Listina zavezuje Unijo kot unijo vrednot, je zelo malo verjetno, da bi se to zgodilo. Zato tudi v instrumentih nadzora *ultra vires* in nadzora identitete, ki so jih razvila nekatera nacionalna ustavna sodišča, ni treba videti grožnje enotnosti evropskega prava. Prej nasprotno: »Navedene pristojnosti nadzora vzbujajo na nacionalni ravni zaupanje pri državljankeh in državljanih, ki se jim ne zdi, da so prepuščeni le oddaljenemu evropskemu sodišču, ampak lahko predpostavljajo, da bo v skrajnem primeru ohranjena njihova nacionalna ustavnopravna identiteta. To pa konec koncev krepi pripravljenost k združevanju.«³⁰

V tem trenutku je za Slovenijo še posebej pomembno, da je trajna sestavina evropske ustavne zavesti izkušnja s totalitarizmi, o čemer govori Resolucija Evropskega parlamenta z dne 2. aprila 2009 o evropski zavesti in totalitarizmu, ki duhovno napolnjuje skupnost evropskih narodov. Slovensko osvobajanje izpod totalitarne oblasti je bilo namreč (samo) del dokončne vseevropske osvoboditve.³¹ V krizi, ki jo preživljamo, nista za nas nič manj pomembni evropski vrednoti svobodne konkurence in pluralizma. Svobodna in poštena konkurenca je cilj 101., 102. in 107. člena PDEU, kar pomeni, da gre za vrednoto, zavarovano neposredno v ustanovnih pogodbah evropske integracije, ki jo je zato treba šteti tudi za eno temeljnih vrednot slovenskega ustavnega reda. Svobodna konkurenca zagotavlja podjetniški pluralizem, podjetniško svobodo, delovanje tržnih zakonitosti, ter je prvi pogoj za ekonomski razvoj in za pra-

²⁹ Tretji stavek prvega odstavka 23. člena nemškega Temeljnega zakona določa mejo glede prenosa suverenosti na EU. Po nemški ustavi (Temeljnem zakonu) se ni mogoče odpovedati temeljnim načelom državne ureditve, kar pomeni načelu demokratičnosti, načelom pravne in socialne države, republiki in zvezni državi. Prav tako se ni mogoče odpovedati jamstvu človekovega dostojanstva in tistim temeljnim pravicam, ki izvirajo iz človekovega dostojanstva.

³⁰ Tako predsednik nemškega Zveznega ustavnega sodišča Andreas Voßkuhle, A. Voßkuhle, *Quo vadis, Europa?*, slavnostni govor ob Dnevu Ustavnosti, Ustavno sodišče, 19. 12. 2013, str. 7.

³¹ Zato ni po naključju v uvodnem delu Komentarja Ustave Republike Slovenije – Dopolnitev – A (ur. L. Šturm, Fakulteta za državne in evropske študije, 2011) objavljeno celotno besedilo resolucije. Upoštevanje vsebinskega sporočila te resolucije je eno od ključnih meril za razlago Ustave in za demokratično legitimnost njene mednarodne in ustavne suverenosti (gl. L. Šturm, prav tam, str. 6).

vično (na meritokratskih načelih temelječo) razdelitev družbenega bogastva. Enakost kot ustavna vrednota namreč ne more pomeniti radikalne enakosti, pač pa enakost v možnostih. Neenakosti so zato pravične vse dotlej, dokler imajo socialni akterji enake možnosti v tekmovanju za neenake nagrade. Monopoli pa so naravnani na izničenje izhodiščne enakosti, zavirajo ustvarjalnost in omejujejo svobodo – bolj ko se krepijo, manj je svobode in demokracije. Medijski monopoli so v marsičem posledica ekonomskih in finančnih monopolov, kajti mediji brez finančnih vložkov v obliki oglaševanja in ustreznega nagrajevanja novinarjev ne morejo preživeti, ali drugače, tudi na medijski sceni delujejo z monopoli izkrivljene tržne zakonitosti. Kdor obvladuje denarne tokove, mu ni težko obvladovati medije, toliko bolj, če ima poleg tega v rokah še druge vzvode, ki jih omogočajo raznovrstni monopoli (politično-ideološki, izobraževalni, kulturni, kadrovski). In kdor obvladuje medije, ima odprto pot do oblasti.

Zato je za nas zelo pomembno sporočilo ESČP v zadevi *Manole in drugi proti Moldaviji* (sodba z dne 17. 9. 2009), ko je Sodišče vzelo za izhodišče svoje presoje temeljni truizem: Ni demokracije brez pluralizma. In brez medijskega pluralizma tudi ni svobodnih in poštenih volitev, saj brez njega ni svobodnega oblikovanja volilne volje. Če so namreč izkrivljeni vhodni podatki, na podlagi katerih se oblikuje volilna volja, je izkrivljena tudi na podlagi takih podatkov oblikovana (v resnici zmanipulirana) volilna volja. In če mediji dejansko nastopajo kot četrta veja oblasti, ki je s »pravo« oblastjo prepletena, zraščena ali od nje odvisna in obvladovana, je demokratični politični proces, ki bi se moral oblikovati svobodno od spodaj navzgor, izkrivljen (dirigiran in usmerjan od zgoraj navzdol) ter zato le navidezno demokratičen. Poleg tega je eden od bistvenih vzvodov demokracije neprestan nadzor ljudstva nad nosilci oblasti, za izvajanje katere jih je ljudstvo kot njen izviren nosilec pooblastilo. Tudi tu je vloga medijev nenadomestljiva. Kot odločilen posrednik so namreč mediji tisti, ki tak nadzor omogočijo – kot ga lahko onemogočijo in izkrivijo. Zato se je za medije uveljavila prisposodba »psi čuvaji demokracije«.

Svetovni vir

Tretja plast slovenske ustavnosti temelji na spoznanju, da smo Slovenci del globalne, svetovne družbe, da neizogibno delimo uso-

do celotnega človeštva in da imajo zato človekovo dostojanstvo in iz njega izpeljane človekove pravice in temeljne svoboščine univerzalen pomen, da je svetovna ustavnost, ki je zajeta v mednarodnih instrumentih, obenem tudi neločljiv del slovenske ustavnosti. To izraža načelo največjega obsega varovanja človekovih pravic (peti odstavek 15. člena Ustave). Konec koncev se je slovenska ustavnost učila (in se še uči) tudi iz svetovnih (zgodovinskih, družbenih, ekonomskih in političnih) izkušenj.³² V mednarodni skupnosti splošno uveljavljena in priznana načela človečnosti so kot nadzakonsko pravo (kot suprapozitivna pravna načela) tudi neločljiv del slovenske ustavnosti (prim. 8. člen in drugi odstavek 153. člena Ustave).³³

Jedro ustavnosti

V osi slovenske ustavne identitete sta suverenost slovenskega naroda in – čeprav v samem besedilu Ustave ni nikjer izrecno omenjeno – človekovo dostojanstvo, sledijo jima človekova svoboda, demokratična in pluralna družba ter vladavina prava.³⁴ Slovensko ustavno identiteto so prav tako kot evropsko zaznamovale v nacionalno (pod)zavest neizbrisno vklesane izkušnje grozot vseh treh totalitarizmov prejšnjega stoletja, zlasti komunističnega – še posebej zato, ker je najtrdovratnejši (na tem planetu ni več nobene fašistične ali nacionalsocialistične diktature, je pa še nekaj komunističnih in socialističnih), za nas najdlje trajajoč in ker ga je bolj kot groba sila premagala prav ideja ustavnosti in nato sama ustavnost, ki jo živimo, oziroma, ki bi jo morali živeti. Vsi trije totalitarizmi so bili zakleti sovražniki ustavnosti in v tem tudi medsebojni zavezniki.³⁵ Vsem je bila skupna neizmerna moč in sposobnost zlorabiti državo za množično proizvodnjo zla. Vsi so uničili civilno družbo, vladavino prava, pluralizem in storili vse za ponižanje posameznika. Vsi so častili ideološko državo (nacionalsocialisti so jo imenovali *Weltanschauung*

³² Prim. že omenjeno odločbo Ustavnega sodišča U-I-109/10, ki v 6. točki obrazložitve nazorno izrisuje ta vidik ustavnosti.

³³ Gl. M. Pavčnik, v op. 9 nav. delo, str. 52, 53.

³⁴ Upam si reči, da te vrednote zavezujejo slovenskega ustavodajlca tudi takrat, ko odloča o spremembi Ustave, čeprav v slovenski Ustavi to ni posebej zapisano, tako kot je npr. v tretjem odstavku 79. člena nemškega Temeljnega zakona. So namreč tako samoumevne, da lahko štejemo t. i. večnostno klavzulo kot nenapisan del slovenske ustavnosti.

³⁵ To prepričljivo argumentira zadnja monografija Vladimirja Tismaneanuja *The Devil in History: Communism, Fascism and Some Lessons of the Twentieth Century*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London 2012. O zavezništvu med komunizmom in nacionalsocializmom nazorno govori tudi roman ukrajinskega Žida Vasilija Grossmana *Življenje in usoda*, ki velja za največji ruski roman 20. stoletja.

gsstaat), zaničevali tradicijo, še posebej versko, odpravili naravno pravo in od pamtiveka priznane razlike med Dobrim in Zlim (te razlike so bile ovržene z novim absolutizmom: Dobro je bilo karkoli, kar je služilo zgodovinskemu napredku ali rasni čistosti), za vse so bile značilne vsiljene vrednote, ki so uničevale avtonomijo duha in vsi so uporabljali tajno politično policijo, ki je generirala občutek vsesplošnega strahu, ter organizirali državni teror za izkoreninjenje vsakršne oblike opozicije; končno so vsi (vključno z maoizmom in titoizmom) prakticirali genocid.³⁶ Iz slovenske zavesti zato nikoli ne bi smelo utoniti v pozabo, da je prav v zgoščenem zgodovinskem obdobju nacionalne in ustavne osvoboditve izpod tuje nadvlade in vladavine totalitarizma (dokončno šele z odrešitvijo od jugoslovanskega komunizma oziroma titoizma) prepoznana in kristalizirana (čeprav nastajajoča in oblikovana skozi zgodovino) slovenska ustavnost tisto, kar je osvobodilo narod, iz njega naredilo nacijo in ustvarilo pogoje sobivanja v svobodni, demokratični in na spoštovanju človekovih pravic in vladavine prava utemeljeni slovenski državi.

4. Razkorak?

Vendar se postavlja vprašanje, ali je bila priložnost, ki jo je slovenski narod dosegel na ustaven način, s plebiscitarno izraženim konsenzom o moralno-etičnih temeljih sožitja v suvereni državi Sloveniji, tudi uresničena. Ali živimo v državi, v kateri se izpolnjujejo ustavne konvencije, jamstva in zaveze (torej, ali živimo v vsebinsko utemeljeni ustavnosti, se pravi v ustavni normalnosti), ali pa v državi, kjer se od državljanek in državljanov pričakuje (in zahteva) slepa vera v legitimacijski učinek ustavne retorike in kjer je ustavnost bolj v besedah in na papirju (četudi je ta opremljen z žigi institucij imunskega sistema države, garantov ustavnosti, na čelu z Ustavnim sodiščem) kot pa v realnem in vsakodnevnom političnem, ekonomskem in civilnem življenju. Ali ne gre za ponavljanje zgodovine pred 68 leti, ko smo se osvobodili enega totalitarizma in padli pod oblast drugega – le da tokrat v drugačnih globalnih in lokalnih zgodovinskih, političnih, ekonomskih in socialnih okoliščinah ter zato (ne ponovno totalitarne, temveč) v objem oligarhizirane oblasti? Sta se res celoten ustavni naboj in ustavna energija s konca osemdesetih let prejšnjega stoletja izgubila, poniknila, odtekla neznano kam, ali pa sta se izro-

³⁶ Gl. intervju z Vladimirjem Tismaneanujem: <http://frontpagemag.com/2013/jamie-glazov/the-devil-in-history/> (zadnjič obiskano 4. 9. 2014).

dila v strast po imeti, posedovati, obvladovati in vladati, kjer tako kot v predpravnem stanju zmaguje tisti, ki je močnejši – močnejši ne v fizični sili, temveč v spretnosti in zvijačnosti, kako upleniti državo in njene institucije, s sofizmi deformirati pravo ter na ta način z monopoli (delno podedovanimi, delno na novo ustvarjenimi) vladati in si z votlo retoriko ustavnosti ter demagoško, manipulativno ideologijo, ki zlorablja čustva in (v času ekonomske in socialne krize naraščajoče) frustracije ter s tem odvrča od razuma, pridobivati navidezno legitimnost? Je ustavna kultura, ki ni nič drugega kot kultura moralno-etičnih vrednot, pri nas res tako plitva in naivna, da je lahko nasedla manipulativnemu politično-propagandnemu klicu: »Vrednote, ne hvala!«, in nato klicu (iz istih ust): »Več države potrebujemo!«, ali pa varovanju »nacionalnega interesa«, demoniziranju »tistih, ki nas delijo«, ščuvanju zoper EU in zahodno civilizacijo? Čeprav je vse to samo cenena manipulacija z nacionalnimi čustvi, je lahko prikladno in učinkovito orodje, s katerim je mogoče že zaradi tradicionalne slovenske zavistnosti, domačijskosti, zaprtosti, vaškosti in ukoreninjenosti v domačo grudo (ki jo dokazuje že nepremičninska obsedenost Slovencev – smo rekorderji v lastništvu nepremičnin), težav s sprejemanjem različnosti (slovenska stvarnost do različnosti nikoli ni imela posebnega razumevanja – sindrom nestrpnosti do »prekucuhov« in »vaških posebnežev«, kar je utišalo ali izgnalo že marsikatero pero) ter sumničavosti do tujcev in vsega tujega, ob podpori dominantnih medijev brez večjih težav odvrniti od razumnih argumentov. Smo kot narod v moralnem razvoju nazadovali, se normativno in moralno-etično razgrajujemo, se spreminjamo v pesek posameznikov? Ali vrednotno središče, ki nam mora vladati in nas povezovati (tako v medsebojnih odnosih kot v vzajemnem odnosu z državo), še drži? Se skozi prakso ustvarja nova ustavna paradigma, in če se, bi lahko utišala vrednote, ki so v osi obstoječe ustavne identitete?

5. Slovenska kriza (ustavnosti)

Samo nekaj splošnih kazalcev

Veliko kazalcev temu pritrjuje. Predvsem kopičenje in medsebojno prepletanje političnih in ekonomskih elit ter s tem povezano ustvarjanje monopolov vseh vrst, s katerimi te elite obvladujejo večino pomembnejših družbenih podsistemov – od državne uprave,

gospodarskih in finančnih tokov, medijev, do vzgoje, izobraževanja, zdravstva, znanosti, kulture, športa, dominantnih civilnodružbenih organizacij. Čez vse sega dolga roka države in politike (vidna in manj vidna). Da ni demokracije brez (vsakršnega) pluralizma³⁷ in da se zato tako stanje (in ravnanja, ki so ga povzročila) odmika od ustavnosti, ni treba posebej in še enkrat razlagati. Tudi ne, da vzroki slovenske krize (ki se navzven kaže v finančno-ekonomskem razsulu) bolj kot v globalni finančni krizi koreninijo v omenjenih domačih procesih oligarhizacije. Da pa je do tega sploh lahko prišlo, je bilo treba v javnem (političnem) življenju razgraditi komaj nastajajočo ustavno kulturo: s potvarjanjem, zavajanjem, pravnim relativizmom in manipuliranjem (utelešenim tudi v dobro plačanih pravnih mnenjih »neodvisnih« in vsevednih dežurnih pravnih strokovnjakov, med njimi celo bivših ustavnih sodnikov, ki npr. prek medijev že vnaprej razglasijo, kako mora Ustavno sodišče odločiti v posamični, pred tem Sodiščem odprti zadevi), z demagogijo, s korupcijo, s klientelizmom, političnim kadrovanjem v upravah in nadzornih svetih podjetij v večinski državni lasti ter v nadzornih institucijah, s preziranjem meritokratskih načel, z zlorabo medijev in z drugimi protiustavnimi praksami. Tudi nadzorne in imunske institucije so v teh procesih največkrat nemočne,³⁸ samo brezzobi tigri,³⁹ ali pa so same okužene z bakterijami protiustavnosti.⁴⁰

³⁷ ESČP je to že nič kolikokrat poudarilo (prim. sodbo v zadevi *Socialist Party in drugi proti Turčiji* z dne 25. 5. 1998 – 41. t., sodbo v zadevi *Centro Europa 7 S.R.L. in Di Stefano proti Italiji* z dne 7. 6. 2012, sodbo v zadevi *Vona proti Madžarski* z dne 9. 7. 2013 in številne druge).

³⁸ Ustavno sodišče nima moči, da bi preprečevalo protiustavne prakse, saj pride (kadar sploh lahko) na prizorišče šele potem, ko se je protiustavnost že zgodila. Tudi slišnost njegovih argumentov (ki so večkrat pomembnejši od samega izreka) je odvisna od tistih, ki obvladujejo komunikacijske kanale in ki jih, če jim odločitve in argumentacija niso všeč, z napadi in diskvalifikacijami, ne meneč se niti za formalne vrednote ustavnosti, razvrednotijo in ponižajo (zelo značilno ob prepovedi referendumov o slabi banki in državnem holdingu). Zato je tudi vzgojna in vrednotno povezovalna vloga najvišjega varuha ustavnosti v marsičem odvisna od medijev in interpretacij medijsko razglašanih pravnih eminenc.

³⁹ Tako je Komisija za preprečevanje korupcije (npr. v lanski raziskavi o kakovosti gospodarskega in poslovnega okolja v Sloveniji v povezavi s sistemsko korupcijo – junij 2012) samo nemočno navedla, »da imajo ključno vlogo v gospodarstvu RS podjetja v državni lasti. Upravičen je sklep, da so podjetja v državni lasti privilegirana v dostopu do denarnega toka, ki ga zagotavljajo banke v državni lasti. Tukaj imajo pomembno vlogo akterji iz politične arene. Prav tako je upravičena ocena, da predstavlja preplet podjetij in bank v državni lasti ter akterjev iz politične arene izredno veliko korupcijsko tveganje.« Računsko sodišče lahko revidira samo gospodarske družbe, v katerih je država neposredni večinski lastnik. Ko gre za posredno lastništvo države prek drugih družb, so Računskemu sodišču vrata zaprta. Kot je povedal njegov predsednik, ugotavljajo, da »večina tveganij« poslov poteka po njihovih hčerinskih družbah, kar velja tudi za investicije, ki še posebno odmevajo v javnosti. Hčerinskih družb pa Računsko sodišče ne more revidirati, v čemer vidi predsednik tega organa velik problem in se zato zavzema za tako spremembo zakonodaje, da bi računsko sodišče dobilo pristojnost tudi za revidiranje hčerinskih družb, ki jih ustanovijo podjetja v večinski lasti države (N. Glücks, Intervju s Tomažem Veselom, Reporter, št. 34, let. 6, str. 33).

⁴⁰ Npr. nadzorni sveti v marsikaterem podjetju v državni lasti, kjer je že utečena praksa, da vodilna mesta v upravah in nadzornih svetih zasedejo dobro preverjeni in povezani politični kadri. Na primer: bivša predsednica vlade, ki je bila med letoma 2009 in 2011 nadzornica NKBM, je globok manko te

Tako ni nič čudnega, da je švicarski inštitut za razvoj menedžmenta (IMD) Slovenijo med 60. državami uvrstil na 52. mesto (mesto nižje kot leta 2012) na lestvici konkurenčnosti in da nam od vseh kazalcev najslabše kaže pri učinkovitem pravnem redu.⁴¹ Po izsledkih raziskave svetovalnega podjetja Ernst & Young, kjer je sodelovalo več kot 3.000 članov uprav, nadzornih svetov, direktorjev in njihovih skupin iz 36 držav, je Slovenija druga najbolj skorumpirana država (na prvem mestu je Nigerija). Da so slovenska podjetja izpostavljena korupcijskim tveganjem, kjer je zelo navzoč tudi vpliv politike, ki omogoča »ujetost države«, potrjujejo ugotovitve raziskave Nacionalni sistem integritete, ki jo je opravila Transparency International Slovenija – Društvo Integriteta. To po njihovem mnenju sistemsko uničuje državo ter onemogoča gospodarski razvoj in zaupanje državljanov v gospodarstvo, politiko in pravno državo. Slovenija je po zadnjih podatkihna Indeksu zaznave korupcije Transparency International za leto 2013 (Corruption Perception Index, CPI) zdrsnila za šest mest, s 37. na 43. mesto. S tem se Slovenija ni uvrstila samo med bolj skorumpirane države, ampak, kar je še bolj skrb vzbujajoče, spada med tiste države, ki so utrpeli največji padec ocene na svetu. Smer gibanja Slovenije je jasna – s pospeškom v moralni razkroj. In z enakim pospeškom se državljani te države oddaljujemo od sanj o življenju v blaginji. O tem, kakšna je povezava med indeksom zaznave korupcije in blaginjo veliko pove podatek, da so države z najnižjo korupcijo tiste, katerih prebivalstvo uživa v visokem življenjskem standardu, tako v preskrbljenosti z materialnimi dobrinami kot z dobro delujočim zdravstvenim in socialnim sistemom ter visoko kulturno in civilizacijsko ravni. To so Danska, Nova Zelandija ter Finska. Na samem dnu pa najdemo šibke, nestabilne in propadle države, kjer je bila nedavno vojna ali kjer še vedno potekajo konflikti. Zadnje mesto si delijo Afganistan, Somalija in Demokratična ljudska republika Koreja.⁴²

Nadaljnji kazalec regresije slovenske ustavnosti je svetovna lestvica ekonomske svobode, na kateri je Slovenija najslabše uvršče-

banke (nastal je predvsem zaradi slabih kreditov in nedelovanja nadzornih mehanizmov) zapolnila z javnim denarjem. Ali pa prejšnji minister za finance, ki je bil po letu 2005 v času kreditne ekspanzije visoki uslužbenec NLB, javno zagovarjal napihovanje kreditnega balona in bil blizu vodstvu banke, je to isto banko saniral z milijardami davkoplačevalskega denarja.

⁴¹ <http://www.si21.com/avto/news.php?id=78236> (zadnjič obiskano 4. 9. 2014).

⁴² <http://www.integriteta.si/component/content/article/11-partner-transparency-international/311-politike-in-funkcionarje-pozivamo-k-sistematicnemu-ukrepanju-proti-korupciji> (zadnjič obiskano 4. 9. 2014).

na država EU.⁴³ Od lani na leto je padla za pet mest, tako da med 152 državami zaseda 97. mesto. Med državami z območja nekdanje Jugoslavije so nas prehitele Črna gora, Makedonija in Hrvaška. In kaj so največje omejitve ekonomske svobode v Sloveniji? Dekompozicija indeksa ekonomske svobode za Slovenijo pokaže, da smo najslabše ocenjeni glede kategorije »obseg (para)državnega aparata in z njim povezani davki« (ocena 4,5), nato glede »pravne sistema in lastninske pravice« (ocena 6,2) ter »predpisov (regulative)« (ocena 6,5); najboljše pa smo ocenjeni glede »trdnosti valute« (ocena 8,3), za kar imamo najmanj lastnih zaslug. Ekonomska svoboda ni samo tesno povezana z ustavno zajamčeno svobodno gospodarsko pobudo (74. člen Ustave). Raziskava je med drugim pokazala, da ljudje, ki živijo v državah z visoko stopnjo ekonomske svobode uživajo poleg večje stopnje politične in civilne svobode tudi večjo blaginjo ter med drugim dočakajo daljšo življenjsko dobo.

Neizprosen dokaz o razsulu slovenske ekonomske, davčne, administrativne in pravosodne politike so podatki o tujih vlaganjih, brez katerih ne bo rešitve potapljalčevega se gospodarstva. Po zadnjih podatkih nas je prehitela večina držav zahodnega Balkana, vključno s Kosovim in Albanijo,⁴⁴ redki uspešni podjetniki zaradi previsokih stroškov dela in previsokih davkov opuščajo načrte o širitvi proizvodnje ali se selijo v zamejstvo. Razkranjanje ustavnosti že kaže otipljive posledice – erodirajo vitalni deli nacionalnega telesa; odhajajo mladi, izobraženi, inovativni, prodorni in uspešni ustvarjalci nove materialne (in ne fiktivne, na raznih finančnih špekulacijah in preprodajah temelječe) vrednosti, kar je svojevrsten simptom stanja ustavnosti v državi.

Odhajajo tudi zato, ker je Slovenija ena najbolj egalitarnih družb. Prav egalitaristična etika je bila kot sestavni del uradne ideologije jugoslovanskega komunizma (in ključni element njegove politične legitimnosti) pomembna ovira za (ekonomsko in

⁴³ Poročilo *Ekonomska svoboda sveta* (*Economic Freedom of the World*) vsako leto objavlja društvo Svetilnik iz Slovenije v sodelovanju s svetovno Mrežo ekonomske svobode (Economic Freedom Network). Za letošnje leto (iz katerega so povzeti podatki in zaključki) je bilo objavljeno 18. 9. 2013. Lestvica ekonomske svobode (ki se pripravlja od leta 1996) je nastala na pobudo treh Nobelovih nagajencev iz ekonomije: Douglassa Northa, Gerryja Beckerja in Milтона Friedmana. Slednji je večkrat dejal, da je ekonomska svoboda prvi pogoj za vse druge oblike svobode, tudi za politično, ter da je prvi pogoj za večjo konkurenčnost gospodarstva. Celotno poročilo *Ekonomske svobode sveta 2013* je dostopno na: https://docs.google.com/file/d/0B32PVaTKf0F_Qi1ud0M5WWZiRnM/edit (zadnjič obiskano 4. 9. 2014).

⁴⁴ http://www.siol.net/novice/svet/2013/08/slovenija_je_po_zanimanju_tujih_vlagateljev_na_samem_repu_balkana.aspx (zadnjič obiskano 4. 9. 2014).

politično) modernizacijo propadlega režima.⁴⁵ Po letošnji junijski ruski izdaji Forbesa je Slovenija najbolj socialistična,⁴⁶ po statističnih podatkih smo v vrhu obdavčenih in imamo najnižji Ginijev koeficient med vsemi državami članicami OECD, kar pomeni, da smo v samem svetovnem vrhu po najmanjši dohodkovni neenakosti.⁴⁷ Toliko o distributivni pravičnosti po slovensko in o enakosti v različnosti, glede katere je že Aristotel povedal, da so zasluge oziroma zaslužnost merilo, po katerem so si lahko enaki med seboj enaki, različni pa različni ter da prihaja do nezadovoljstva in prepиров takrat, ko so neenaki ljudje obravnavani na enak način, ali ko so enaki ljudje obravnavani neenako. Enake možnosti in meritokratsko načelo je tudi podlaga šestega člena Deklaracije o pravicah človeka in državljana, v katerem je med drugim zapisano naslednje: »Ker so vsi državljani pred zakonom enaki, so jim enako dostopne vse časti, mesta in javne zaposlitve, v skladu z njihovimi sposobnostmi, brez vsakih drugih razlikovanj, razen onih, ki se tičejo njihovih vrlin in sposobnosti.« Če se slovenska družbena, politična in ekonomska stvarnost oddaljuje od ustavnosti in s tem od razumnih in moralno-etično integriranih ljudi, se na koncu (po načelih naravne, z vidika položaja Slovenije, negativne selekcije) oni oddaljijo od nje, tako da na koncu spiralnega padca ostanejo samo še tisti, ki so uglaseni z razkrajajočim in v kaos spreminjajočim se sistemom.

O tem, kako globoka je slovenska javnofinančna kriza, govori dejstvo, da se proti Sloveniji na podlagi 126. člena PDEU vodi postopek v zvezi s čezmernim javnofinančnim primanjkljajem. S Sklepom Sveta Unije z dne 19. 1. 2010 je ugotovljeno, da obstaja čezmerni primanjkljaj, ki ni samo posledica začasnega preseganja referenčnih vrednosti o njegovi dopustnosti. V okviru tega postopka je Svet 7. 6. 2013 sprejel Priporočilo, v katerem ugotavlja, da se Slovenija sooča z močno naraščajočim javnim dolgom zaradi vztrajno velikih primarnih primanjkljajev (zaradi česar bi morala med drugim sprejeti ukrepe za zmanjšanje plač-

⁴⁵ Gl. V. Antončič, *Distributivna pravičnost, Teorija in praksa*, št. 1–2 (1993), str. 46. Izsledki raziskave, ki so objavljeni v tem članku kažejo, da je ob prehodu iz komunističnega režima v svobodno družbo (anketa je bila izvedena junija 1991) sicer še obstajal egalitarističen sindrom, vendar je znatna večina podpirala skupni paradigmi pripadajoča distributivna načela, ki jo tvorijo načelo enakih možnosti, meritokratsko načelo, načelo funkcionalne enakosti in načelo upravičenosti (prav tam, str. 51).

⁴⁶ <http://www.delo.si/novice/svet/slovenija-je-najbolj-socialisticka-drzava-v-evropi.html> (zadnjič obiskano 2. 9. 2014).

<http://www.pdfmagaz.in/44012114-forbes-russia-june-2013/> (zadnjič obiskano 2. 9. 2014).

⁴⁷ <http://www.gfmag.com/tools/global-database/economic-data/11944-wealth-distribution-income-inequality.html#axzz2dFhXrq9m> (zadnjič obiskano 2. 9. 2014).

ne mase v javnem sektorju ter socialnih transferjev). Dolg se je z nizkih 22 odstotkov BDP v letu 2008 povečal na 54 odstotkov BDP v letu 2012, po dopolnjeni napovedi Komisije iz pomladi 2013 naj bi se v istem letu povečal na 61 odstotkov BDP ter s tem prekoračil referenčno vrednost PDEU. Konec oktobra 2013 je znašal že 63 odstotkov BDP. Spet je trend tisto, kar je najbolj zaskrbljujoče. Slovenija je namreč glede na trend rasti javnega dolga med tremi najslabšimi državami v Evropski uniji. Ob nespremenjeni politiki naj bi se dolg v letu 2015 še povečal (glede na pospešeno naraščanje zelo verjetno na več kot predvidenih 69 odstotkov BDP).

In kaj ti podatki pomenijo? Najprej še večjo grožnjo ustavnosti. Reševanje javnofinančne krize je že zato, ker je povezano s hitrim in zato manj premišljenim ter korenitim ukrepanjem (odpuščanja v javnem sektorju, krčenje socialnih transferjev, uvedba novih davkov in povečanje obstoječih davčnih obremenitev itd.), grožnja ustavnosti. Da je ta nevarnost stvarna, dokazuje tudi Priporočilo Sveta, ki zaradi možnosti ustavnosodnih razveljavitev protikriznih ukrepov predvideva nadomestni načrt. Poglobljajoča se javnofinančna kriza je tudi hud poseg v generacijsko svobodo in suverenost mladih in prihajajočih generacij. Namesto da bi svoj razvoj in svojo prihodnost usmerjali svobodno in avtonomno, bodo zaradi odplačevanja tujih dolgov ujetniki preteklosti, v katero jih je z enormno zadolžitvijo zaklenila stara generacija.

O nekem (ne)razumevanju pluralizma

Zdrs v ustavni kulturi pomeni ponavljanje oguljenega fraznega očitka (v javnih nastopih nekaterih javno in manj javno aktivnih politikov in v njim naklonjenih medijih), da nas (Slovenke in Slovence) neki (ta ali oni) politik, neka (ta ali ona) stranka in neka (ta ali ona) politika deli, ter s tem vsaj v podtonu povezan poziv k eliminaciji take politike. Temelji namreč na nepriznavanju pluralne družbe svobodnih posameznikov, izraža nestrpnost do drugače mislečih in se spogleduje s totalitarnimi vzorci. Tisti, ki ga izrekajo, očitno ne morejo dojeti ali sprejeti svobodne in demokratične družbe, kjer lahko vsak izraža svoja mnenja, stališča in prepričanja. Še posebej politiki, ki so naravnost poklicani k »delitvam«, ki so v obliki različnih idej, mnenj, stališč, predlogov in rešitev kratko

malo njihov posel.⁴⁸ Če bi vsi mislili enako in imeli enaka stališča, potem za izražanje človeškega dostojanstva in osebne identitete ne bi bili prikrajšani le posamezniki, ampak družba kot celota, saj se z blokado sprejemanja mnenjske in nazorske različnosti spreminja v miselni, mnenjski, nazorski monolit in se približuje nacističnemu idealu svetovnonazorske države (*Weltanschauungsstaat*). Potem tudi volitve niso več potrebne oziroma so potrebne natanko toliko, kot so bile potrebne v komunizmu – samo kot zlagano, kičasto okrasje totalitarnega režima. Tisto, glede česar ne bi smelo biti delitev, še manj razklanosti, pa je osrednje soglasje o moralno-etičnih vrednotah, na katerih temelji soglasje o ustavnih vrednotah. V zvezi s tem ne more biti relativizma, te vrednote so sidra sobivanja, točke absolutnega in trajnega, odsev tistega, kar je zapisano v človekovem duhovnem in etičnem genomu. Vse ostalo je stvar svobodne debate, prerekanj, različnih mnenj in pogledov.

Povsem drugače pa je, ko gre za oblastna ravnanja države. Položaj je tedaj obrnjen. Država kot oblast mora biti zadržana. Ima »pravico« izražanja (in povzdigovanja) samo tistih vrednot, ki so skupne, ki združujejo in ki so nazorsko in ideološko nevtralne. Nasprotno ravnanje pa pomeni, da ima pripadnike in privrženice te ali one svetovnonazorske opredelitve raje od ostalih, da taka država, kot pravi profesor Jambrek, »ni *res publica*, ampak država, ki diskriminira«.⁴⁹ Ko pa država (in tudi lokalna oblast) prek simbolnih sporočil (npr. z imenovanjem ulic, na državnih slovesnostih in protokolarnih dogodkih, z izdajo kovancev) izraža sprejemanje,

⁴⁸ To je ESČP že nič kolikokrat poudarilo. Zelo jasno (in večkrat ponovljeno v kasnejših zadevah) v zadevi *Socialist Party in drugi proti Turčiji* (sodba z dne 25. 5. 1998), ko je (v 47. t) navedlo: »V samem bistvu demokracije je dopuščanje raznolikih političnih programov, njihovo predlaganje in javno debatiranje o njih, celo tistih, ki postavljajo pod vprašaj obstoječo organiziranost države, seveda vse pod pogojem, da ne škodijo sami demokraciji.« (prev. J. Z.).

⁴⁹ Gl. P. Jambrek, Simbolna sporočila države in jedro slovenske ustavne identitete, Delo, Sobotna priloga, 3. 8. 2013, str. 14. V že omenjeni odločbi U-I-92/07 je Ustavno sodišče med drugim reklo: »Čeprav Ustava v 7. členu izrecno določa le ločenost države in verskih skupnosti, pa nevtralnost države do verskih prepričanj zahteva tudi njeno nevtralnost do drugih svetovnih nazorov. Zahteva po enaki obravnavi verskih in drugih prepričanj izhaja iz prvega odstavka 41. člena Ustave v povezavi s 14. členom Ustave. Ker torej prvi odstavek 7. člena Ustave zahteva nevtralnost države do vere in verskih skupnosti, se ista zahteva razteza tudi na druga svetovnonazorska prepričanja.« Ter nato še: »Verska oziroma nazorska nevtralnost državo zavezuje, da v svoje delovanje ne vnaša verskih oziroma svetovnonazorskih elementov, da je nepristranska, da religije in drugih svetovnih nazorov niti ne prevzema niti jih ne zavrača in da nobenega od njih ne sme – v nazorskem smislu – niti podpirati niti ovirati.« Država ne sme doseči točke, ko bi njeno ravnanje že pomenilo (simbolno) istovetenje države z vero oziroma verskimi skupnostmi ali določeno svetovnonazorsko opredelitvijo. Ustavno sodišče se je tu sklicevalo na t. i. *Endorsement test*, ki je povzet iz judikature Vrhovnega sodišča Združenih držav Amerike (prvič ga je vzpostavila sodnica O'Connor v pritrdilnem ločenem mnenju v zadevi *Lynch proti Donnelly*, 465 U. S. 668), po katerem državni ukrep krši t. i. klavzulo *no establishment* iz Prvega amandmaja zvezne ustave, kadar v očeh razumnega opazovalca postavlja drugače verujočega ali neverujočega v položaj manj zaželenega člana skupnosti.

odobravanje in podpiranje vrednot, ki so za nameček še nezdržljive s človeškim dostojanstvom (npr. nacistične svastike in drugi simboli totalitarizmov s takšnim ali drugačnim ideološko-političnim predznakom), dobi ustavna nelegitimnost takega početja še dodatno razsežnost.

6. Posebej o sodstvu

Uvodno

Raziskava OECD o učinkovitosti sodnih sistemov je pokazala, da je Slovenija v vseh pogledih na drugem najslabšem mestu – po dolgotrajnosti sodnih postopkov, po sredstvih glede na bruto domači proizvod, ki jih nameni sodstvu in po največjem številu pritožb –, kar kaže na nizko predvidljivost odločitev sodišč. Popolnost slike o slovenskem sodstvu izrisuje delež sodb najvišjih sodišč, ki jih mora Ustavno sodišče razveljaviti zaradi sodniške samovolje, ker najvišja sodišča, vključno z Vrhovnim sodiščem, niso odločala po pravu, ampak po vzgibih, ki so onkraj pravnega. Nima smisla ponavljati splošno znanih resnic, kakšen učinek ima vse to na zaupanje v pravo, na pravno predvidljivost in na pravno varnost ter končno na pravno kulturo. Tudi ne, kakšen učinek ima na vsakodnevno življenje ljudi, na razvoj gospodarstva ter na delovanje in razvoj svobodnega trga.

O stanju v sodstvu, katerega neodvisnost je eden od temeljev pravne države, veliko pove izjava visokega predstavnika sodstva v zvezi z obsodilnimi prvostopenjskimi sodbami proti nekaterim razvpitim predsednikom uprav: »Kaže, da je konec nedotakljivih.« Predsednika sodišča ni nihče vprašal, zakaj naj bi šele sedaj ne bilo več nedotakljivih (če sploh), in ali je morda prišlo v pravosodju do kakih kadrovskih sprememb ali pa je obstoječi kader po kvekersko doživel razsvetlitev od zgoraj. Izjavo predsednika sodišča je potem nadgradil in pojasnil eden od najvplivnejših politikov v državi. Rekel je: »V Sloveniji se je začel proces čiščenja in očiščevanja. Končno so temu začela slediti tudi sodišča in so dobila korajžo, da sodijo tudi po pravičnosti in ne samo po procesnem pravu.« In potem še: »Sodišča imajo to nalogo, naša naloga pa je, da podpremo pravičnost na sodišču. Brez tega država ne bo naredila nobenega koraka naprej.« Kot da se ni v štiridesetih letih zgodilo nič – razen tega, da so postali partijski voditelji manj domiselni in

manj izvirni. Kajti izjava strankarskega prvaka je kopija tega, kar je v zvezi z montiranimi sodnimi procesi proti protagonistom hrvaške pomladi leta 1971 ukazal utemeljitelj jugoslovanskega komunizma in dosmrtni vodja propadle jugoslovanske države: »Sodnik se ne sme držati zakona kot pijanec plota!« Bralcu prepuščam iskanje odgovora na vprašanje, ali sta imela jugoslovanski vodja in današnji prvak ene od strank v mislih posebno vrlino, ki po Aristotelu (ter nato v grškem in rimskem pravu) pomeni sposobnost, da sodnik v mejnih primerih pravično odloči, četudi onstran neposrednega branja zakona, s čemer je zakon samo navidezno kršen, v resnici pa je zaradi upoštevanja njegovega duha pravilno in natančno uporabljen (*epikeia*). Naj se na tem mestu vprašam, ali je slovensko sodstvo prišlo do tiste stopnje neodvisnosti in zrelosti, da je sposobno za avtonomno sodno presojo. Če opazujem njegov *output*, dvomim.⁵⁰ Ko se ozrem po njegovih vrhovih (ki jih je v postopku nominacije legitimiralo sodstvo), dvomim še bolj. Dovolj je že bežen pogled na njihove strokovne dosežke (preverljive v sistemu COBISS), da o »specialno strokovnih« še iz totalitarnega obdobja ne govorim.

V čem so težave

Problem slovenskega sodstva namreč ni samo prekomerno trajanje postopkov in sodni zaostanki (kar se po zadnjih podatkih celo zmanjšuje), ampak je enako velik (dolgoročno pa še večji) problem razumevanje prava, pomena sodnega (živega) prava v njem in vloge sodstva pri tem. Vir vseh teh težav tudi ni samo socialistično pravo in njegova dediščina ter miselnost sodstva kot posledica totalitarne ureditve. Da bi se vse to sploh lahko razvilo (in preživelo totalitarno obdobje), je bilo potrebno še kaj drugega, in sicer tisto, o čemer je tekla beseda na začetku te razprave, namreč apologetski pozitivizem, lahko rečemo tudi pravni formalizem (in celo ultraformalizem). Ideja pravnega formalizma temelji na Webrovi formalno logični racionalnosti, ki je imela svoje opravičilo v relativnem (relativnem glede na posamezen, konkreten sistem)

⁵⁰ Tako kot ugotavljata Zdeněk Kühn in Siniša Rodin za druga postsocialistična sodstva, sta tudi za slovensko (tu mislim na sodstvo kot celoto – vsa čast redkim izjemam) še vedno značilni podedovana avtoritarno (namesto avtoritativno) strukturirana zavest in pravni formalizem (Z. Kühn, *The Authoritarian Legal Culture at Work: The Passivity of Parties and the Interpretational Statements of Supreme Courts*, CYELP, št. 2 (2006), str. 19–26; S. Rodin, *Functions of Judicial opinion – a View From a Post-communist European State*, dosegljivo na: http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/13_Rotterdam.pdf (zadnjič obiskano 2. 9. 2014).

maksimumu svobode, ki je močno izboljšal predvidljivost ravnanj posameznikov in njihovih skupin ter omejil sodniško diskrecijo, s tem pa tudi moč sodne oblasti. Vse to je v liberalni fazi kapitalizma omogočilo vzpon buržoazije. Procedura je postala specifična oblika razreševanja sporov, vezana na trdna, zanesljiva in neprekršljiva pravila igre. Pravni formalizem v skrajni izpeljavi ne pomeni nič drugega kot tekstualno eksegezo prava, ki se izraža prek logičnega silogizma kot edino sodnikovo logično operacijo (sodniki so samo »uporabniki« prava, ne tudi njegovi ustvarjalci). Edino, kar šteje, je zavezujoča narava zakona, vse ostalo (npr. prepričljivost ali družbena sprejemljivost posamezne zakonske rešitve) je treba odmisлити. Pravni formalizem, ki ne priznava nejasnosti pravnih določb, konfliktov med njimi in možnosti različnih odgovorov na isto pravno vprašanje, je samo drugo ime za apologetski pozitivizem.

Vendar je obdobje po prvi svetovni vojni in še posebej po drugi svetovni vojni (zaradi ekonomsko-političnih razlogov) privedlo do krepitve države in njenega vpliva, kar je imelo za posledico spremembo ideološke paradigme stroge vezanosti na zakon, na kateri temelji pravni formalizem. Z večanjem regulatorne vloge države se je krepila tudi vloga sodstva in pomen sodne razlage prava. Težki primeri niso bili več (zadovoljivo) rešljivi (v resnici argumentirani) samo z uporabo subsumpcijske formule. V tem pogledu je posebno pomembno vlogo odigralo nemško Zvezno ustavno sodišče, ki je z zadevo Lüth vpeljalo (indirektni) radiacijski učinek človekovih pravic v horizontalnih (civilnopravnih) razmerjih. Tradicionalno in prevladujoče togo, dogmatsko in konceptualno pravoznanstvo je bilo opuščeno v korist bolj odprtega, jasnega in v vsebino usmerjenega pravnega diskurza (kljub siceršnji ohranitvi pomembnih kontinentalnih pozitivističnih značilnosti).⁵¹

Za ta razvoj so bile vzhodne in srednjeevropske komunistične države prikrajšane. Razvoj prava po drugi svetovni vojni je šel mimo njih. Sprva radikalno antiformalistično obdobje je prešlo v formalistično, za obe pa je bilo značilno služenje opresivnim totalitarnim režimom. Tudi pri pravnem formalizmu v resnici ni šlo za slepo pokorščino pravi, temveč za slepo pokorščino moči (in za prezir do prava).⁵² Kontinentalna kartezijska razcepljenost na abstraktno in

⁵¹ Z. Kühn, v op. 7 nav. delo, str. 87.

⁵² Prav tam, str. 147. To ilustrira tudi prej omenjeno anekdotično navodilo vodje jugoslovanskih narodov hrvaškim sodnikom v začetku sedemdesetih let prejšnjega stoletja.

konkretno⁵³ se je ob pravu, kakršno je bilo socialistično pravo, le še povečala. Za pravo totalitarnih družb je značilna ločenost prava od sodnikove etične biti, ki je imanentna slehernemu človeškemu bitju. Če je, kot pravi Bučar, pravnik prva in največja žrtev razkola med etiko in pozitivnim pravom,⁵⁴ kaj je potem sodnik, ki ga pozitivno pravo »osvobaja« kategoričnih imperativov? In če stopnjujem, kaj je (bil) potem sodnik v obdobju komunizma (ali kateregakoli drugega totalitarizma), ko je bila razklanost med pravom in etiko skoraj popolna? Po drugi strani pa je bil pravni formalizem tudi obramba pred vmešavanjem partijske oblasti, kadar stroga formalna rešitev ni bila po volji njenim trenutnim interesom. V takih primerih (znanih tudi iz nacističnega obdobja Madžarske in Slovaške) je sodstvo izkoristilo vsaj tisto malo, kar je še ostalo od ideje prava, namreč splošnost in enakost norme.⁵⁵

Slovensko sodstvo je stopilo v demokracijo nepripravljeno in s težkim bremenom starorežimske miselnosti. Lustracije v sodstvu ni bilo in prehod v liberalno demokracijo, utemeljeno na vladavini prava, se je zgodil s starimi (v socializmu izšolanimi) kadri, ki so bili obravnavani enako kot drugi pravniki.⁵⁶ Za te pa

⁵³ O tem in o temeljnih razlikah med *common law* mentaliteto in mentaliteto kontinentalnega prava glej zanimivo razpravo Boštjana M. Zupančiča, *Prolegomena to Comparative Law v: G. Harutyunyan (ur.), New Millennium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges*, NJHAR, Yerevan 2013, str. 367–383. O dveh različnih konceptualnih pristopih v pravu, veljavnosti in legitimnosti sodnih odločitev (in njunih doktrinarnih protagonistih – Hansu Kelsnu in Eugenu Ehrlichu) gl. tudi S. Rodin, v op. 50 nav. delo, str. 15, 16. Razlika med *common law* kulturo (ki temelji na učenju iz lastne izkušnje) in kontinentalno etiko poslušnosti (ki se legitimira s formalno močjo avtoritete) se otipljivo in nazorno kaže na povsem preprostem odnosu do posameznika, ki mu je ali pa mu ni prepuščena razuma presoja, kako naj ravna v določenih situacijah – npr. na Norveškem in v ZDA je pešcem dovoljeno (v resnici zaupano) prečkanje ceste pri rdečem semaforju –, če s tem seveda ne ogroža sebe in drugih; na kontinentu je zapovedana stroga, če je treba tudi slepa pokornost abstraktni normi. Pešec mora stati pred rdečo lučjo na prehodu za pešce, čeprav ni ne blizu ne daleč nobenega vozila. In če bo pri rdečem semaforju prečkal popolnoma prazno cesto, bo brezpogojno ogrobljen (Vem iz lastne izkušnje).

⁵⁴ Gl. F. Bučar, *Pravnik v današnjem času* (uvodno predavanje na 30. Dnevih slovenskih pravnikov), *Pravna praksa*, št. 36 (2004), str. 5.

⁵⁵ Gl. Z. Kühn, v op. 7 nav. delo, str. 19, 149.

⁵⁶ Povsem drugače je bilo v Nemčiji, kjer se je po kolapsu socializma in padcu Berlinskega zidu »vzhodni« pravni sistem dobesedno utopil v »zahodnem«, sodniška in tožilska mesta pa so zasedli kadri iz »zahoda«. Leta 1994 je bilo v »vzhodnih« deželah samo 9,2 odstotka sodnikov, ki so opravljali sodniško službo tudi leta 1989. Tisti, ki so sodniška mesta zapustili, so bili skoraj izključno nadomeščeni z »zahodnjaki«. Gl. Z. Kühn, v op. 7 nav. delo, str. 163. Strah pred novim socialističnim sodstvom in pravištvom, ki je zasedlo sodniška mesta na Strasbourškem tribunalu, izhaja iz opozoril npr. Lorda Browne-Wilkinsona, ki je leta 1997 svaril pred striktnim upoštevanjem jurisprudence ESČP: »O jurisprudencei Evropskega sodišča za človekove pravice sem imel do sedaj najboljše mnenje - vendar se dogaja velika sprememba. Krog sodnikov, ki v teh zadevah presoja se je znatno povečal in med njimi jih je kar nekaj, ki prihajajo iz sodnih sistemov, ki še pred desetimi leti niso ravno sloveli po spoštovanju človekovih pravic. Lahko bi biti nevarno vezati se na to... (prev. J.Z.). I have found the jurisprudence of the European Court of Human Rights excellent, but a major change is taking place. We are now seeing a wider range of judges adjudicating such matters, a number of them drawn from jurisdictions 10 years ago not famous for their observance of human rights. It might be dangerous to

je že Bučar ugotovil, da so »s svojo večkrat nepotrebno ali vsaj čezmerno docilnostjo [...] tudi sami krepili totalitarni sistem, saj so mu s svojim ravnanjem in prilagodljivostjo dajali legitimacijo vsaj sprejemljivosti, če že ne legitimnosti, in ga s tem nehote potrjevali v njegovem prav in mu sproti dajali odvezo za njegove kršitve temeljnih človekovih pravic«. ⁵⁷ Prav v tem je ena temeljnih težav postsocialističnega sodstva. Že pred več kot dvajsetimi leti sta Sajo in Losonci ugotovila, da uvedba sodniške »samouprave« v razmerah tranzicije ne pomeni drugega kot ohranitev sodstva, kakršnega je vzpostavila nedemokratska komunistična oblast. ⁵⁸ Avtoritarna pravna kultura in etika poslušnosti (ki se kaže v podredljivosti, političnem oportunizmu, politični korektnosti in posledično v sodniški samocenzuri) sta se kot dediščina totalitarnega obdobja ohranili v zakrknjenih starorežimskih miselnih vzorcih ter v kolektivistični in korporativistični miselnosti. ⁵⁹ Tam se (kot ena od oblik vzporedne, prikrite ali, če hočete, globoke države) ohranja in sama sebe miselno, vrednotno in nazorsko napaja in oplaja prav prek institucionalne zaprtosti in samozadostnosti. V normalni državi z demokratično tradicijo in pravno kulturo bi imelo to pozitivne učinke – ohranjalo bi se tisto, kar je, kar že obstaja, se pravi notranje, miselno neodvisno sodstvo. Vendar se tudi v tranzicijskih državah (in Slovenija je, vsaj kar zadeva sodstvo, še globoko v tranziciji) ohranja že obstoječe, kar pa je vse prej kot intelektualno avtonomno in neodvisno

tie ourselves to that...« V podobnem tonu tudi drugi prominentni britanski pravniki. Gl. W. Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgements*, *Human Rights Law Review*, št. 3 (2009), str. 409.

⁵⁷ F. Bučar, v op. 54 nav. delo, str. 6.

⁵⁸ Gl. A. Sajo, V. Losonci, *Rule by Law in the East Central Europe: Is the Emperor's New Suit a Straight-jacket?* v: D. Greenberg, S. N. Katz, M. Beth Oliviero, S. C. Wheatley (ur.), *Constitutionalism and Democracy – Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, Oxford 1993, str. 322.

⁵⁹ Bralcu prepuščam presojo, zakaj je, splošno gledano, delež sodnic obratno sorazmeren z ravni družbenega ugleda tega poklica. V državah, kjer uživa sodstvo visoko spoštovanje in ugled, to je v državah s *common law* sistemom in v Nemčiji, je delež sodnic tradicionalno nižji. Nasprotno pa je za države, kjer je sodniški poklic manj cenjen (romanski pravni krog: Francija in Italija), značilna spolna uravnoteženost ali, kot je to v postsocialističnih državah, celo neravnotežje v korist sodnic. Gl. Z. Kühn, v op. 7 nav. delo, str. 170. Ima to kakšno povezavo s tem, da je v *common law* sistemih sodnik tudi dejansko oblast, v romanskih in (post)socialističnih pravnih sistemih pa bolj ali manj uradnik? Uzelac npr. ugotavlja, da je bilo pravištvo na Hrvaškem (že) v času socializma družinski poklic – sodniška služba je pripadala tistemu družinskemu članu, ki je skrbel za gospodinjstvo in za otroke, medtem ko je za preživljanje družine v glavnem skrbel tisti, ki je delal kot zasebni odvetnik. To je privedlo do feminizacije sodniškega poklica. V začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja je bilo tako na nižjih sodiščih na Hrvaškem kar okoli dve tretjini sodnic. Gl. A. Uzelac, *Survival of the Third Legal Tradition?*, *Supreme Court Review* (2010), 49 S.C.L.R., str. 387, dosegljivo na: http://public.carnet.hr/alanuzelac/pubs/B43-Third_Supreme%20Court%20Canada.pdf (zadnjič obiskano 2. 9. 2014).

sodstvo.⁶⁰ V čem se pri sojenju kažejo stare prakse in značilnosti starorežimske miselnosti? Poleg formalizma⁶¹ in z njim povezane avtoritarne miselnosti (vrhovno sodišče še naprej – kljub rekonceptualizaciji revizije v civilnih, gospodarskih in delovno-socialnih ter celo upravnih zadevah – sodno prakso v zadnjih letih izenačuje predvsem z načelnimi pravnimi mnenji),⁶² odsotnosti diskurza,⁶³ brezosebnega, tehnično-legalističnega, kriptič-

⁶⁰ Da je to značilnost večine postsocialističnih držav, potrjujejo podobne izkušnje na Češkem, Slovaškem, Hrvaškem, Madžarskem, v Bolgariji. Gl. npr. S. Spac, *Judicial Development after the Breakdown of Communism in the Czech Republic and Slovakia*, Central European University, Budapest 2013, str. 24 in nasl.; gl. Alan Uzelac, prav tam, str. 388 in nasl.

⁶¹ Pravnega formalizma je tudi v novejši praksi Vrhovnega sodišča in višjih sodišč veliko. Samo nekaj primerov: Vrhovno sodišče je pritrdilo stališču Upravnega sodišča, da domneva nelojalnosti iz drugega odstavka 35. člena Zakona o državljanstvu FLRJ (Uradni list DFJ, št. 64/45 in Uradni list FLRJ, št. 54/46 in nasl.) velja tudi za osebe, ki so bile v času druge svetovne vojne mladoletne, pri čemer se tudi zanje (enako kot pri polnoletnih osebah) ta domneva lahko uspešno izpodbija le z dokazi o njihovem aktivnem lojalnem ravnanju, vprašanje njihovega lojalnega ravnanja pa se presoja neodvisno od vprašanja lojalnosti njihovih staršev (sodba X Ips 355/2007 z dne 13. 9. 2007). Ultraformalistično je npr. zavrženje zahteve za varstvo zakonitosti z naslednjo obrazložitvijo: »Vrhovna državna tožilka je vložila zahtevo za varstvo zakonitosti zoper sodbo Okrožnega sodišča v Kranju K 22/2006 z dne 10. 10. 2007, v zvezi s sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Kp 182/2008 z dne 15. 5. 2008, ki je izgubila svojo pravno samostojnost, ko je bila v postopku neprave obnove spremenjena in upoštevana v novi sodbi Okrožnega sodišča v Ljubljani Ks 2218/2009 z dne 12. 3. 2010, ne pa zoper sodbo, s katero je izpodbijana sodba izgubila svojo samostojnost. Vrhovna državna tožilka bi zahtevo za varstvo zakonitosti morala vložiti zoper sodbo Okrožnega sodišča v Ljubljani Ks 2218/2009 z dne 12. 3. 2010, v razlogih zahteve pa obrazložiti, da se zahteva nanaša na kršitev, do katere naj bi prišlo v postopku pred Okrožnim sodiščem v Kranju, ki se je končal s sodbo K 22/2006 z dne 10. 10. 2007 v zvezi s sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Kp 182/2008 z dne 15. 5. 2008.« (gl. sklep Vrhovnega sodišča I Ips 15867/2012 z dne 13. 12. 2012). Vrhovno sodišče je v zadevi I Up 22/2013 (sodba z dne 30. 1. 2013) z naslednjo izpeljavo pojasnilo, zakaj omejitev gibanja (kar pomeni odvzem svobode gibanja) ustavnopravno ni problematična: »Stališče sodišča prve stopnje [...] o takojšnjem učinku sodbe je sicer napačna. Ker izpodbijana sodba v skladu s 319. členom Zakona o pravnem postopku (ZPP), ki se v skladu s prvim odstavkom 22. člena ZUS-1 uporablja za vprašanje postopka, ki niso urejena s tem zakonom, še ni pravnomočna, v skladu s 320. členom ZPP še ne učinkuje. To pa – kot pravilno opozarja pritožba [šlo je za pritožbo tožene stranke, op. p.] – pomeni, da sklep tožene stranke [sklep o razveljavitvi sklepa o omejitvi tožnikovega gibanja, op. p.] še ni (bil) pravnomočno odpravljen.« Še en primer ekscesnega formalizma: Višje sodišče v Kopru je (s sklepom 273/2011 z dne 29. 8. 2011) ugotovilo, da je bila nepremičnina, navedena v izvršilnem naslovu, že pred vložitvijo predloga za izvršbo etažno razdeljena v dve ločeni enoti, od katerih je ena v lasti dolžnikov. Zato je sklenilo, da prvotna nepremičnina iz izvršilnega naslova pravno ne obstaja več, in da potem tudi izvršba na nepremičnino, ki je navedena v izvršilnem naslovu, ni več mogoča. Torej: izvršilnega naslova za poplačilo terjatve upnikov iz določenega solastnega premoženja dolžnika ni mogoče (in po stališču pritožbenega sodišča tudi nikoli več ne bo mogoče) prisilno izvršiti, ker zaradi pretvorbe solastnine v etažno lastnino predmet izvršbe ne obstaja več.

⁶² Načelna pravna mnenja so abstraktna pravna mnenja, ki ne izvirajo iz konkretnega in posameznega sodnega postopka, ampak so sprejeta na Občni seji Vrhovnega sodišča. Taka mnenja ne nastajajo v javnem sodno-postopkovnem diskurzu med strankami in sodišči različnih stopenj, ampak na avtoritaran način, znotraj hierarhično najvišjega sodišča v državi. Tudi na sodniških šolah so najbolj obiskana tista predavanja, na katerih predavatelji (praviloma sodniki višjih sodišč in vrhovnega sodišča) odgovarjajo na povsem konkretna vprašanja sodnikov slušateljev, s katerimi se ti srečujejo v odprtih postopkih. Za njih je to miselno manj naporno in hkrati bolj varno (vprašanje je, kako tako javno opredeljevanje višje-instančnih sodnikov vpliva na njihovo nepristranskost – do sedaj to še nikogar ni zmotilo).

⁶³ To je posledica afirmativne, deskriptivne, apologetske in repetitivne zasnovе pravnega študija v obdobju socializma. Dober pravnik je bil tisti, ki si je zapomnil in je (zato) vedel ter obvladal preproste miselne operacije statične interpretacije prava, in ne tisti, ki je dvomil, kritično razmišljal, argumentiral in se več spraševal kot odgovarjal. Za pravo je veljalo prepričanje, da je to študij za tiste, ki imajo težave z matematiko. Prim. S. Rodin, v op. 50 nav. delo, str. 12; Z. Kühn, v op. 7 nav. delo, str. 133 in nasl.

nega in (zato) večkrat protislovnega sloga pisanja obrazložitev sodnih odločb,⁶⁴ ki je daleč od pričakovanja, da bo obrazložitev utrdila pravičnost sojenja in naredila sodbo sprejemljivo tudi za stranko, ki je pravdo izgubila (»pomiritveni učinek« sodbe pomeni, da naj bo ta pisana predvsem z mislijo na to stranko, z empatijo do nje in njenega položaja),⁶⁵ težav z uporabo drugih argumentacijskih metod in tehnik, kot je preprosta subsumpcijska formula (npr. tehtanje, analogija, kontekstualen pristop),⁶⁶ težav z razumevanjem precedensov,⁶⁷ težav s poenotenjem so-

⁶⁴ V sodbi II Ips 710/2008 z dne 1. 12. 2011 je Vrhovno sodišče kompleksna pravna vprašanja »razrešilo« s pičlimi tremi stavki: »Pravilno je materialnopravno naziranje sodišč, da je o lastninski pravici na spornem objektu že pravnomočno odločeno. Lastninska pravica MD je tako (glede na njegova zatrjevanja) lahko predmet pravnega razmerja med njim in ED (skupna lastnina), vendar le v okviru njenega solastniškega deleža na eni polovici sporne nepremičnine. To pomeni, da sta sodišči pravilno zavrnila tožbeni zahtevek.« Ko je Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 260/2009 (sodba z dne 16. 7. 2009) spremenilo odločitev sodišč prve in druge stopnje ter zavrnilo tožbeni zahtevek zaradi drugačne presoje o pravno relevantnem vzroku za nastanek škodnega dogodka, ni na jasen, razumljiv in pravno razčlenjen način utemeljilo, zakaj za presojo o vzročnosti niso pomembne druge okoliščine iz dejstvenega kompleksa konkretnega škodnega dogodka, ki so bile očitno predmet spora in ki sta jih ugotovili sodišči prve in druge stopnje ter jima pripisali pomen pravno relevantnega sovzroka za nastanek škodnega dogodka. Zaradi kršitve 22. člena Ustave je Ustavno sodišče to sodbo razveljavilo (gl. odločbo Up-1273/09 z dne 13. 10. 2011). Naslednji tak primer: Višje sodišče v Ljubljani je v sodbi št. II Cp 4372/2008 z dne 19. 11. 2008 navedlo, da redno plačevanje letne odškodnine, ki naj bi se plačevala vse do izročitve zemljišča, ni pretrgalo zastaranja obveznosti izročitve zemljišča, ker je pritožnica s tem izpolnjevala drugo obveznost po pogodbi, hkrati pa, da se te druge obveznosti (tj. plačevanja letne odškodnine), ki še ni v celoti zastarala, tožena stranka lahko reši samo, če izpolni zastarano obveznost. Z drugimi besedami: sodišče obveznosti, ki izhajata iz pogodbe, enkrat (pri presoji zastaranja) šteje za dve samostojni obveznosti, drugič (pri presoji prenehanja obveznosti zaradi izpolnitve) pa za povezani, tako da druga obveznost brez izpolnitve prve ne more prenehati (sodbo je Ustavno sodišče razveljavilo – gl. odločbo Up-147/09 z dne 23. 9. 2010). Ali pa: s sodbo Višjega sodišča v Mariboru št. I Cp 1636/2008 z dne 3. 12. 2008 je bila zaradi odsotnosti vsakršnih razlogov za zavrnitev glavnega zahtevka pravica do sodnega varstva pritožniku v tem delu zagotovljena le na videz (gl. odločbo Ustavnega sodišča o razveljavitvi te sodbe Up-162/09 z dne 16. 12. 2010). Zgodilo se je celo, da je Vrhovno sodišče sprejelo pravno mnenje, za katero je, potem, ko je nanj oprlo odločitev v eni od kasnejših zadev, Ustavno sodišče ugotovilo, da je Vrhovno sodišče z njim dalo določbi 216. člena Zakona o obligacijskih razmerjih pomen, ki nasprotuje smislu besedila te določbe, zaradi česar je očitno napačno in s tem v nasprotju z jamstvom enakega varstva pravic po 22. členu Ustave. Gl. odločbo Ustavnega sodišča Up-270/01 z dne 19. 2. 2004 in pravno mnenje Občne seje Vrhovnega sodišča z dne 30. 6. 2004 (objavljeno v publikaciji Pravna mnenja Vrhovnega sodišča RS, I/2004, str. 14–17), s katerim je bilo nadomeščeno (očitno napačno) pravno mnenje Občne seje Vrhovnega sodišča z dne 19. 12. 2000.

⁶⁵ Ta vidik obrazložitve je poudarjen v anglosaškem pravnem krogu. Gl. J. M. Jacob, *Civil Justice in the Age of Human Rights*, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, Burlington 2007, str. 87, 88.

⁶⁶ Prav zaradi pravnega formalizma, ko sodišča zaradi dekontekstualnega pristopa (po katerem so socialne in ekonomske okoliščine zadeve izločene iz sodnikovih razmislekov) niso sposobna prepoznati in sankcionirati zlorab, se iz normalnega pravnega okolja preneseni pravni instituti, kjer delujejo učinkovito in v dobro ljudi, pri nas izrodijo (tako je bil npr. zemljiški dolg, sicer koristen institut, ki poenostavlja in olajšuje zavarovanje kreditov, zaradi številnih zlorab pred nedavnim odpravljen).

⁶⁷ Gl. odločbo Up-545/11, Up-544/11 z dne 7. 6. 2012, s katero je Ustavno sodišče ugotovilo, da je Vrhovno sodišče kršilo zahtevo po prepovedi samovoljnega (arbitrnega) odločanja, ki izhaja iz 22. člena Ustave, ker je svojo odločitev oprlo na stališče Ustavnega sodišča, pri čemer dejanskih okoliščin konkretnega primera ni primerjalo s tistimi, ki jih je Ustavno sodišče v okviru argumentacije nosilnega stališča v svoji odločitvi posebej poudarilo kot odločilne, oziroma ker ni pojasnilo, zakaj okoliščine konkretnega primera utemeljujejo uporabo prav tega stališča.

dne prakse,⁶⁸ neupoštevanja prava EU⁶⁹ in končno zavlačevanja z odločitvijo?

Upočasnjenost in nagnjenje k zavlačevanju, kar je ena od skupnih značilnosti postsocialističnih sodstev, je delno tudi posledica nekoherentne, divergentne in nepredvidljive sodne prakse ter iz tega izvirajočega (birokratskega) strahu sodnikov pred odgovornostjo za oblastno sprejete odločitve, ki je v resnici strah pred neuspehom na višjih instancah.⁷⁰ Že samo obilje pravnih sredstev izhaja iz podmene, da odločbam sodišč (torej sodstvu kot celoti) ne gre kar tako verjeti. To nezaupanje je okrepljeno z (do nedavnega) lahko in enostavno dostopnostjo do višjih instanc (pravna sredstva so povečini zasnovana kot pravice), ki se v praksi kaže v velikem številu sporov in zato preobsežnem, nepreglednem in težko obvladljivem korpusu judikature. Če temu dodamo pospešeno naraščajočo množico pravne literature (domače in tuje), vse težje obvladljivo judikaturu ESČP in SEU, se ob znani kvaliteti slovenskega sodstva problemi pomnožijo. Nezadržna produkcija podatkov, ki prehaja že v polucijo, v resnici sprevrta smisel in pomen, ki ga ima za pravno varnost in zaupanje v pravo. Pomeni vsesplošno (za pravo že sicer značilno) relativizacijo, priložnost daje manipulacijam in zavajanjem ter povečuje možnosti za nepredvidljivost sodnega odločanja. Vse to deluje kot veleblagovnica, ki ponuja različno blago: če pozorno in potrpežljivo preišče prodajne police, bo vsaka stranka zase našla nekaj uporabnega,

⁶⁸ Npr. glede pooblastil prokurista v sodnih postopkih, štetja rokov med sodnimi počitnicami, vročanja odvetnikom v poštne predale itd. O težavah Vrhovnega sodišča s koherentno in predvidljivo sodno prakso veliko pove tudi dejstvo, da je npr. isti senat istega dne (23. 8. 2012) o istem pravnem vprašanju (kdaj je treba izjemoma omogočiti vrnitev premoženja po določbah ZDen kljub poteku roka iz prvega odstavka 64. člena ZDen) sprejel dve med seboj diametralno nasprotni stališči (gl. sklepa II Ips 52/2012 in II Ips 181/2012).

⁶⁹ Prim. odločbo Ustavnega sodišča Up-1056/11 z dne 21. 11. 2013, s katero je bila razveljavljena sodba Vrhovnega sodišča, ker se to sodišče do strankinega predloga za predložitev zadeve SEU v predhodno odločanje sploh ni opredelilo.

⁷⁰ Po mnenju Uzelca je socialistični sodnik drugačen od svojega *common law* kolega, za katerega je značilna herojska drža in prizadevanje za prispevek k pravni zgodovini s prudentnimi, pogumnimi in sijajno obrazloženimi odločitvami. Socialistični sodnik je prestrašen – boji se odgovornosti, morebitnega povračila, drži se ob strani, želi ostati kar se da neopazen, po možnosti anonimno. Zato odlaša z odločitvijo in se rad zateka k formalizmu, ki mu omogočajo beg pred meritornim odločanjem, kar pomeni beg pred oblastnim odločanjem (uradniško, birokratsko odločanje seveda ni oblastno odločanje, sodnik, ki sebe doživlja na tak način, se vidi zgolj kot mehanski podaljšek prave oblasti – tako kot je to policaj ali uradnik za okencem). Gl. A. Uzelac, v op. 59 nav. delo, str. 383. Gre za razliko v miselnosti; v *common law* sistemih je sodnik oblast, v socializmu je (bil) sodnik bolj uradnik in zato bolj dovzeten za ustrežljivost politični moči kot spoštovanju prava. Tudi pri pravnem formalizmu gre zato prej za slepo pokoravanje moči in za nespoštovanje prava kot pa za slepo poslušnost pravu. Gl. Z. Kühn, v op. 7 nav. delo, str. 147. Ekscesni formalizem je značilen tudi za romanski krog, npr. za italijansko sodstvo, kjer se je, podobno kot v postsocialističnem slovenskem in hrvaškem sodstvu, uveljavila birokratska kultura brez tradicije odličnosti in trdega dela (prav tam, str. 173).

nekaj, kar se bo prilegalo njenim konkretnim pravnim koristim in interesom.⁷¹ Po drugi strani je nekonsistentna in nepredvidljiva sodna praksa tudi pospeševalka sporov. Kadar je izid spora negotov, se bo v spor spustil tudi tisti, ki bi mu moralo biti že vnaprej jasno, da je pravdanje nesmiselno, da je to samo potrata časa in stroškov, ker bo pač spor tako in tako izgubil.

Posebna težava je način kadrovanja sodnikov in kadrovska politika. Sodniki prihajajo predvsem iz vrst svetovalcev na sodiščih (potem, ko je preverjena njihova prilagodljivost in kompatibilnost s sistemom), medtem ko se pravnike od zunaj (npr. sijajne svetovalce Ustavnega sodišča) tako rekoč sistematično zavrača.⁷² Podobne so madžarske in hrvaške izkušnje z zaprtostjo in incestoidnostjo sodstva, ki samo sebi postavlja merila, ki samo sebe nadzoruje, samo sebi odgovarja ter se zato nagiba k oligarhizaciji. Na pomembna in visoka mesta v sodniški hierarhiji namešča osebe, ki izpolnjujejo pričakovanja tradicionalnih postsocialističnih (sodniških) elit, največkrat osebe iz globin sistema.⁷³ Starorežim-

⁷¹ M. Taruffo, M. La Torre, *Precedent in Italy* v: D. N. MacCormick, R. S. Summers (ur.), *Interpreting Precedents*, Ashgate, Aldershot 1997, str. 186.

⁷² Kot posebna kvaliteta kandidata, večkrat izpostavljena v šablonskih in z leporečnimi publicami opremljenih mnenjih personalnih svetov, je npr. to, da je kandidat »kooperativen in da ima smisel za timsko delo«, kar z drugimi besedami pomeni kandidatovo prilagodljivost splošnim in prevladujočim miselnim vzorcem, njegovo dovzetnost za etiko poslušnosti. Verjetno tudi za slovenske razmere velja enako, kot je za češko sodstvo ugotovil Kühn: Mladi imajo prednost pred starejšimi kandidati s poklicnimi izkušnjami, pridobljenimi zunaj sodstva, in sicer zaradi strahu, da bi tisti, ki bi prišli od zunaj, uvajali kaj novega, nepreverjenega in neutečenega. Gl. Z. Kühn, v op. 7 nav. delo, str. 171. Skratka, strah pred novim, svežim, konkurenčnim. Ali, kot ugotavlja Bobek, na mlade in sveže diplomante, ki vstopajo v sistem, je lahko vplivati. S tem se zagotavlja *inbreeding* in reprodukcija obstoječe mentalitete. Celotna socializacija ter prevzem vrednot in delovnih navad se tako dogajajo izključno znotraj sodstva, kar ustvarja posebno kasto, ločeno od družbe, s tem pa se ustvarjajo problemi glede reprezentativnosti in odgovornosti sodstva. Gl. M. Bobek, *The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries*, forthcoming in *European Public Law*, Vol. 14, št. 1 (2008), str. 15, 16.

⁷³ Uzelac ugotavlja, da se tisti, ki pripadajo sodniškim oligarhijam, spretno vključujejo v strukture politične moči. Gl. A. Uzelac, v op. 59 nav. delo, str. 395. Gl. tudi Z. Fleck, *Judicial Independence in Its Environment in Hungary* v: J. Pribáň, P. I. Roberts in J. Young (ur.), *Systems of Justice in Transition. Central European Experiences since 1989*, Ashgate Publishing, Dartmouth 2003, str. 129. V tem smislu tudi M. Bobek, prav tam, str. 12 in nasl. Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o sodniški službi (EVA 2013-2030-0110) gre izrazito v to smer. Sodni svet naj bi dobil zakonsko pooblastilo, na podlagi katerega bo podrobneje določal enotna merila za izbiro kandidatov za sodniško mesto in merila za kakovost dela sodnikov za oceno sodniške službe. Med enotnimi kriteriji za izbiro, napredovanje sodnikov ter za izdelavo ocene sodniške službe pa so (poleg delovne sposobnosti in strokovnega znanja) tudi osebnostne lastnosti in socialne veščine. Iz obrazložitve Predloga Zakona izhaja, da so osebnostne lastnosti npr. čustvena stabilnost, preudarnost, sposobnost samorefleksije, zanesljivost in odgovornost, samoiniciativnost, socialne veščine pa naj bi pomenile komunikacijske spretnosti, spretnosti obvladovanja konfliktnih situacij in spretnosti sodelovanja v kolektivu. Vse to naj bi bilo predmet meril, ki bi jih določil sodni svet. Ali z drugimi besedami, ker gre za nedokazljive in nemerljive lastnosti, se bosta diskrecija sodnega sveta in s tem njegov vpliv na kadrovanje sodnikov le še okrepila. Zlasti pojem »socialne veščine« se lahko pojmuje zelo poljubno, tudi kot prilagodljivost splošnim družbenim in dominantnim političnim tokovom, kar je v temeljnem nasprotju s sodniško držo. Novela Zakona o sodniški službi bo tako nadaljnji prispevek k oligarhizaciji slovenskega sodstva.

ski politiki se tako ni treba truditi, da bi si zagotovila vpliv nad sodstvom in ga tudi dolgoročno obdržala. Prav zato je ta politika tako vneta zagovornica sodniške neodvisnosti.⁷⁴ Največji problem slovenskega sodstva je pomanjkanje mentalne in intelektualne neodvisnosti, pomanjkanje svobodne, odprte in pogumne pravne (in tudi demokratične) misli ter notranje avtonomije sodnikov.⁷⁵ Lustracija, tudi če bi bila izvedena, ne bi imela moči prečistiti slovensko juridično pamet (in nespamet), prav tako ne bi odstranila prevladujočih starorežimskih avtoritarnih miselnih vzorcev. Tudi postopen dotok novih sodnikov bistveno ne načenja v totalitarnem obdobju podedovane, (pre)vladujoče korporativne in avtoritativne miselnosti. Mladi, čeprav bolj izobraženi in pravno bolj razgledani sodniški kadri se podredijo in prilagodijo, sistem jih dobesedno posrka, sicer morajo oditi ali izbrati pot osamljenih popotnikov. *Forma mentis* slovenskega sodstva ostaja vseskozi enaka. Edina prava in uspešna lustracija v sodstvu je mentalna lustracija, torej tista, ki jo izvajajo Ustavno sodišče, ESČP in SEU s svojimi jurisprudencami. Te sodne instance ne lustrirajo samo slovenskega pravnega reda, temveč tudi ustavno kulturo nasploh, predvsem v smislu afirmacije kulture argumentacije in odprtega multilateralnega pravnega dialoga.

7. Oligarhizacija

Pred več kot 230 leti je John Adams ugotovil, da kadar se ekonomska moč zgosti in nakopiči v rokah ozke skupine posameznikov, posledično odteče k njim in stran od ljudi tudi politična moč, kar končno privede do oligarhije in tiranije. Aristotel je že davno pred tem oligarhijo razčlenil na štiri tipe. Za prvo, kjer je pretežna lastnina dokaj enakomerno porazdeljena med večino, je značilno, da lastniki uživajo dostop do vodenja države, in ker je teh ljudi veliko, je ultimativna moč v rokah prava in ne ljudi. Za naslednji tip oligarhije je značilno manjše število lastnikov, a z večjim obsegom premoženja ter s tem večjo močjo in posledično večjimi zahtevami glede upravljanja z državo (zato so oni tisti, ki odločajo, kdo od

⁷⁴ Do enakih zaključkov so prišli tudi drugod. Prim. P. C. Magalhaes, *The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe*, *Comparative Politics*, št. 1 (1999), str. 48; gl. tudi B. Schönfelder, *Judicial Independence in Bulgaria: A Tale of Splendour and Misery*, *Europe-Asia Studies*, št. 1, (2005), str. 61–92.

⁷⁵ Enako Bobek, ki med drugim ugotavlja, da strukturna ločitev oblasti še ne zagotavlja neodvisnosti sodnikov v medsebojnih, notranjih razmerjih (neodvisnosti od drugega, zlasti od starejših kolegov). Gl. v op. 73 nav. delo., str. 8 in nasl.

državljanov bo pripuščen k vodenju države). Kljub temu še niso tako močni, da bi vladali brez zakonov, vendar so jim ti pisani na kožo. Tretji tip oligarhije pomeni zaostritev drugega. Medtem ko se število lastnikov zmanjša, se obseg njihovega premoženja poveča. Vse javne funkcije se zgostijo v rokah peščice lastnikov in z zakonom je predpisano dedovanje teh funkcij. Ko nato njihovo premoženje preseže vse mere in ko si pridobijo vse družabnike, se pojavijo dinastije – tedaj vladajo posamezniki in ne pravo. To je četrti tip oligarhije.⁷⁶

Posebnost tranzicijskih družb, še zlasti slovenske, je, da je proces oligarhizacije nasproten – najprej se je zgostila in nakopičila politična oblast (v resnici je ta v znatnem delu ostala tam, kjer je bila že prej, saj nikoli ni prišlo do prave in pristne razpršitve stvarno delujoče oblasti), nato je v lastninsko sproščenih razmerah, ko je postalo dovoljeno obogateti, tja odtekla še ekonomska moč. Tako se končuje slovenska tranzicija – iz totalitarne prek pravno deformirane (ki je tak razvoj omogočila) v oligarhizirano družbo, v kateri se vlada prek monopolov. Vse, kar se je zgodilo in se še dogaja, je posledica sistematičnih, ustavnost izničujočih praks, ki so privedle do vsesplošnih državnih monopolov na področju javnega, ekonomskega in političnega življenja. Ti monopoli, ki izključujejo tržne parametre, so gojišče in zavetje korupcije ter hkrati vzvod za ideološko-politično in mnenjsko obvladovanje ter ekonomsko izčrpavanje prebivalstva. Slovenija je živ dokaz resnice, ki jo je že pred skoraj 240 leti odkril Adam Smith, ko je v svojem monumentalnem delu »Raziskovanje narave in vzrokov za bogastvo narodov« strnjeno povedal tudi naslednje: Ni blaginje brez vladavine prava. Po njegovem je regulatorna vloga države smiselna le v sferi razgradnje monopolov in preprečevanja zlorab, skrbi za red, vladavino prava in varstvo zasebne lastnine, ne sme pa se lotiti dirigiranja ekonomskih aktivnosti. Že omenjena lestvica konkurenčnosti razkriva, da ima Slovenija veliko bogastvo v človeških virih in v naravnih potencialih. Vendar ob nedelovanju pravne države in njenih institucij to ne pomaga k izhodu iz krize (vsi ti viri so obstajali že pred krizo, a nas pred njo niso obvarovali), kot tudi v času Adama Smitha razpoložljive količine zlata in srebra niso zagotavljale blaginje, pač pa so do nje vodile domača proizvodnja, svobodna trgovina in pravna učinkovitost, ki je zagotavljala pred-

⁷⁶ Povzeto po G. Harutyunyan, gl. v op. 2 nav. delo, str. 60.

vidljivost in zaupanje v dano (pogodbeno) besedo. Še en dokaz, da ima kriza moralno-etične temelje, da je njeno bistvo v sindromu praks, ki nasprotujejo ideji ustavnosti.

8. Izhod

Zdi se, da se ponujajo tri poti iz krize: prva je endogena, druga eksogena, tretja (in najbolj verjetna) v popolnem kolapsu sistema.

Ker smo odgovorni kot posamezniki, je izhod iz krize najprej v nas samih in v vsakem od nas. Vsak mora dati svoj prispevek – glede na svoje (z)možnosti in okoliščine, v katerih se nahaja. Recimo tako, kot so ravnali pogumni moldavski novinarji, ki jim je bila s političnim nadzorom nad njihovim delom kratena svoboda izražanja, ki jo zagotavlja 10. člen EKČP (zadeva *Manole*). Tudi poimenovanje ene od ljubljanskih ulic po Titu je US razveljavilo, ker so to zahtevali odgovorni posamezniki. Upanje za Slovenijo so tudi slovenski mladi, neodvisni in pluralni intelektualci, združeni v projektu Evropska Slovenija. Slovenija potrebuje aktivno državljanstvo, aktiviranje ustavne in državljanske zavesti, nepretrgan civilnodružbeni ustavni monitoring, odprt in svoboden javni ustavni diskurz, odprto in aktivno civilno družbo. Samo ob odgovornem ravnanju vsakogar v vsakdanjem življenju in prek državljanske aktivnosti z močjo argumentirane javne (in tudi s pravnimi sredstvi uveljavljene) besede se ob Ustavnem sodišču kot ultimativnem varuhu ustavnosti morda kaže luč na koncu tunela.⁷⁷ Prav Ustavno sodišče je namreč tista institucija, ki je, to sem prepričan, sposobna zavarovati nedotakljivo, večno jedro slovenske ustavne identitete: slovensko suverenost, človekovo dostojanstvo in njegovo svobodo, enakost v človekovih pravicah in pred zakonom, oblast ljudstva ter vladavino prava. Vloga Ustavnega sodišča je v krizi, ki jo preživlja Slovenija, lahko odločilna. Vendar pod pogojem, da se ključni igralci na oblastno-politični, ekonomski, pravno-strokovni, predvsem pa medijski sceni tega zavedajo in omogočijo, da se ne

⁷⁷ V tej zvezi je pomembna sodba ESČP v zadevi *Youth Initiative For Human Rights proti Srbiji* (sodba z dne 25. 6. 2013), ko je Sodišče poudarilo, da nevladna organizacija, kadar zastopa javni interes, opravlja podobno nadzorno funkcijo kot mediji. V skladu s 46. členom EKČP je obveščevalni agenciji naložilo, da mora pritožnici posredovati zahtevani podatek o tem, koliko ljudi elektronsko nadzoruje. S tem, ko je obveščevalna agencija najprej zavrnila zahtevo nevladne organizacije, da ji razkrije podatek, kasneje (ko ji je razkritje podatka naložil informacijski pooblaščenec) pa nevladno organizacijo obvestila, da z zahtevanim podatkom ne razpolaga, je prišlo do kršitve 10. člena EKČP (svoboda izražanja).

samo ukazi, vsebovani v dispozitivih odločb, ampak predvsem njegova na temeljnih ustavnih vrednotah osnovana povezovalna sporočila prelijejo v družbo in ponotranjijo.

Odlična rešitev za slovensko ustavnost bi bila tudi krepitev evropske integracije. Ne samo v smeri bančne unije, ampak v vzpostavitvi mehanizmov zagotavljanja delovanja vladavine prava, in sicer ne le centralno v sami Uniji, njenih institucijah in Sodišču, temveč v vseh državah članicah. Vladavina prava je namreč eden od predpogojev članstva, eden od »Kopenhagenskih kriterijev«, kot je to poudarjeno v 49. členu PEU, ki se sklicuje na 2. člen. Ker vladavina prava ne more biti *domain réservé* posamezne članice, tudi motnje v delovanju pravne države niso in ne smejo biti notranja zadeva posamezne države članice. Evropska unija je še kaj več kot samo enoten trg ali ekonomska in monetarna unija, je tudi območje, kjer so njenim državljanom zagotovljene svoboda, varnost in pravica. Zato se zdi predlog Viviane Reding, po katerem bi dobila Komisija kot neodvisni varuh pogodb pristojnost intervenirati v posamezni državi članici tudi v primerih krize vladavine prava, na prvi pogled sijajna rešitev.⁷⁸

Žal pa najbrž utopična. Ne samo politično – pomenila bi namreč federalizacijo EU (na kar države, kot so Združeno kraljestvo ali Francija, nikoli ne bodo pristale)⁷⁹ –, ampak predvsem pravno. Uresničitev predloga komisarke Reding bi zahtevala bistveno razširitev pristojnosti SEU ter vzpostavitev nove in povsem specifične procedure za uveljavitev načel pravne države iz 2. člena zoper državo članico, ki bi jo začela Komisija ali katerakoli država članica. To bi močno okrepilo položaj in vlogo Komisije, SEU pa bi pridobilo tako rekoč neizmerna pooblastila. Ne samo kršitev posamezne določbe katere od uredb ali direktiv, Komisija bi lahko državo članico obtožila tudi nespoštovanja prava nasploh in celo nespoštovanja vseh v 2. členu ohlapno in s povsem odprtimi pojmi naštetih vrednot (npr. človekovo dostojanstvo, svoboda, demokracija, strpnost, pravičnost, solidarnost). Komisija potem ne bi bila več (samo) varuh Pogodbe, ampak bi postala tudi varuh evropskih vrednot. Te vrednote pa niso pravila, temveč cilji, na-

⁷⁸ Gl. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-677_en.htm?locale=en (zadnjič obiskano 4. 9. 2014).

⁷⁹ Nemško zvezno ustavno sodišče je v svoji sodbi glede Lizbonske pogodbe iz leta 2009 ugotovilo, da nemška ustava (Temeljni zakon) ne dopušča pristopa k evropski federaciji. Pristop bi zahteval odpoved suverenosti Zvezne republike, za kar bi bilo potrebno sprejetje nove ustave (BverfGE 123, 267 <364>).

čela, usmeritve in politične zaveze, zato bi bila tudi tožba zoper državo članico prej politične kot pravne narave. Dobronameren in simpatičen predlog komisarke bi se zato lahko izkazal celo kot nasprotje tistega, za kar si prizadeva. Vladavina prava bi bila najbrž ogrožena, če bi sodna oblast (SEU) dobila tako široka in daljnosežna pooblastila, na podlagi katerih bi sprejemala obsodbe in izrekala sankcije zaradi kršitev nejasnih, fluidnih in meglenih konceptov (ki so bolj politične kot pravne narave).

Predlog komisarke Reding vključuje tudi zahtevo po odpravi 51. člena Listine EU o temeljnih pravicah, po katerem se njene določbe uporabljajo za institucije, organe, urade in agencije Unije ob spoštovanju načela subsidiarnosti, za države članice pa samo takrat, ko izvajajo pravo Unije. Listina namreč ne razširja področja uporabe prava Unije preko pristojnosti Unije niti ne ustvarja nikakršnih novih pristojnosti ali nalog Unije in ne spreminja pristojnosti in nalog, opredeljenih v Pogodbah. Odprava tega člena bi pomenila razširitev uporabe Listine na področje vseh oblastnih aktov držav članic, SEU pa bi pridobilo pristojnost odločati o vseh zadevah, v katerih bi šlo za trditve o kršitvah temeljnih pravic v katerikoli državi članici, tako tistih »klasičnih« kot tudi novih (npr. varstvo potrošnikov, pravica do dobrega upravljanja, pravice starejših, kulturna, verska in jezikovna raznolikost). Na ta način bi se oblikovala, kot pravi J. Cornides, nova evropska sodna superstruktura, ki bi ne samo zelo verjetno porušila obstoječe ravnotežje moči v Uniji (tako glede razmerja med Unijo in državami članicami kot glede razmerja med različnimi institucijami), ampak bi privedla tudi do nepredvidljivih in težko razrešljivih pristojnostnih sporov in zapletov med nacionalnimi sodnimi sistemi, ustavnimi sodišči in ESČP (ki obravnava individualne pritožbe, potem ko so bila izčrpana vsa razpoložljiva domača pravna sredstva).⁸⁰ Glede vsega bi imelo (prek neizmerno širokega polja razlagalne oblasti, ki jo omogočajo pojmi »solidarnost«, »strpnost«, »pluralizem« itd.) zadnjo in odločilno besedo SEU (torej tudi o vprašanih davkov, kulture, izobraževanja, družinskega prava, kazenskega prava itd.). Kaj bi potem še ostalo od suverenosti držav članic?

Zato se zdi bolj verjetna druga (krajša) pot, kar pomeni, da je treba dati spiralnemu padcu, procesu proti neizbežnemu, silovit vektorski pospešek. »Čim slabše je, tem boljše« ima potem izključ-

⁸⁰ Gl. J. Cornides, *The European Union: Rule of Law or Rule of Judges?*, dosegljivo na: <http://www.ejiltalk.org/the-european-union-rule-of-law-or-rule-of-judges/> (zadnjič obiskano 2. 9. 2014).

no dobronamerno konotacijo. Prej ko se bomo raztreščili na skalnatem dnu, prej se bomo začeli sestavljati in pobirati. S tega vidika ne vidim ničesar slabega v ravnanjih, ki nas vodijo v razkroj. Če propad seveda razumemo kot tembatsu, bifurkacijo, katarzo, resetiranje, spremembo temeljne paradigme, streznitev. Morda bo prišlo do kaosa, anomalije, ampak ne kot trajnega stanja. Zatem se bomo sestavili na podlagi nove paradigme. Kakšna bo, tega ne ve nihče. Če je bilo do sedaj vse tako, kot je prej in vseskozi bilo (do sedaj je veljalo, da bolj, ko so se stvari spreminjale, bolj je ostajalo vse isto – v zadnjem času še bolj, kot je bilo nekoč), potem res, ampak čisto zares, nič več ne bo tako, kot je bilo.

Katerikoli scenarij se bo že uresničil, v vsakem primeru bo moral na koncu pripeljati do nacionalne sprave, brez katere se ne bomo nikoli moralno-etično resetirali in integrirali. In ta se bo najprej začela pri bistvenem – pri temeljnem odnosu do človečnosti, se pravi, pri človeka vrednem pokopu vseh mrtvih (med vojno in po njej umorjenih, izvensodno in psevdosodno – ali kdo ve, kje so pokopane žrtve Dachauskih procesov?). Dokler na tej točki ne bo moralno-etičnega soglasja, dokler ne bo sprave, ki jo razumem ne (toliko) kot spravo dveh sprtih strani (ta je drugotna in posledična ter samo zunanji izraz pristnega, moralno-etičnega soglasja naroda), ampak kot nacionalno poenotenje na tako temeljni in absolutni točki, kot je odnos do večnega in nedotakljivega jedra človekovega dostojanstva, to je do svetosti življenja, do pravice do groba in do pietete (dobrega spomina), toliko časa ne bo normalne, civilizirane in ustavno integrirane Slovenije. Strinjam se s profesorjem Jambrekem, da »družba ostaja zločinska toliko časa, dokler uspešno zastira spomin na svoj zločinski izvor«. ⁸¹ Zato sprava (ki je samo drugo ime za rekonstitucionalizacijo družbe) ne more biti utemeljena na laži. Resnica osvobaja. Brez nje ni sprave – ne z Bogom ne s samim seboj. ⁸² Tudi sodstvo bo moralo doživeti svoj katarzični trenutek resnice in njenega zavedanja. Dokler se ne bo javno in z dejanji opravičilo za izvedbo organiziranih sodnih umorov ⁸³ vseh tistih, ki so bili po krivici obsojeni na smrt (Dachauski

⁸¹ Jambrek, v op. 49 nav. delo, str. 15.

⁸² »In spoznali boste resnico, in resnica vas bo osvobodila.« (Janez 8:32)

⁸³ Zavajajoč evfemizem »montirani sodni procesi« je akademik dr. Matija Horvat lucidno zamenjal z izrazom »organizirani sodni umori« ter s tem povedal bistvo stvari (gl. njegov članek »Nič nisem zagrešil in tudi milosti ne bom prosil« – Vlasto Kopač in slovenska pravna država«, Delo, Sobotna priloga, 31. 8. 2013, str. 12).

procesu, božični procesi itd.), s čimer je zagrešilo trojni zločin – zločin zoper življenje, zločin zoper pravo⁸⁴ in zločin zoper pieteto nedolžnih žrtev (da jih je lahko umorilo, jih je moralo razglasiti še za zločince), dokler se ne bo javno in z dejanji pokesalo za svoje sodelovanje pri umorih prebežnikov na meji z Avstrijo in Italijo. Dokler bo za svoje najvišje predstavnike postavljalo osebe, nad katerimi visi svinčena senca nerazčiščene preteklosti iz totalitarnega obdobja, dokler bo obremenjeno z zločinom, toliko časa bo sodstvo (tudi tu mislim na njegovo kompaktno in dominantno jedro) ujetnik rudimentarne starorežimske miselnosti, toliko časa ne bo normalno in ne bo sposobno avtonomne presoje, ki bi segala onkraj preproste dedukcije, toliko časa se ne bo izvilo iz paradigme pravnega formalizma in avtoritarnosti (ki seveda koreninita v ideji »uporabljanja zakona« in v ideologiji logičnega silogizma, ne pa v razumevanju prava in pravičnosti ter zavedanju o svoji vlogi razreševalca sporov), toliko časa ne bo sposobno razumeti pravice in jo deliti. Šele potem se bo v Sloveniji začel proces sprave, ki bo na koncu morda le privedel do ustavne integracije in normalizacije te države.

LITERATURA

- Vojko Antončič, *Distributivna pravičnost, Teorija in praksa*, let. 30, št. 1–2, 1993.
- Michal Bobek, *The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries*, forthcoming in *European Public Law*, Vol. 14, Issue 1 (2008).
- France Bučar, *Pravnik v današnjem času* (uvodno predavanje na 30. Dnevih slovenskih pravnikov), Pravna praksa, 2004.
- Jakob Cornides, *The European Union: Rule of Law or Rule of Judges?*, dosegljivo na: <http://www.ejiltalk.org/the-european-union-rule-of-law-or-rule-of-judges/> (zadnjič obiskano 4. 9. 2014)
- Nenad Dimitrijević, *Srbija kao nedovršena država*, Reč (69), 15. marec 2003.
- Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, *Uvod v Radbruchovo »Filozofijo prava«*, v: Gustav Radbruch, *Filozofija prava* (prev. Amalija Maček), GV Založba, Ljubljana 2007, str. 297.
- Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1999.
- Zoltán Fleck, *Judicial Independence in Its Environment in Hungary*, v: Jiří Přibáň, Pauline Isobel Roberts in James Young (ur.), *Systems of Justice in Transition. Central European Experiences since 1989*, Ashgate Publishing, Dartmouth 2003, str. 121.
- John Chipman Grey, *The Nature and the Sources of the Law*, The Columbia University Press, New York 1909.
- Herbert Lionel Adolphus Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, Vol. 71.
- Gagik Harutyunyan, *Constitution and Constitutionalism in the Context of Constitutional Culture of the New Millennium*, v: G. Harutyunyan (ur.), *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of reality and Challenges*, NJHAR, Yerevan 2013, str. 29.
- Andreas Heldrich, Gebhard M. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses*, v: *Human Rights in Private Law*, D. Friedmann, D. Barak-Erez (ur.), Hart Publishing Oxford, Portland 2003, str. 113.

⁸⁴ Zloraba prava, ki pravo spreminja v orožje za ubijanje nedolžnih, je primerljiva z zlorabo medicine v nacionalsocialističnih taboriščih. Obema je skupna zloraba posvečenih, humanih ved za ubijanje.

- Matija Horvat, »Nič nisem zagrešil in tudi milosti ne bom prosil« – Vlasto Kopač in slovenska pravna država, Delo, Sobotna priloga, 31. 8. 2013.
- Joseph M. Jacob, *Civil Justice in the Age of Human Rights*, Ashgate publishing Limited, England 2007.
- Peter Jambrek, *Pravice do svobode izobraževanja, do svobode znanosti in umetnosti ter do avtonomije univerze*, Dignitas, december 2012.
- Peter Jambrek, Simbolna sporočila države in jedro slovenske ustavne identitete, Delo, Sobotna priloga, 3. 8. 2013.
- Zdeněk Kühn, *The Authoritarian Legal Culture at Work: The Passivity of Parties and the Interpretational Statements of Supreme Courts*, CYELP, 2, 2006.
- Zdeněk Kühn, *The Judiciary in Central and Eastern Europe – Mechanical Jurisprudence in Transformation?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011.
- Pedro C. Magalhaes, *The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe*, Comparative Politics, Vol. 32. No.1 1999.
- Sebastian Nerad, *Recepcija prava Evropske unije v nacionalno ustavno pravo: Ustavno sodišče med pravom Evropske unije in Ustavo*, v: I. Kaučič (ur.), *Pomen ustavnosti in ustavna demokracija*, Znanstveni zbornik Dvajset let Ustave republike Slovenije, Ustavno sodišče RS, Ljubljana 2012.
- Marjan Pavčnik, *Zakonsko (ne)pravo*, Zbornik za Alenko Šelih, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Pravna fakulteta, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2013.
- Leonid Pitamic, *Naturrecht und Natur des Rechtes*, slovenski prevod: *Naravno pravo in narava prava*, v: Leonid Pitamic, *Na robovih čiste teorije prava*, ur. Marjan Pavčnik, prev. Vera Lamut, Pravna fakulteta, Ljubljana 2005.
- Gustav Radbruch, *Pet minut filozofije prava (Fünf Minuten Rechtsphilosophie)*, slov. prevod (Amalija Maček) v: Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, ponatis študijske izdaje, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 268.
- Vesna Rakić Vodinelić, *An Unsuccessful Attempt of Lustration in Serbia*, v: V. Dvořáková, A. Milardović (ur.), *Lustration and Consolidation of Democracy and the Rule of Law in Central and Eastern Europe*, Political Science Research Centre, Zagreb 2007, str. 169.
- Siniša Rodin, *Functions of Judicial opinion – a View From a Post-communist European State*, dosegljivo na: http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/13_Rotterdam.pdf (zadnjič obiskano 4. 9. 2014).
- Wojciech Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgements*, Human Rights Law Review, 2009, št. 3.
- András Sajó, Vera Losonci, *Rule by Law in the East Central Europe: Is the Emperor's New Suit a Straightjacket?*, v: Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero, Steven C. Wheatley (ur.), *Constitutionalism and Democracy – Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, Oxford 1993, str. 321.
- Bruno Schönfelder, *Judicial Independence in Bulgaria: A Tale of Splendour and Misery*, Europe-Asia Studies, Vol. 57. No. 1, 2005.
- Samuel Spac, *Judicial Development after the Breakdown of Communism in the Czech Republic and Slovakia*, Central European University, Budapest 2013.
- Michele Taruffo, Massimo La Torre, *Precedent in Italy*, v: D. Neil MacCormick, Robert S. Summers (ur.), *Interpreting Precedents*, Ashgate, Aldershot 1997, str. 141.
- Vladimir Tismaneanu, *The Devil in History: Communism, Fascism and Some Lessons of the Twentieth Century*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London 2012.
- Alan Uzelac, *Survival of the Third Legal Tradition?*, Supreme Court Review (2010), 49 S.C.L.R.
- Andreas Voßkuhle, *Quovadis, Europa?*, slavnostni govor ob Dnevu Ustavnosti, Ustavno sodišče, Ljubljana, 19. 12. 2013.
- Boštjan M. Zupančič, *Prolegomena to Comparative Law*, v: G. Harutyunyan (ur.), *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges*, NJHAR, Yerevan 2013, str. 367.

