

european constitutionality review

revus

revija za evropsko ustavnost

Ljubljana, december 2010

VSEBINA

7 Uvodnik

Jan Zobec

PRAVO IN PSIHOANALIZA

Stefan Häußler

15 Psihoanalitični nauki o pravu in razmišljanje o čustvih v pravni filozofiji

Čustvena kritika kot kritika prava

Stefan Häußler

27 Gefühlskritik als Rechtskritik

Psychoanalytische Rechtstheorien und die Reflexion von Gefühlen in der Rechtsphilosophie

REVUSOV KANON

Riccardo Guastini

39 Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje

Riccardo Guastini

57 Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione

USTAVNE PRAVICE

Andraž Teršek, Matija Žgur

73 (Finančna) avtonomija univerze

KRONIKA Z MEDNARODNIH SODIŠČ
Meddržavno sodišče v Haagu

Vincent Souty

- 87** Srbija pred Meddržavnim sodiščem v Haagu
Primer Schröedingerjevega mačka v pravu?

Vincent Souty

- 97** La Serbie face à la Cour Internationale de Justice
Un chat de Schrödinger?

- 107** ANGLEŠKI POVZETKI, KLJUČNE BESEDE,
SEZNAMI NAVEDENK IN PREDSTAVITEV
AVTORJEV

- 121** Letna vsebina 2009–2010

- 131** Dvoletni seznam ključnih besed in besednih zvez
2009–2010

TABLE OF CONTENTS

7 Foreword

Jan Zobec

LAW AND PSYCHOANALYSIS

Stefan Häußler

27 Critique of Emotions as Critique of Law

Psychoanalytical legal Theories and the Reflexion of Emotions in Legal Philosophy

REVUS'S CANON

Riccardo Guastini

57 Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation

CONSTITUTIONAL RIGHTS

Andraž Teršek, Matija Žgur

73 (Financial) Autonomy of the University

INTERNATIONAL LAW CHRONICLE

Vincent Souty

97 Serbia and the International Court of Justice

A Schrödinger's Cat?

107 ENGLISH SYNOPSES, KEY WORDS, AND AUTHORS'
SHORT BIOGRAPHIES

125 Table of Contents 2009–2010

Uvodnik

Referendum ni pravno sredstvo zoper odločbe ustavnega sodišča

Svoja razmišljanja¹ o zahtevi za prepoved referenduma začnjam tam, kjer bi se morala pravzaprav skleniti – pri tehtanju med pravico do referenduma in posledicami, ki bi jih pomenila zavrnitev zakona na referendumu. Odločitev o (ne)dopustitvi referenduma je namreč odvisna od odgovora na vprašanje, kateri od ustavnih vrednot, ki sta (so) v konfliktu, je treba dati prednost. Prvi korak pri iskanju odgovora na to vprašanje je opredelitev »teže« konkurirajočih si vrednot.²

1 »TEŽA« PRAVICE DO REFERENDUMA

Pravico do referenduma je Ustavno sodišče opredelilo kot »človekovo pravico«. To je prvič storilo v odločbi št. U-I-47/94 z dne 19. 1. 1995, kjer je navedlo:

Ker 90. člen pomeni ustavno izpeljavo ustavne pravice do neposrednega odločanja državljanov iz 44. člena Ustave, pa tudi zato, ker je tudi v njem samem zajeto pravico 40.000 volivcev, da zahtevajo razpis referenduma, možno šteti za 'človekovo pravico', podvrženo pravnemu režimu iz 15. člena Ustave, tudi za morebitne zakonske posege v njegove določbe (kolikor se nanašajo na to ustavno pravico) veljajo določbe drugega in tretjega odstavka 15. člena Ustave.

- 1 V tej obliki sem jih podal kot pritrdilno ločeno mnenje k odločbi Ustavnega sodišča RS, št. U-II-1/10. Mnenju se je pridružil tudi sodnik dr. Ernest Petrič.
- 2 Tehtanje (in ravnoteženje) vrednot, ki si konkurirajo, je težko in nevarno početje (hitro lahko namreč prek intuicije zdrkne v arbitrarnost). Tako kot ni mogoče primerjati barve in vonja, dolžine in teže, so tudi posamezne ustavno varovane dobrine med seboj metrično neprimerljive. Pri tehtanju (ta pojem je treba v pravu razumeti samo kot metaforo – prim. Stavros Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009) 3, 473) zato ne gre za kvantificiranje, temveč za vzpostavljanje povezav med tekmujočimi vrednotami in za spretnost argumentiranja. Tisto, kar ima težo in kar na koncu obvelja, kar odloči, so argumenti, razumna utemeljitev odločitve znotraj zakona o tehtanju (angl. *law of balancing*), po katerem je dovoljena stopnja nezadovoljitve ene vrednote odvisna od pomembnosti zadovoljitve z njo tekmujoče vrednote (prim. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* – prev. Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, 101 in nasl.). V posameznem primeru zato ne prevlada vrednota z večjo težo, pač pa tista, ki ima glede na konkretne okoliščine za seboj močnejše argumente.

Sam v referendumu bolj kot človekovo pravico vidim pomembno orodje v sistemu zavor in ravnotežij, ki ima različne vloge in učinke – odvisno od tega, kdo je predlagatelj referenduma. Kadar so to volivci, ima drugačno vlogo kot referendum, ki ga razpiše Državni zbor na svojo pobudo. Drugačna je vloga referenduma, ko ga zahteva Državni svet, in spet drugačna, ko ga zahteva najmanj trideset poslancev. Težko je vse, glede na iniciatorje različne oblike referenduma enačiti in reči, da gre povsod za »enako« izhodiščno težo pravice do referenduma, ne glede na to, kdo referendum zahteva. Gotovo je upoštevna razlika med referendumom, ki ga zahteva najmanj 40.000 volivcev, ki s tem neposredno uresničujejo pravico do referenduma in do neposrednega sodelovanja pri upravljanju javnih zadev, kot takrat, ko referendum zahteva parlamentarna manjšina. Zahteva najmanj tridesetih poslancev pomeni »samo« posredno obliko sodelovanja pri upravljanju javnih zadev. Tu gre namreč za zahtevo, rojeno znotraj predstavniške demokracije, ki pomeni njen popravek, kontrolo oziroma zavoro, in ki njene napake in stranpoti odpravlja z vračanjem k svojemu izvoru – k ljudstvu. Ljudstvo (prek referenduma kot orodja) je pri samem nastanku zahteve za referendum udeleženo nič več kot pri vsakokratnem glasovanju v državnem zboru – samo posredno, prek izvoljenih predstavnikov.

Zato tudi na zahtevo tridesetih poslancev za razpis referenduma ni mogoče gledati drugače. Ali bo sploh prišlo do take zahteve, ki šele rodi človekovo pravico do referenduma, je odvisno izključno od dveh naključij, pri čemer na nobeno od njih volivci ne morejo neposredno vplivati: prvo naključje je položaj, ko je pri sprejetju določenega zakona vsaj trideset poslancev ostalo v manjšini, in drugo je avtonomna odločitev teh poslancev, naj o tem zakonu, pri katerem so bili preglasovani, odloči ljudstvo na referendumu. Kot človekova pravica, ki sploh ni dana v roke ljudem (tako kot jim je dana pravica do periodičnih državnoborskih volitev), se mi zdi tak referendum, dokler je šele v fazi zahteve za razpis, tudi od ljudi relativno oddaljen (natanko toliko, kot je od njih oddaljena sleherna odločitev predstavnikov ljudstva v parlamentu), in zato manj pomemben od referenduma, ki ga zahteva vsaj 40.000 volivcev – ter zato s tega vidika lahko nekoliko bolj dostopen omejitvam.

Po drugi strani pa je prav ta referendum izjemno močno orodje, ki deluje kot varovalo šibkejših v političnem procesu (in njihovih volivcev) pred nedemokratsko ter parlamentarni dialog in politični diskurz neupoštevajočo parlamentarno večino. Ker varuje manjšino pred »tiranijo« večine (s tem izrazom so mišljeni položaji, ko prevlada argument moči nad močjo argumenta, položaji onkraj ustavne strpnosti, ko parlamentarna večina zasleduje le svoje lastne interese), ker sili k strpnemu in demokratičnemu dialogu, k iskanju skupnih rešitev, in ker omogoča razvoj ustavnega pluralizma, »v katerem se ustavni akterji medsebojno omejujejo, tako da se sprejme čim manj enostranskih odločitev in čim več takih, ki gredo v dobro čim večjega števila in ki čim bolj zasledujejo vr-

hovno vrednoto človekovega dostojanstva,«³ pridobiva na teži. Čeprav je namenjen ljudem in varovanju njihovih pravic in interesov, in čeprav je »veto točka šibkejših v političnem procesu«⁴ in čeprav tiste, ki z večino glasov v parlamentu zasledujejo samo lastne koalicijske interese, sili k iskanju kompromisov,⁵ ima svoje meje. Kajti tam, kjer (že) v parlamentu ni prostora za kompromise, tudi ni referendum. Kdaj in kje je ta meja, je stvar tehtanja v vsakem posameznem primeru, ko mora ustavno sodišče (v pravnem diskurzu in na podlagi argumentacije) tehtati med »veto točko šibkejših« in ceno, ki bi jo bilo treba za to plačati (možnostjo, da bi referendum povzročil protiustavne posledice).

In kaj je na drugi strani tehtnice? Ali ni morda nekaj, kar pravico do referendumu povsem izniči, jo na določenem (v tem primeru morda bistvenem) področju naredi celo neobstoječo?

2 »TEŽA« ODLOČBE USTAVNEGA SODIŠČA, S KATERO SE VARUJEJO ČLOVEKOVE PRAVICE

Zgodovinske izkušnje nas učijo, da nosi demokracija v sebi kali samouničenja. Za njeno preživetje (za zaščito pred njo samo) je zato nujen imunski podsystem, tako tisti, čigar orodje je referendumsko pobuda parlamentarne manjšine, »s katerim se zagotavlja ustavni pluralizem in konstruktivni političnointere-sni diskurz«,⁶ kot oni, ki preprečuje, da bi se (čeprav znotraj ustavnega pluralizma ali prav zaradi tega) v imenu demokracije ukinjala (ustavna) demokracija.⁷ Pomemben del tega podsistema je varovalka, ki jo pomeni ustavna prepoved referendumu – če kdaj, takrat ko je referendumsko pobuda usmerjena v nespoštovanje odločb ustavnega sodišča. Zato je že v izhodišču ustavno zgrešena ideja, naj se o »veljavnosti« odločbe ustavnega sodišča kot zadnja instanca izreče

3 Glej Matej Avbelj, Ustavni monizem in krčenje referendumskega odločanja – kritična analiza doktrine zlorabe referendumu, *Revus* (2005) 4, 87 (www.revus.eu).

4 Avbelj 2005 (op. 3), 87.

5 Avbelj 2005 (op. 3), 86.

6 Avbelj 2005 (op. 3), 93.

7 To nevarnost ilustrira zanimiva in aktualna misel Boštjana M. Zupančiča, da je »[d]anes [...] z vplivom manipulativnih medijev še posebno lahko zavesti demokratično večino, da si izvoli nedemokratskega tirana,« ter nato, da je »[u]staviti nekega večinsko podprtega Miloševića, ali za ta del tudi Haiderja, Kučme, Hitlerja, Mussolinija itd., [...] mogoče samo na podlagi ustave kot pogodbe, ki nosilce izvršilne oblasti podreja presoji ustavnega sodišča«. *Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Ob njeni 50. obletnici*, Ljubljana, Informacijsko-dokumentacijski center Sveta Evrope pri NUK, 2000, 1.

ljudstvo na referendumu.⁸ Še posebej, kadar jo spremlja neprikrit namen predlagatelj referenduma, da bi na tak način izigrali obveznost zakonodajalca, ki izhaja iz odločbe ustavnega sodišča. Njihov namen namreč ni bil uporabiti referendum kot orodje, s katerim bi ZUSDDD-B podvrgli legitimnemu premisleku in nadzoru ljudstva, temveč da bi ljudska volja ta zakon zavrnila ter da bi se kot posledica tega protiustavno stanje, ugotovljeno z odločbo U-I-246/02, ki traja že več kot sedem let, nadaljevalo.⁹ Ustavno nedopustna je podmena predlagatelj referenduma, da je to, ali naj se spoštujejo odločbe ustavnega sodišča, stvar večinskega odločanja. V odločbi U-I-111/04 z dne 8. 7. 2004 je ustavno sodišče navedlo, da »Ustava [...] zavezuje tudi državljane, kadar oblast izvršujejo neposredno (drugi odstavek 3. člena) z odločanjem o posameznem zakonu na referendumu,« ter da je

[v] Republiki Sloveniji [...] vzpostavljena t. i. ustavna demokracija, katere bistvo je to, da lahko vrednote, ki jih varuje Ustava, in med njimi posebej temeljne človekove pravice in svoboščine (Preambula k Ustavi), prevladajo nad demokratično sprejetimi odločitvami večine.

Kadar pa se je o teh vrednotah že izreklo ustavno sodišče in je zakonodajalcu naložilo odpravo ugotovljene protiustavnosti, referendum o zakonu, ki na ustavno skladen način uresničuje odločbo ustavnega sodišča ter se pri tem omejuje na odpravljanje ugotovljene protiustavnosti, ki jo je mogoče odpraviti samo na en način (ter pri tem ureja le še postranska in tehnična vprašanja, vprašanja, ki imajo naravo »pritikline« ter tista vprašanja, ki so nujna za popolno varstvo človekovih pravic, ki jih je prav tako mogoče rešiti samo na en način), ima institut ustavnosodne prepovedi referenduma še posebno težo in pomen. Po mojem tolikšno, da v tem delu (v delu, kjer pomeni zakon samo uresničitev enoznačne obveznosti, ki jo nalaga odločba ustavnega sodišča) ne samo pretehta nad »človekovo pravico« do referenduma, ampak jo povsem izniči – tako daleč pravica do referenduma enostavno ne seže. Zato v tem delu niti ne

8 V zgodovini severnoameriškega ustavnštva je znan primer ustave države Kolorado, ki je (na podlagi vnetih nastopov Theodorja Roosevelta) z ustavnimi spremembami leta 1912 uvedla institut odpoklica sodnih odločb (angl. *recall of judicial decisions*), po katerem je lahko ljudstvo na referendumu odločitev Vrhovnega sodišča države Kolorado, s katero je razglasilo zakon ali mestni statut za protiustavnega, suspendiralo tako, da je protiustaven pravni akt ostal v veljavi. Kasneje je Vrhovno sodišče ta ustavni amandma razglasilo za neskladen z ustavo Združenih držav. Več glej Stephen Stagner, *The Recall of Judicial Decisions and the Due Process Debate*, *American Journal of Legal History* 24 (1980) 3, 257–272.

9 Tu je že na prvi pogled jasno, da bi bil referendum obremenjen z demokratičnim primanjkljajem – ter da bi imel namesto legitimizacijskega, zakonodajnega in nadzornega predvsem politični značaj (prim. Andraž Teršek, *Z referendumom nad demokratičnost in legitimnost*, *Pravna praksa* 7/2004, 37). Tak namen predlagatelj referenduma (ki tej pravici v obravnavanem primeru jemlje nekaj »teže«) je razviden iz njihovih očitkov odločbi ustavnega sodišča U-I-246/02, ki je podlaga ZUSDDD-B; ti očitki so navedi v točki 43 obrazložitve odločbe.

more priti do kolizije ustavno varovanih vrednot.¹⁰ Obstaja namreč samo ena ustavna vrednota – pravilneje, zapoved: obveznost zakonodajalca uresničiti odločbo ustavnega sodišča.

Ali se zato z določbo U-I-246/02 strinjam ali ne, in četudi imam, ali bi imel zoper njo zelo resne pomisleke, so sedaj, ko gre le še za vprašanje njene uresničitve, vsi ti pomisleki, dvomi ali celo nasprotovanja zgolj zaradi tega, ker je to odločba najvišjega organa sodne oblasti za varstvo človekovih pravic in ker so njegove odločbe obvezne,¹¹ docela nepomembni. Ta odločba je absolutno in brezpogojno zavezujoča – za državni zbor, za njegove poslance, za ljudstvo (volivce) in za ustavne sodnike, ko odločajo o dopustitvi referendumu. Ker obstaja ustavna dolžnost zakonodajalca, da odpravi protiustavnosti, ugotovljene v odločbi ustavnega sodišča (2. člen in drugi odstavek 3. člena Ustave - prim. odločbo U-I-114/95 z dne 7. 12. 1995, *Uradni list RS*, št. 8/96, in *OdlUS* IV, 120), so protiustavne vsakršne, tudi še tako »demokratske« ovire, s katerimi bi si (četudi nastopa v svoji izvirni obliki kot ljudstvo) oteževal ali preprečeval doseganje tega ustavnega cilja.

V teh okoliščinah ima odločba ustavnega sodišča drugačno moč, učinke in obveznost, kot takrat, ko igra »samo« vlogo precedensa in ko gre le za (relativno) vezanost na standarde, doktrine in stališča, ki jih je v svoji jurisprudenci razvilo sodišče (ti so v razvoju ustavnosodne presoje podvrženi neprestanemu preverjanju, nadgrajevanju, dograjevanju, tudi razgrajevanju). Sprašujem se, kaj bi s tega vidika pomenila dopustitev referendumu. Mislim, da bi resno načela ne le sam obstoj omenjene odločbe, pač pa bi prek podaljšanja in posplošenja v prihodnost na koncu ogrozila celo sam obstoj ustavnega sodišča. Kaj sploh še ostane od te institucije, če se je mogoče na njene odločbe enostavno poživžgati – če ne drugače tudi tako, da se za dosego tega cilja izkoristijo vsi mehanizmi demokratičnega odločanja. In koliko bi bilo ustavnega sodišča še danes, če bi samo prek dopustitve referendumu to omogočalo – ali ne bi to *in futuro* pomenilo postopno (samo)ukinitve najvišjega varuha človekovih pravic.

3 »TEHTANJE«

Ko torej postavim na eno stran tehtnice pravico do referendumu in pri tem upoštevam, da bi volivci tu lahko odločali samo o nekaterih nebitnih, po-

10 In zato tudi ne do uporabe testa sorazmernosti, kjer se sodišče sprašuje o ceni, ki jo je treba plačati za poseg v pravico – in ki v prispodobi Juliana RIVERSA pomeni, da naj se za trenje orehov uporabijo klešče in ne macola – ta samo, če so klešče nemočne. Tu je uporaba macole in klešč nepomembna – naloga sodišča je, da ostane oreh nedotaknjen. Prim. Tsakyrakis 2009 (op. 2), 492–493.

11 Vendar bi to veljalo tudi, če tega ne bi določal – tak učinek izhaja že iz ustavnega položaja in iz pristojnosti ustavnega sodišča (160. in 161. člen Ustave).

stranskih, bolj ali manj tehničnih vprašanjih, kar specifično težo te pravice že približuje »izvotljenosti« (o tem, ali naj se izdajo dovoljenja za stalno prebivanja otrok državljanov drugih republik nekdanje SFRJ, ki so se rodili v Republiki Sloveniji po 25. 6. 1991, ker bi bili ti otroci v slabšem položaju kot njihovi starši, se volivci, ker gre za človekove pravice otrok, ne bi mogli izrekati na referendumu – prav tako ne, ko gre za tiste slovenske državljane, ki so bili izbrisani iz registra stalnega prebivalstva in pred sprejemom v državljanstvo niso pridobili dovoljenja za stalno prebivanje), na drugo stran pa vse ostalo – se pravi ne le človekove pravice, katerih spoštovanje in varovanje zagotavlja ZUSDDD-B (dostojanstvo, enakost pred zakonom, varnost),¹² s katerim se je državni zbor odzval na protiustavnosti, ugotovljene v 1., 2. in 3. točki izreka odločbe št. U-I-246/02, temveč tudi to, da pomeni neupoštevanje odločbe ustavnega sodišča kršitev 2. člena in drugega odstavka 3. člena Ustave ter da je od odločbe U-I-246/02 preteklo že več kot sedem let, tudi ob dejstvu, da niti ni znano, koliko je oseb, ki si brez ZUSDDD-B ne morejo urediti svojega pravnega položaja (gre za posameznike, ki ob uveljavitvi ZUSDDD niso dejansko živeli v Republiki Sloveniji – bodisi zaradi prisilne odstranitve tujca iz države bodisi zaradi zapustitve Republike Slovenije iz razlogov, neposredno povezanih z izbrisom iz registra stalnega prebivalstva), ne more biti dvoma, da imajo tu prednost ustavne vrednote, ki jih zagotavlja ZUSDDD-B. Prepoved referendumu sicer res lahko temelji samo na dejanskih, konkretnih in dokazanih (ne samo teoretičnih, temveč tudi otipljivih) protiustavnih posledicah, ki bi jih povzročila zavrnitev zakona na referendumu, kar pomeni, da mora državni zbor, ki zahteva prepoved, določno, opredeljeno in konkretizirano navesti (in dokazati), da bi z zavrnitvijo zakona na referendumu prišlo do takih posledic. Vendar je obravnavani primer v tem pogledu poseben. Menim, da sta trditveno in dokazno breme tu obrnjeni. Obrnjeni zato, ker sta smisel in namen ZUSDDD-B povsem jasna in nesporna: odpraviti protiustavnosti, ki so ugotovljene v odločbi ustavnega sodišča U-I-246/02. V takih primerih državnemu zboru ni treba še posebej zatrjevati in dokazovati, da bi z odložitvijo uveljavitve zakona ali zaradi zavrnitve zakona na referendumu lahko nastale protiustavne posledice. Protiustavna posledica je že samo dejstvo, da ostaja odločba ustavnega sodišča neizvršena. Dovolj je že

12 Vprašanje je, ali bi krog oseb, izbranih iz registra stalnega prebivalstva, morda pomenil skupino, ki je zaradi izrazite družbene stigmatizacije potisnjena na socialni rob in ki bi jo bilo zato treba obravnavati kot določeno (opredeljivo) družbeno manjšino. V takem primeru bi se že samo zaradi tega moral v neposrednem konfliktu (med družbeno večino in manjšino) obseg pravice do neposrednega sodelovanja pri upravljanju javnih zadev in do referendumskega odločanja zožiti, še posebej, ker restriktivnega poseganja v pravice ene skupine ljudi ni mogoče utemeljiti z varstvom pravic druge skupine ljudi (Prim. Andraž Teršek, Ustavno-pravne meje referendumске демокracije – ob odločbi US RS št. U-I-111/04-21 in »Primeru džamija«, *Revus* (2005) 5, 85; www.revus.eu). Ta okoliščina bi bila zato lahko dodatna »utež« na strani prepovedi referendumu (varovanje civiliziranega posameznika pred nasiljem drugih je namreč od nekdanje funkcije vsega pravnega – glej Zupančič 2000 (op. 7), 1) – vendar ne, kadar uživa taka skupina izrazito podporo politično in medijsko vplivne večine.

sama odločba ustavnega sodišča, s katero je ustavno sodišče ugotovilo protiustavnost (ustavno sodišče je sploh ne bi ugotovilo, če se ne bi prepričalo v obstoj protiustavnosti)¹³ in spoznanje, da državni zbor s predvideno ureditvijo odpravlja protiustavnosti, ugotovljene v tej odločbi. Če so bili predlagatelji referenduma mnenja, da z zavrnitvijo zakona na referendumu kljub temu ne bi prišlo do protiustavnih posledic ali da bi bile te tako neznatne ali malo pomembne, da bi bilo treba dati prednost pravici do referendumskega odločanja (oziroma da je sploh še mogoče govoriti o obstoju človekove pravice do referenduma), je bilo potem na njih breme, da bi to dokazali. Pomanjkanje zanesljivih podatkov o tem, koliko od tistih, ki so bili izbrisani iz registra stalnega prebivalstva, je sploh lahko potencialnih upravičencev na podlagi ZUSDDD-B, ker si brez tega zakona ne morejo urediti svojega položaja (drugače povedano, koliko je tistih, ki iz razlogov, neposredno povezanih z izbrisom, ob uveljavitvi ZUSDDD niso dejansko živeli v Republiki Sloveniji in si zato niso mogli urediti svojega pravnega položaja), zato ne more biti izgovor za nespoštovanje odločbe ustavnega sodišča.

Če torej sklenem: poseg v pravico do referenduma je v tem primeru plitev, površinski in zato neznaten (ta pravica obstaja namreč samo glede zakonskega urejanja nekaterih postranskih, bolj ali manj tehničnih vprašanj, ki zaradi organske povezanosti z materijo priznavanja stalnega prebivališča za nazaj že po naravi stvari ne bi mogla biti urejena ločeno v nekem drugem zakonu – glede bistvenega, se pravi glede vprašanja, ali naj se odpravijo protiustavnosti, ugotovljene v 1., 2. in 3. točki izreka odločbe št. U-I-246/02, pa pravice do referenduma sploh ni). Na drugi strani bi zavrnitev zakona na referendumu globoko posegla v ustavno vrednoto, ki jo pomeni spoštovanje odločb ustavnega sodišča in tudi v samo bistvo pravic, ki jih (za zdaj samo na papirju) varuje odločba ustavnega sodišča.

Jan Zobec

sodnik Ustavnega sodišča RS

in nekdanji vrhovni sodnik

¹³ Ne nazadnje iz 27. točke obrazložitve odločbe U-I-246/02 izhaja, da število oseb, na katere se nanaša, ni veliko. Ustavno sodišče je namreč navedlo, da »ne izključuje možnosti, da so nekateri državljani drugih republik zapustili Republiko Slovenijo tudi zaradi bojazni izreka ukrepa prisilne odstranitve tujca iz 28. člena ZTuj, čeprav so se ti ukrepi izrekli redko in se je praviloma neurejeno prebivanje državljanov drugih republik toleriralo«.

Stefan Häußler

Psihoanalitični nauki o pravu in razmišljanje o čustvih v pravni filozofiji

Čustvena kritika kot kritika prava

Kritika je v podnaslovu mišljena v kantovskem smislu kritične ali prevpraševalne filozofije, avtor pa v prispevku obravnava predvsem v Franciji in Združenih državah Amerike odmevne poskuse, s katerimi psihoanalitično navdahnjeni nauki osvetljujejo temelje prava in njegovo veljavnost. Po tem ko predstavi podlage teh pristopov v delih Freuda, se posveti razlagama izvorov in veljavnosti prava, ki sta ju podala Lacan in Legendre. Osredotoči se na misel, po kateri naj bi imela »zakon nezavednega« in pravni »zakon« podobni strukturi: s čustvenega vidika sta oba zaznamovana z občutkom izgube izvirne popolnosti, ki jo enkrat predstavlja istovetnost z »materjo«, drugič pa nedosegljiva celota »pravičnosti« in »resnice«. Iz tega občutka se porodi posamezno poželenje, ki je v psihoanalizi obravnavano kot odločilni vir subjektivitete (tudi pravne subjektivitete). Avtor končno omeni še opozorila pravne antropologije glede omejitev, ki jih ima osredotočanje na zahodno pravno mišljenje.

Razprava je bila sprva objavljena v Bung, Valerius in Ziemann (ur.), *Normativität und Rechtskritik*, Stuttgart, Franz Steiner (ARSP Beiheft; 114), 2007, 217–225. Za kritiko osnutka se avtor zahvaljuje odv. Martinu Schulteju. Besedilo je iz nemščine prevedla Maja Smrkolj ob pomoči Andreja Kristana.

Ključne besede: psihoanalitični nauki o pravu, čustva, temelji prava, veljavnost prava, Freud, Lacan, Legendre, zahodno pravno mišljenje, razlaga, pravni pozitivizem

1 UVOD

Zanimanje za čustva je v pravu že nekaj več kot petindvajset let ponovno v vzponu. Alternativno reševanje sporov pa obnavljalna ali restorativna pravičnost in t. i. postopki iskanja resnice in sprave, mediacija ter poravnava med žrtvijo in storilcem – vsi ti pristopi dajejo čustvom udeležениh upošteven pomen tako v teoriji kot v praksi. V njihovih okvirih so vse bolj v ospredje zanimanja postavljeni osebnost udeležencev, njihovo otroštvo in travmatične izkušnje, njihove želje, sanje in hrepenenja. Kljub temu pa teoretične podlage za sklicivanje na čustva udeležениh v alternativnih oblikah pravnih postopkov ostajajo precej nerazdelane. Neredko se namreč omejujejo zgolj na pozive k sočutju in razumevajočemu vključevanju vseh udeležениh ter k preseganju tradicionalnih oblik

pravnih postopkov kot neosebni, tehničnih in hladnih. Za filozofijo prava so ob teh pozivih, ki jih vodi človekoljubni pragmatizem, zaradi morebitnih normativnih posledic pomembna tudi komunitaristična stališča. Komunitaristične predstave se v obliki obnavljalne pravičnosti pogosto prekrivajo s praktičnim prevpraševanjem ali kritiko tradicionalnih pravnih postopkov, ki naj bi spadali k liberalni paradigmi. Na čustva tistih, ki so podvrženi pravu, pa se končno navezuje še starejši pravnoteoretični dvom v formalne predpostavke, s katerimi veljavnost prava razlaga klasični pravni pozitivizem. Vsi našteti pomisleki, ki pozornost preusmerjajo k čustvom vsakokratnega kroga udeležencev – pod gesli vsebinske legitimnosti, učinkovitosti in sprejemljivosti pa čustvenim nagnjenjem namenjajo različno težo –, dajejo alternativnemu reševanju sporov rodovitno podlago in podpirajo njegov argumentativni uspeh. Ob tem pa vseeno ostaja preslabo razjasnjeno razmerje med kritiko oz. prevpraševanjem pravnega pozitivizma in alternativnim reševanjem sporov.¹ Zaradi tega teoretičnega manka bi v tej razpravi rad predstavil in kritično ocenil predvsem v Franciji in Združenih državah Amerike odmeven poskus, da se izpostavljenemu razmerju znanstveno ustrezno pojasni s psihoanalitično navdahnjenimi nauki o temeljih prava in o njegovi veljavnosti. Pojem »psihoanalitičnih naukov o pravu« je sicer nadreden celi vrsti posamičnih naukov, ki se med seboj bistveno razlikujejo. Sam se bom omejil samo na dva vodilna in v pravoslovju že sprejeta nauka o veljavnosti prava, ki sta ju razvila Jacques Lacan in Pierre Legendre.²

2 PODLAGE

Osnovno ogrodje psihoanalitičnih naukov o pravu (v zgoraj načrtanem okviru) so navdahnila *kulturnoteoretična* dela Sigmunda Freuda (1856–1939).³ V delu *Totem in tabu* Freud pripoveduje o rojstvu prava iz naravnega poželjenja, ki je postalo morilsko. Tam z navezavo na Darwina in Atkinsona poroča

- 1 Obsežno o tej problematiki Frank Flerackers, *Affective Legal Analysis: On the Resolution of Conflict*, Berlin, Dunker & Humblot, 2000, 163 in nasl.
- 2 O pomembnem prispevku, med drugimi, Petra Goodricha glej Stefan Häußler, *Psychoanalytische Rechtstheorien*, v Sonja Buckel, Ralph Christensen in Andreas Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, UTB, 2006, 305–321.
- 3 *Totem und Tabu*, Leipzig in Dunaj, H. Heller & Cie, 1913, *Zeitgemässes über Krieg und Tod*, *Imago* (1915) 4, 1–21, *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, Leipzig, Dunaj in Zürich, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1921, *Die Zukunft einer Illusion*, Leipzig, Dunaj in Zürich, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1927, *Das Unbehagen in der Kultur*, Dunaj, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1930, njegova izmenjava pisem z Albertom Einsteinom *Warum Krieg?*, Pariz, Institut international de coopération intellectuelle, 1933 in *Der Mann Moses und die monotheistische Religion*, Amsterdam, De Lange, 1939. Slovenske izdaje: *Spisi o družbi in religiji: Totem in tabu*, Ljubljana, Društvo za teoretsko psihoanalizo, 2007; *Mož Mojzes in monoteistična religija – Tri razprave*, Ljubljana, Društvo za teoretsko psihoanalizo (Analecta), 2004.

o prvobitni človeški družbi, ki je bila brez pravne strukture – družbi, podvrženi tiranski diktaturi vseobvladujočega očeta.⁴ Ženske v takšni hordi pripadajo samo očetu. Ta kaznuje vsakršno sinovsko postavljanje njegovega prevladujočega položaja pod vprašaj z izključitvijo, kastracijo ali smrtjo. Kljub temu sinovi ženske obožujejo, tiranskega očeta, ki jim dejansko preprečuje uresničitev njihovega poželjenja, pa zato sovražijo. Sinovi najdejo izhod iz tega položaja s tem, da združeni tiranskega očeta ubijejo. Prav s tem zločinom nad očetom so ustvarjeni tudi temelji prava. Sinovi namreč ob kesanju za svoje dejanje in uvidu brezplodnosti nadaljnih sporov zajeziijo svoje poželjenje in poželjenje svojih naslednikov s splošno prepovedjo uboja in krvoskrunstva oz. incesta. Hkrati s prepovedjo uboja in incesta stopa na mesto prahorde bratovski klan.⁵ To je ena »prvih oblik družbene organizacije, ki prepoveduje nagon, priznava vzajemne obveznosti in vzpostavlja določene institucije, ki jih razglasa za neprekršljive (svete), s tem pa postavlja začetke morale in prava«. ⁶ Rojstvo prava torej Freud pojasni s filogenetskim naukom o družbi.⁷ Dogodkom v prahordi pripiše značaj neizbrisnega pečata v človeški dedni zgodovini,⁸ ob tem ko v *Totem in tabu* »sijajno strne« tisočletja dolg proces.⁹

Status filogeneze je v Freudovem nauku sicer vse prej kot enoznačen. V zdnjem času se je ob razlagi, da gre pri tem za golo prispodobo notranjeduševnih procesov (razlago spremlja kritika meščanskosti te prispodobe), ponovno okrepilo tudi zmerno stališče razvojne biologije.¹⁰ Zaradi strnjenosti lahko zgodbo o očetomoru uvrstimo med velike pripovedi o izvoru kulture in človeške družbe ter jo med drugim sprejmemo v pravni nauk. Kultura se začenja s pravom, to pa je nastalo iz *poprejšnjega* zločinskega poželjenja.

3 ZAKON NEZAVEDNEGA

Pri Freudu načrtana smer doseže svojo skrajnost v delu francoskega psihiatra in psihoanalitika Jacquesa Lacana (1901–1981). Pravo v nauku slednjega ni odgovor na poželjenje (tako kot pri Freudu). Pravo že samo označuje temeljno

4 Sigmund Freud, *Totem und Tabu*, v Studienausgabe zvezek IX, Frankfurt na Maini, Fischer, 1974, 426.

5 Freud 1974 (op. 4), 430.

6 Sigmund Freud, *Der Mann Moses und die monotheistische Religion*, v Studienausgabe zvezek IX, Frankfurt na Maini, Fischer, 1974, 426, 530.

7 Ludwig J. Pongratz, *Hauptströmungen der Tiefenpsychologie*, Stuttgart, Kröner, 1983, 106 in nasl.

8 Sigmund Freud, *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, v Studienausgabe zvezek IX, Frankfurt na Maini, Fischer, 1974, 114.

9 Freud (op. 6), 529.

10 Andreas De Block, Freud as an 'Evolutionary Psychiatrist' and the Foundations of Freudian Philosophy, *Philosophy, Psychiatry, & Psychology* (2005) 12, 315–324.

strukturo poželenja in je zato podvrženo Zakonu; pravzaprav *iz njega izhaja*. Pojem Zakona ima tu drugačno vlogo kot pri Freudu, ki ga postavlja v zgodbo o očetomoru kot delu filogeneze. Zakon, na podlagi katerega se izpelje ojdipovski konflikt, pri Lacanu dobi močnejšo pripovedno konkretizacijo. Ker sta pri njem *nomos* in *logos* postavljena pred vsakršno subjektiviteto in vsakršno človekovo podružbljanje ali socializacijo, Zakon označuje samo strukturo ojdipovskega konflikta. Oče tudi pri Lacanu ovira poželenje sinov. Medtem ko pri Freudu pravo izhaja iz sinovske zarote zoper očeta, pa je pri Lacanu oče tisti, ki od vsega začetka in v svojem bistvu prepovedujoče instance sam predstavlja Zakon – iz česar, mimogrede, ob ustreznih razlagi sledi, da (drugače kot pri Freudu) Lacanov »oče« ni ne diktator ne resnično obstoječ; še manj pa naj bi bil nujno ženska.

Pomankljivosti Freudovega nauka v zvezi z izvorom prava Lacan zapolnjuje z istovetenjem z očetom in Zakonom. Pri Freudu so namreč morala ostati odprta tako vprašanja o izvoru poželenja (tj. vprašanje, kako se posameznik oblikuje v svoji libidinalni interakciji) kakor tudi vprašanja o izvoru kesanja, ki ga sinovi – če naj bi prepoved očetomora izhajala iz tega kesanja – občutijo po uboju očeta. Lacan na obe vprašanji odgovori s prekinitvijo otrokovega istovetenja z materjo, katere poželenje si otrok želi izpolniti. To istovetenje prekine oče, s tem da se po eni strani pred otrokom postavlja kot instanca, ki prepoveduje istovetenje z materjo in očetomor, po drugi strani pa je sam predmet, v katerega je usmerjeno materino poželenje.¹¹ Prekinitve otrokovega istovetenja z materjo oče ne doseže s silo, ampak s simbolno kastracijo – tj. s podreditvijo otroka zakonu ali »Imenu-očeta« (fran. *nom-du-père*), ki se v otrokovi predstavi združi z očetovo Besedo (fran. *non-du-père*). Lacan s prehodom od telesno nasilnega očeta k očetovi Besedi, ki predstavlja zakon, spremeni objekt otrokovega istovetenja: po njegovem predmet istovetenja in podreditve ni oče, ki izpolnjuje materino poželenje, ampak je ta predmet očetov zakon. Zakon ali »Ime-očeta« tako hkrati vodi v simbolni red, tj. v kulturni red prava, jezika, pomena in spolnosti, ki na prvem mestu otroka osvobaja istovetenja z materjo.¹²

Podreditev očetovemu zakonu s tem ne razloži samo omejitve otrokovega poželenja (kot pri Freudu), ampak razloži tudi lastno subjektiviteto in otroku lastno poželenje. Subjektiviteta torej ni neka naravna oz. resnična danost, obstoječa pred zakonom, ki jo omejuje. Nasprotno: subjektiviteta predpostavlja obstoj zakona; čeprav za ceno »izgube pristnega dostopa do neposredovane in neomejene prisotne resničnosti«,¹³ subjektiviteta predpostavlja vstop v simbol-

11 Markus Werwey, *Das Begehren der Anerkennung*, Frankfurt na Maini in New York, Campus, 2000, 344.

12 Wolfgang W. Müller, *Das Symbol in der dogmatischen Theologie – Eine symboltheologische Studie anhand der Theorien bei K. Rahner, P. Tillich, P. Ricoeur und J. Lacan*, Frankfurt na Maini in Bern, Lang, 1990, 288 in nasl.

13 Rudolf Bernet, *Subjekt und Gesetz in der Ethik von Kant und Lacan*, v Hans-Dieter Gondek

ni red. Subjektiviteta je posledica zakona, ki ga predstavlja oče in ki se kot »Ime-očeta« prenaša na njegove naslednike.

Poželenje tako osvobojenega subjekta je – prav zaradi krhkosti njegovega izvornega in temeljnega istovetenja – usmerjeno v priznavanje subjekta samega. Poželenje subjekta je tako usmerjeno v drugo poželenje, ki naj bi bilo usmerjeno v subjekt. Ker pa je nosilec tega drugega poželenja lahko le kak drug subjekt, ki svoje poželenje (ob tem da obstoja subjekta kot takega ne more kar predpostaviti) lahko usmeri zgolj v nek objekt, je koncu koncev objekt poželenja prazen prostor, ne-objekt. Za zapolnitev ta prostor potrebuje nek subjekt, zato je na njegovo mesto postavljeno umišljeno istovetenje z objekti, katerih nepopolnost spremlja predstava prepovedane matere kot popolnega objekta poželenja – tj. poželenja, ki ga prav gotovo ni mogoče izpolniti, a se mu subjekt namerno noče odreči.¹⁴

Neugodje, ki izvira iz neizpolnjenosti poželenja, ne ostane omejeno samo na sfero subjekta (to niti ne bi moglo biti, saj se subjekt, kot že rečeno, po Lacanu rodi šele v stiku s simbolno razsežnostjo Drugega – z »Imenom-očeta«). To neugodje vpliva tudi na družbene odnose – v obliki stroge, potencialno morilske tekmovalnosti za umišljeni, a nedostopni objekt poželenja. Sovražnost, ki izvira iz neugodja med sabo brezupno tekmujočih subjektov, pa Lacan razloži s pogodbo, kakršne poznamo v pravu. Ta pogodba – gre za neke vrste psihoanalitično različico »družbene pogodbe« – vsebuje neutemeljivo fikcijo, da poželenje ni usmerjeno v prazen prostor. Edini (čeprav samo fiktivni) nujni predmet te pogodbe je sporazumevanje ali, z drugimi besedami, dogovor, da se je zaradi izpolnjevanja poželenja po priznanju bolje pogovarjati, kakor pa da bi se med seboj pobili.¹⁵ Tako vsakršno sporazumevanje, vsakršno govorjenje kot družbeno dejanje obnavlja temeljne pogoje te pogodbe in utrjuje fikcijo, da je bila izrečena resnica – kljub temu da se zavezujočnost tega pogodbenega govorjenja oslanja, kot že rečeno, na potlačitev resničnega, v prazen prostor usmerjenega poželenja, s čimer v svojem jedru nosi neresnico. Naslovnik govorjenja postane na ta način priča; tj. priča, ki potrjuje domnevano resničnost govorečega subjekta in ga s tem priznava kot subjekt.

V tem okviru je naloga prava, da to ohranja fikcijo združljivosti subjektivitete (oz. »resničnosti«) in mirnega podružbljanja ali socializacije (oz. »pravičnosti«), obenem pa zavezujoči naravi omenjene pogodbe daje simbolni temelj. Pri tem je nepomembno, ali je vsakokratna vsebina prava tudi »pravična«; pogodba namreč služi predvsem vzdrževanju fikcije resnice in pravičnosti kot takih.¹⁶ Iz

in Peter Widmer (ur.), *Ethik und Psychoanalyse*, Frankfurt na Maini, Fischer, 1994, 27–51, 35.

14 Bernet 1994 (op. 12), 38; Verweyst 2000 (op. 8), 389; Costas Douzinas, *Law and the Emotions: Prolegomena for a Psychoanalytic Approach to Legal Study*, *EUI Working Paper LAW No. 98/8*, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/144> (15. 12. 2010), 10 in nasl.

15 Jacques Lacan, *Die Psychosen. Seminar Buch III*, Weinheim, Berlin, Quadriga, 1997.

16 Douzinas 1998 (op. 14), 18–23.

te razlage zakona kot antropološke stalnice tako normativno gledano izhaja ena dejanska zahteva: zakon, ki pripada simbolnemu redu in se postavlja nasproti uničevalnim predstavam človekovega poželenja, se mora zoper to poželenje uveljaviti in ohranjati. Zato je neposredna posledica z Lacanom navdahnjenega nauka o pravi to, da poudarja pomembnost ohranjanja prava kot utrjevanja obrambe pred uničujočim poželenjem.

4 ODMIK OD ZGODOVINSKE NUJNOSTI

Podrobnejše določitve, kaj pomeni konkretna zgodovinska vsebina prava, se je lotil Lacanov kritični učenec, pravni zgodovinar in filozof Pierre Legendre (1930–). V nemškem prostoru še skoraj povsem nesprejeti Legendre¹⁷ se je posvetil s strani Lacana ne povsem odgovorjenemu vprašanju, v kolikšni meri se zakon očeta – razen golega zatrjevanja njegove veljavnosti – tudi konkretno uresničuje v institucijah pravnih oblik. Vloga pravne institucije pri tem ustreza tisti vlogi, ki jo ima pri Lacanu zakon očeta, saj tudi Legendre pravno institucijo uvaja ob omembi izgube popolnosti (tj. istovetnosti z materjo), s katero razloži samo subjektiviteto.

Drugače kakor pri Lacanu v ojdipovskem konfliktu torej pri Legendru ne stojita zgolj oče oz. prisposoda očeta kot »Ime-očeta« in razvijajoči se subjekt poželenja, ampak sta v tem konfliktu prej subjekt in pravo kot takšno,¹⁸ kar seveda izhaja iz »tematske istorodnosti« očetovstva in prava (na to kaže nemški izraz *Vater Staat*);¹⁹ pa še Boga, zakona, države, naroda in besedila.²⁰

Tudi tej Legendrovi različici na izgubi temelječe razlage subjekta je treba preprečiti uresničitev njenega uničujočega potenciala. Drugače kot Lacan pa Legendre vzdrževanje izvirne pogodbe pripiše institucionalni tradiciji in pravi lastni logiki, ki sta zaznamovali bistvo zahodne pravne tradicije.²¹ »Resničnost« je pravni instituciji zagotovljena s tradicionalnostjo njenih pravnih oblik. Prav te namreč lahko omogočijo, da »druga razsežnost prava« ne postane izrecna, ampak se izraža na neki ravni, ki je dostopna razumu in na kateri zakon ni

17 Vendar primerjaj zbornik: Cornelia Vismann (ur.), *Pierre Legendre - Historiker, Psychoanalytiker, Jurist*, Berlin, Syndikat Verlag (Tumult. Zeitschrift für Verkehrswissenschaft; 26), 2001.

18 Neil Duxbury, Exploring legal tradition: psychoanalytical theory and Roman law in modern continental jurisprudence, *Legal Studies* (1989) 9, 84–99, 95.

19 Peter Goodrich, 'The Unconscious is a Jurist': Psychoanalysis and Law in the Work of Pierre Legendre, *Legal Studies Forum* (1996) 20, 195–228, 203.

20 Manfred Schneider, Es genügt nicht, Menschenfleisch herzustellen, v Vismann 2001 (op. 17), 49.

21 Goodrich 1996 (op. 19), 209.

razumljen kot zakon očeta ali zakon izvirne subjektivizacije skozi izgubo:²² »Da bi živel, mora družba sanjati.«²³ Potencialno uničujoče poželenje subjekta mora biti usmerjeno prav v te pravne institucije in tradicije. Obenem je treba utemeljiti tudi »erotično navezanost subjekta na moč in ustrezno estetiko podeditve pravu.«²⁴ Uspešnost te simbolne navezanosti je odvisna od prepričljivosti, s katero predstavlja izvirno (očetovsko) utemeljitev prava.²⁵ To ima dve pomembni posledici, ki Legendrov nauk razmejujeta od Lacanovega. Prvi je v tem, da zgodovinska konkretizacija, ki se pri Legendru skozi pravne institucije in Zakon srečuje z obrambo pred uničujočim poželenjem, njegov nauk uvršča med konzervativne pravne nauke *par excellence*.²⁶ Legendre s tem v zvezi izrecno izrazi svojo skrb:²⁷

Ne razumemo, da je tisto, kar leži v osrčju ultramoderne kulture, samo pravo; ne razumemo, da ta kvintesenčno evropski pojem vključuje neke vrste atomsko vez, ki s sabo nosi nevarnost za prihajajoče generacije, da se obenem z njenim razpadom zruši tudi simbolno.

Ta simbolni red je po Legendru ogrožen zaradi²⁸

zavračanja izvirne povezanosti institucij z zakonom in zaradi odpravljanja mitov – te odsotnosti smisla, do katere naj bi nas pripeljal sodobni sistem proizvodnje, v katerem se morajo človeška telesa ploditi in množiti: vse to je skrajno narobe in vodi v popolnoma absurdno razpravljanje.

Druga posledica, ki njegov nauk razmejuje od Lacanovega, pa je v tem, da Legendru konkretna zgodovinska zamejitev njegovega nauka dopušča odpiranje prostora, ki ob Lacanovem razumevanju vloge in vsebine očetovega zakona ni bilo mogoče. Na mestu, ki ga je pri Lacanu zavzemal zakon očeta, katerega zatiranje veljavnost je bilo treba šteti za povsem neizpodbitno, Legendre z zamejevanjem svojega nauka na določeno zgodovinsko tradicijo prostor odpira za različnost in nasprotovanje.²⁹

To, da zgodovinsko zapolnjevanje simbolnega reda dojema kot nekaj nenujnega, Legendru omogoča, da se odmakne od univerzalističnih trditev lacano-

22 Alain Pottage, *Crime and Culture: The Relevance of the Psychoanalytical*, *The Modern Law Review* (1992) 55, 421–438, 427 in nasl.

23 Peter Goodrich, *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1990, 294.

24 Goodrich 1996 (op. 19), 198.

25 Pierre Legendre, *Id Efficit, Quod Figurat* (It is the Symbol which produces Effects), *Legal Studies Forum* (1996) 20, 247–263, 254.

26 Duxbury (op. 18), 84, 87 in nasl.

27 Pierre Legendre, *The Other Dimension of Law*, *Cardozo Law Review* (1995) 16, 962.

28 Pierre Legendre, *Der Tanz in der nichttanzenden Kultur*, v Vismann 2001 (op. 17), 34.

29 Tako kritično Pierre Legendre, *Der 'Take-Off' des Westens ist ein Gerücht*, v Vismann 2001 (op. 17), 110.

vske analize.³⁰ Z Lacanom sicer tudi sam deli normativne premise, s katerimi veljavnost zakona ohranja z navezovanjem na zakon očeta (te premise so po Legendrovem prepričanju podane tudi z zgodovinskimi in s tradicijo prežetimi izraznimi oblikami zakona). Vseeno pa gre njegov nauk v protidogmatično smer že s tem, da je s svojo kritiko moderne proti izrinjanju številčnosti zakonov in pravnih kultur z nadpostavljanjem modernega razuma, ki je izven ali, bolje, nad simbolnim redom.³¹

Legendru se očita, da v svoji razlagi očetovega zakona zanemarija razliko med strukturnim zakonom nezavednega in pravnim zakonom.³² V resnici je mogoče opaziti, da se je Lacan – za razliko od Freuda – vzdržal razlage pravne institucije in opozoril, da med pravom in psihoanalizo obstaja strukturna razlika. Status Lacanovega navezovanja na zakon je tako vse prej kot enoznačen. Po mojem opažanju pa pravniških naslednikov Lacanovega nauka ta nejasnost ni prav nič ovirala pri enačenju subjekta nezavednega in pravnega subjekta, s tem pa pri utemeljevanju takšnega razumevanja pravnih institucij, ki je naklonjeno njihovem ohranjanju. Tudi Lacanova najbolj znana kritika Deleuze in Guattari sta v psihoanalitičnem razumevanju vzpostavitve subjekta z *Anti-Ojdipom* napadala prav tisto razlago nuklearne družine, ki je v subjekt vcepila komplekse družbene poslušnosti do avtoritete.³³ Če bi kritiko vzeli zares, potem bi bilo razlikovanje med subjektom nezavednega in pravnim subjektom zgolj poskus, da se zamegli to ideološko vlogo analize. Po mojem mnenju pa bi bilo ravno tako narobe, če bi Legendru enostavno očitali, da je Lacana napačno razumel. Legendre si namreč sam želi omenjenega enačenja subjekta nezavednega in pravnega subjekta, ker to enačenje sestavlja bistvo zahodne tradicije, pravo pa predstavlja kot zahodnemu subjektu lastno tehniko.

5 PRVINE RODOSLOVJA

Ob tem, da opisano razumevanje vzpostavitve subjekta odmika psihoanalitični nauk od zgodovinske nujnosti, ga moramo jemati resno tudi kot prilagoditev tradicije zahodnega pravnega mišljenja na sodobni čas. Obravnavani nauk je namreč povezan s tradicijami ukvarjanja s čustvi tako v filozofiji prava kot na splošno v pravnem nauku. Tu naj zadošča kratka omemba, da razmišljanje o ču-

30 Legendre 2001 (op. 29), 110.

31 Peter Goodrich, *Maladies of the Legal Soul: Psychoanalysis and Interpretation in Law*, *Washington and Lee Law Review* (1997) 54, 1035–1074, 1044 in nasl.

32 Franck Chaumon, *Lacan: La loi, le sujet et la jouissance*, Pariz, Michalon, 2004, 8 in nasl.

33 Gilles Deleuze in Félix Guattari, *Anti-Ödipus*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1974. Pri čemer se je izpostavilo vprašanje, ali samo skrajno nasprotovanje avtoriteti ne predstavlja prav negibljive in s tem omejevalne »čustvene« naveze: Luuk Johannes Van Middelaar, *Politicide: de moord op de politiek in de Franse filosofie*, Amsterdam, Van Genneep, 2002 (3. izdaja), 95 in nasl.

stvih v pravu in v odnosu do prava izhaja idejnozgodovinsko iz istega vira kakor Abelardov ali Ockhamov sekularni pozitivizem. Zanimanje za čustva vpletenih vstopa v zahodno pravno mišljenje od nominalistične revolucije naprej. Iz današnjega vidika je presenetljivo in težko predstavljivo, da čustev, kot jih razumemo mi, v klasičnem in srednjeveškem mišljenju še niso dobro razlikovali od čutenj v smislu telesnih zaznav.

Možnost, da si čustva predstavljamo kot nekaj duševnega in ločenega od zunanjega sveta, temelji na nominalističnem ločevanju pojmov od stvari. Do njihovega vstopa v pravno misel pride predvsem z novim teološkim razmišljanjem o grehu, tj. z razmišljanjem, katerega začetki segajo v 12. in 13. stoletje. Šele takrat je bil slabi namen kot notranjeduševno stanje postavljen v središče pozornosti, medtem ko se je bil ves mišljenjski napor pred tem osredotočal zgolj na dejanje in njegove posledice.³⁴ Od tod izvira tudi misel, da dejanje vere ni posebnega pomena kot vodilo za zunanje ravnanje, ampak kot čustveno nagnjenje. In čeprav je temelje za to položil v svoji teološki razlagi strogo osebne odgovornosti že Martin Luther, so predstavo o pravnem subjektu (ta se je izkazala za izredno uspešno iz razlogov, ki so opisani v zgodovinskem družboslovju) poudarjala predvsem pietistična oz. čustveno pobožna verska gibanja. Najkasneje od 16. stoletja naprej se je pomemben del zahodnega razmišljanja o čustvenih nagnjenih v pravu naslonil na model izgubljene popolnosti oz. nedosegljive celote »pravičnosti« in »resnice«, ter na ustrezno razumevanje nepopolnega subjekta (in pravnega subjekta), katerega subjektiviteta je odvisna prav od *odsotne* popolnosti.³⁵

Na kratko lahko omenim vsaj še to, da spoštovanje zakona za Kanta tako ni le odraz upoštevanja razuma pred samim seboj, temveč je (glede na svoj izvor precej pietistično) to spoštovanje tudi strahospoštovanje absolutnega, katerega zmotljiv in kvaren izraz predstavlja subjekt.³⁶ Podobno strukturo najdemo tudi pri Hobbesu: prav bojazen pred Leviatanom subjekte varuje pred tem, da bi imeli sebe za vsemogočne in bi s tem eksistenčno ogrožali svojo subjektivnost.³⁷ Nadalje naj bi pri Rousseauju, kjer čustva nastopajo v močnem nasprotju, pravni subjekt nadomestil izgubljeno nedolžnost neomadeževane davnine s svojo ljubeznijo do skupinskega bitja.³⁸ Kot zadnji primer, ki je za to vprašanje

34 Alois Hahn, Identität und Selbstthematization, v Alois Hahn in Volker Kapp (ur.), *Selbstthematization und Selbstzeugnis: Bekenntnis und Geständnis*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1987, 9–24.

35 O tem zgodovinsko filozofskem razvoju na splošno Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Pariz, Gallimard 1985, 325 in nasl.

36 Heinz D. Kittsteiner, *Die Entstehung des modernen Gewissens*, Frankfurt na Maini, Insel, 1995, 267 in nasl.

37 Leo Strauss, On the Spirit of Hobbes' Political Philosophy, *Revue Internationale de Philosophie* (1950) 4, 405–431.

38 Jean Starobinski, Jean-Jacques Rousseau und die List der Begierde, v Jean Starobinski, Ernst Cassirer und Robert Darnton (ur.), *Drei Vorschläge, Rousseau zu lesen*, Frankfurt na Maini, Fischer-TB, 1989, 79–103; Iring Fetscher, *Rousseaus politische Philosophie*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 1993 (7. izdaja), 96 in nasl; 195 in nasl.

še posebej zanimiv, pa nam lahko služi Schelling. Po eni strani je posebno zanimiva njegova filozofija prava, ki sicer res ni sistematično obdelana, a je preko Savignyja vplivala na razvoj nemške in evropske pravne misli.³⁹ Po drugi strani pa se Schellinga upravičeno navaja tudi kot neposrednega predhodnika mislecev psihoanalitičnega gibanja, njegovo filozofijo pa kot zelo nazorno predstavnico razvoja od pravnofilozofskega razmišljanja o čustvih k psihoanalitičnemu nauku o pravnem subjektu.⁴⁰

6 ZAKLJUČEK

Psihoanalitične nauke o pravu povezuje tradicija, ki je čustvena nagnjenja pravnih subjektov razlagala kot odnos do izgubljene popolnosti ali nedosegljive celote »resnice« in »pravičnosti«. To tradicijo lahko končno in v njenem temelju povežemo z nemškim idealizmom, pietizmom in protestantizmom, pa tudi z Abelardom in Ockhamom – kar dokazuje njen zahodni značaj.

Moja ocena psihoanalitičnih naukov o pravu je zato dvoplastna. Po eni strani menim, da so ti nauki resnični izraz dolge nominalistične dediščine, ki se izogiba nepremičnemu naslanjanju na »resnico« spoštovanja, bojazni, ljubezni in strahu. Zato ti nauki dajejo dovolj kompleksno teoretično razlago zahodne (pravne) tradicije.⁴¹ Po drugi strani menim, da prevlada te tradicije v vse bolj globalni družbi predstavlja resne težave za sodobno pravno misel. Na tovrstne težave pri medkulturnem presajanju opozarja – precej neuspešno – pravna antropologija že več kot trideset let; kompleksen primer teh težav so univerzalne človekove pravice.⁴² Antropologija prava nas izziva, naj se v dobro uspešnega medkulturnega pravnega reda vsaj začnemo zavedati nakazanih omejitev značilno zahodnih tradicij (če teh že ne postavimo pod vprašaj). Čustvena kritika kot kritika prava pa zame tako pomeni dvoje. Na eni strani kritika pokaže na brezčutnost tradicionalnih oblik pravnih postopkov in pomanjkljivo upoštevanje čustvenih dejavnikov v pravnem sporu. Po mojem mnenju – in ne da bi tu to podrobneje utemeljil – je ta kritika načeloma upravičena. Kljub temu pa zaenkrat prepričljive teoretične osnove zanjo nimamo, saj je – kot sem že rekel – tradicionalna obravnava čustvenih nagnjenj še najmanj problematična. Na drugi strani čustvena kritika kot pravna kritika pred-

39 Alexander Hollerbach, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, Frankfurt na Maini, Klostermann, 1957, 275 in nasl.; Olivier Jouanjan, *Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne: un essai d'explication*, *Droits* (2006) 42, 153–161.

40 Podrobneje Stefan Häußler, *Der Ort der Sozialnorm: Zu einem topologischen Aspekt der Genealogie der Lacanschen Rechtsphilosophie*, *Juridikum* 2006, 204–209 z navedenkami.

41 Primerjaj Slavoj Žižek, *Die Puppe und der Zwerg: Das Christentum zwischen Perversion und Subversion*, Frankfurt na Maini, Suhrkamp, 2003, 79.

42 Christoph Eberhard, *Les Droits de l'Homme à l'Épreuve de la Contemporanéité*, *Droits* (2005) 41, 219–234.

stavlja poskus, da v filozofiji prava in v pravnem nauku premostimo (morda) odvečno, a močno občuteno potrebo, da bi pravnim subjektom predpisovali njihova pravna čustva.

*Iz nemščine prevedla Maja Smrkolj.**

Predstavitev avtorja

Stefan Häußler je diplomiral iz prava (prvi državni pravniški izpit je opravil v Frankfurtu na Maini; drugi državni pravniški izpit v mestu Koblenz), magistriral pa iz pravne teorije (Evropska akademija za pravno teorijo, Bruselj). V okviru svojega doktorskega raziskovanja se ukvarja z vlogo čustev v pravni teoriji, še posebej iz konca 19. in zgodnjega 20. stoletja. Na Univerzi v Göttingenu v Nemčiji je zaposlen kot strokovni sodelavec za razvoj mednarodnih študijskih programov, na Univerzi na Dunaju pa obenem izredno študira kanonsko pravo.

Predstavitev prevajalke

Maja Smrkolj, LL.M., je študirala pravo v Ljubljani in Heidelbergu. Kot mlada raziskovalka je zaposlena na Inštitutu Maxa Plancka za primerjalno javno pravo in mednarodno pravo v Heidelbergu, kjer pod mentorstvom Armina von Bogdandyja pripravlja doktorsko disertacijo o evropsko- in mednarodnopravnih vidikih mednarodnih pogodb držav članic Evropske Unije. Poleg evropskega ustavnega prava raziskuje na področjih temeljev mednarodnega prava, prava mednarodnih organizacij in temeljnih pravic. Je avtorica izvirnih in preglednih člankov ter razprav v slovenskem in tujih jezikih ter sourednica zbornikov.

* Tu želim opozoriti na nekaj prevajalskih izbir, ki so bile potrebne, da bi nemško izrazoslovje približali slovenskemu bralcu. Te izbire niso nujno dobesedni prevodi nemških pojmov, ustrezajo pa pomenu, ki izhaja iz konteksta. Čim bolj sem se poskušala izogibati tudi uporabi tujk. Zaradi stremeljenja k čim večji povednosti in sporočilnosti sem tako nem. *Begründung* prevajala z »razlago«. Za prevod pojma nem. *Gefühl* sem izbrala »čustvo«. Za nem. *emotionale Dispositionen* sem uporabila »čustvena nagnjenja«. S »prahordo« je mišljen Freudov izraz nem. *Urhorde*. Freudov nem. *Begehren* sem po primerjavi s slovenskimi prevodi prevedla kot »poželenje«. »Istovetenje« je prevod za nem. *Identifikation*, »simbolni red« pa za *symbolische Ordnung*. Nem. *Erbgeschichte* sem prevajala kot »dedna zgodovina«, nem. *Vergesellschaftung* kot »podružbljanje« ali »socializacijo«, nem. *Stukturgesetz des Unbewussten* pa kot »strukturni zakon nezavednega«. Za nem. *historische Kontingenzen* sem izbrala prevod »zgodovinskih nenujnosti«. S pojmom »vzpostavitev subjekta« sem prevedla nem. *Subjektkonstitution*. V nemščini se za Lacanov fran. *nom-du-père* (»Ime-očeta«) uporablja nem. *väterliche Gesetz*, za fran. *non-du-père* (»očetova Beseda«) pa nem. *Wort des Vaters*. Za pomoč pri prevajalskih izbirah in kritičen pregled prevoda se zahvaljujem Andreju Kristanu.

Stefan Häußler

Gefühlskritik als Rechtskritik

Psychoanalytische Rechtstheorien und die Reflexion von Gefühlen in der Rechtsphilosophie

Im Beitrag werden die vor allem in Frankreich und den Vereinigten Staaten wirkmächtigen Versuche psychoanalytisch inspirierter Rechtsbegründungs- und Geltungstheorien vorgestellt und kritisch bewertet. Zunächst bietet der Autor eine Einführung in die Grundlegungen der psychoanalytischen Rechtstheorien, die durch die Arbeiten von Sigmund Freud geprägt wurden. Dann widmet sich der Autor den Erklärungen über den Ursprung und die Geltung des Rechts, wie diese von Jacques Lacan und Pierre Legendre entwickelt wurden. Auf dieser Basis widmet sich der Autor dann insbesondere der Grundidee dieser Theorien, dass es parallele Strukturen des „Gesetzes des Unbewussten“ und des „Gesetzes“ gebe: beide sind durch das Empfinden des Verlust der imaginären ursprünglichen Vollkommenheit geprägt, sei es in Form einer Identifikation mit der „Mutter“ oder in der Form einer unerreichbaren Totalität der „Gerechtigkeit“ und der „Wahrheit“. Durch die Erfahrung dieses Verlusts entstehe das individuelle Begehren, das von der Psychoanalyse als der entscheidende Ursprung der Subjektivität (und Rechtssubjektivität) behandelt wird. Schließlich verweist der Autor auf die Warnungen der Rechtsanthropologie bezüglich der Gefahren der Fixierung auf nur westlichen Rechtstraditionen.

Dieser Aufsatz wurde erstmal in: Jochen Bung, Brian Valerius und Sascha Ziemann (Hg.), Normativität und Rechtskritik, Stuttgart, Franz Steiner Verlag (ARSP Beiheft; 114), 2007, 217–225. Für Kritik und nützliche Hinweise zu früheren Fassungen des Textes dankt der Autor Herrn Rechtsanwalt Martin Schulte, LL.M.

Stichworte: Psychoanalytische Rechtstheorien, Gefühle im Recht, Geltungstheorien des Rechts, Freud, Lacan, Legendre, Lücken im westlichen Rechtsdenken, Auslegung, Rechtspositivismus

1. EINLEITUNG

Seit etwas mehr als fünfundzwanzig Jahren finden Gefühle im Recht wieder ein verstärktes Interesse. Alternative Streitbeilegung, restaurative Gerechtigkeit, Truth and Reconciliation-Verfahren, Mediation und Täter-Opfer-Ausgleich haben – in Theorie und Praxis – den Gefühlen der Beteiligten beachtliches Gewicht beigelegt. Die Persönlichkeit der Beteiligten, ihre Kindheit, ihre traumatischen Erfahrungen, ihre Wünsche, Träume und Begierden sind durch diese Tendenzen verstärkt in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. Die theoretischen Grundlagen für die Bezüge auf die Gefühle der Beteiligten in den al-

alternativen Rechtsverfahrensformen sind jedoch häufig deutlich unterkomplex und beschränken sich nicht selten auf bloße Appelle zu Empathie und verständnisvoller Inklusion aller Beteiligten und zur Überwindung als unpersönlich, technisch und kalt empfundener traditioneller Rechtsverfahrensformen. Neben solchen eher an humanitärer Pragmatik orientierten Einwänden stehen die wegen ihrer möglichen normativen Folgen für die Rechtsphilosophie relevanten kommunitaristischen Positionen: In Form der restaurativen Gerechtigkeit überschneiden sich kommunitaristische Vorstellungen häufig mit der praktischen Kritik traditioneller Rechtsverfahren, die als dem liberalen Paradigma zugehörig empfunden werden. Zum dritten rekurriert auch die bereits ältere rechtstheoretische Skepsis gegen die formellen Geltungsunterstellungen des klassischen Rechtspositivismus auf Gefühle der Rechtsunterworfenen. Die letzteren Einwände, die emotionale Dispositionen mit unterschiedlicher Gewichtung unter den Stichworten substantielle Legitimität, Effektivität und Akzeptanz behandeln und die Gefühle der jeweilig angesprochenen Deutungsverkehrskreise betreffen, fördern zwar den argumentativen Erfolg der alternativen Streitbeilegung, bilden gewissermaßen ihren fruchtbaren Grund – das Verhältnis von Kritik des Rechtspositivismus und Alternativer Streitbeilegung zueinander ist aber wiederum nicht hinreichend geklärt.¹ Angesichts dieser theoretischen Krise möchte ich den vor allem in Frankreich und den Vereinigten Staaten wirkmächtigen Versuch einer adäquaten theoretischen Erläuterung durch psychoanalytisch inspirierte Begründungs- und Geltungstheorien vorstellen und kritisch bewerten. „Psychoanalytische Rechtstheorien“ bildet bei diesem Unternehmen den Oberbegriff für eine ganze Reihe im Einzelnen deutlich unterscheidbarer Theorien, wobei ich hier auf die in der rechtstheoretischen Rezeption dominanten Rechtsgeltungstheorien bei Jacques Lacan und Pierre Legendre beschränke.²

2. GRUNDLEGENGEN

Die Grundstruktur psychoanalytischer Rechtstheorien im so bezeichneten Sinn prägen Sigmund Freuds (1856-1939) kulturtheoretische Schriften.³

- 1 Ausführlich zu dieser Problematik Frank Fleerackers, *Affective Legal Analysis: On the Resolution of Conflict*, Berlin, Dunker & Humblot, 2000, 163 ff.
- 2 Zu den bedeutenden Beiträgen etwa Peter Goodrichs vgl. Stefan Häußler, Psychoanalytische Rechtstheorien, in Sonja Buckel, Ralph Christensen, Andreas Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, UTB, 2006, 305–321.
- 3 *Totem und Tabu*, Leipzig, Wien, H. Heller & Cie, 1913, Zeitgemässes über Krieg und Tod, *Imago* 4 (1915), 1-21, *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, Leipzig, Wien, Zürich, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1921, *Die Zukunft einer Illusion*, Leipzig, Wien, Zürich, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1927, *Das Unbehagen in der Kultur*, Wien, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1930, sein Briefwechsel mit Albert Einstein *Warum Krieg?*, Paris, Institut international de coopération intellectuelle, 1933 und *Der Mann Moses und die*

„Totem und Tabu“ erzählt von der Geburt des Rechts aus einem mörderisch gewordenen natürlichen Begehren. Im Anschluss an Darwin und Atkinson⁴ berichtet Freud von einer ersten menschlichen Gesellschaft ohne rechtliche Struktur, die der tyrannischen Diktatur eines alle beherrschenden Vaters ausgeliefert ist. Die Frauen der Horde sind ihm allein zu Eigen und etwaige Infragestellungen des Monopolanspruchs durch seine Söhne ahndet der Vater durch Ausschluss, Kastration oder Tod. Die Söhne aber begehren die Frauen und hassen den tyrannischen Vater, weil dieser ihrem Begehren faktisch entgegensteht. Die vereinigten Söhne suchen sich zwar aus dieser Lage zu befreien, indem sie den tyrannischen Vater ermorden. Zugleich aber begründen sie mit dem Verbrechen am Vater die Grundlagen des Rechts, indem sie aus Reue über die Tat und aus Einsicht in die Fruchtlosigkeit des Nachfolgestreits ihr Begehren und das ihrer Nachfolger mit einem allgemein gültigen Verbot des Mordes und des Inzest belegen. Zugleich mit dem Mord- und Inzestverbot tritt hierdurch an die Stelle der Urhorde der Brüderclan,⁵ eine „erste Form der sozialen Organisation mit Triebverzicht, Anerkennung von gegenseitigen Verpflichtungen, Einsetzung bestimmter, für unverbrüchlich (heilig) erklärter Institutionen, die Anfänge also von Moral und Recht“.⁶ Freud erklärt die Geburt des Rechts im Sinne einer phylogenetischen Gesellschaftstheorie⁷ und schreibt dem Geschehen in der Urhorde unzerstörbare Spuren in der menschlichen Erbgeschichte zu,⁸ wenngleich die Erzählung in „Totem und Tabu“ die „großartige Verdichtung“ eines Jahrtausende währenden Prozesses darstelle.⁹

Der Status der Phylogenese in der Freudschen Theorie ist dabei zwar alles andere als eindeutig. Neben einer Interpretation als reine Metapher innerpsychischer Prozesse – und ihrer Kritik als wesentlich bourgeois – ist in der letzten Zeit eine vorsichtig evolutionsbiologische Sichtweise wieder stärker geworden.¹⁰ Gerade in ihrer Verdichtung aber kann sich die Mordgeschichte in die Reihe der großen Erzählungen über die Herkunft der Kultur und der menschlichen Gesellschaft einreihen und u.a. in der Rechtstheorie erfolgreich rezipiert werden. Die Kultur beginnt mit dem Recht, das Recht aber entstand aus einem vorangegangenen verbrecherischen Begehren.

monotheistische Religion, Amsterdam, De Lange, 1939.

4 Sigmund Freud, Totem und Tabu, in Studienausgabe Band IX, Frankfurt am Main, Fischer, 1974, 426.

5 Freud 1974 (n. 4), 430.

6 Sigmund Freud, Der Mann Moses und die monotheistische Religion, in Studienausgabe Band IX, Frankfurt am Main, Fischer, 1974, 530.

7 Ludwig J. Pongratz, *Hauptströmungen der Tiefenpsychologie*, Stuttgart, Kröner, 1983, 106 f.

8 Sigmund Freud, Massenpsychologie und Ich-Analyse, in Studienausgabe Band IX, Frankfurt am Main, Fischer, 1974, 114.

9 Freud 1974 (n. 6), 529.

10 Ausführlich zu dieser Problematik Frank Fleerackers, *Affective Legal Analysis: On the Resolution of Conflict*, Berlin, Dunker & Humblot, 2000, 163 ff.

3. GESETZ DES UNBEWUSSTEN

Eine Radikalisierung erfuhre die bei Freud angelegte Tendenz im Werk des französischen Psychiaters und Psychoanalytikers Jacques Lacan (1901-1981). In seiner Theorie wird das Recht nicht wie bei Freud als eine Reaktion auf das Begehren verstanden, sondern bezeichnet vielmehr selbst die Grundstruktur des Begehrens, welches als solches bereits dem Gesetz unterworfen ist, ja sich diesem erst verdankt. Der Begriff des Gesetzes ist bei Lacan von dem Begriffsgebrauch bei Freud dadurch unterschieden, dass die Verortung, die Freud der Vtermordgeschichte als Teil einer Phylogenese zubilligt, eine stärkere narrative Konkretisierung des Gesetzes erlaubt, an dem sich der ödipale Konflikt abarbeitet. Bei Lacan nämlich bezeichnet das Gesetz die Struktur des ödipalen Konfliktes selbst, indem Nomos und Logos aller Subjektivität und aller menschlichen Vergesellschaftung vorangehen. Zwar ist es auch hier der Vater, welcher dem Begehren der Söhne entgegensteht. Während aber bei Freud das Recht eine Folge der Verschwörung der an der Erfüllung ihres Begehrens verhinderten Söhne gegen den Vater darstellt, ist der Vater bei Lacan von vornherein und qua seiner Funktion als verbietende Instanz der Repräsentant des Gesetzes – was nach wohl richtiger Interpretation nebenbei bemerkt zur Folge hat, dass der Lacansche „Vater“ weder ein Diktator, noch überhaupt faktisch existent, und schon gar nicht notwendig eine Frau zu sein braucht.

Durch die Identifikation von Vater und Gesetz füllt Lacan die Leerstellen der Freudschen Theorie über den Ursprung des Rechts. Offen bleiben mussten nämlich in Freuds Erzählung sowohl der Ursprung des Begehrens, also die Frage, wie sich das Subjekt in seiner libidinösen Interaktion konstituiert, als auch der Ursprung der Reue, welche die Söhne über den Vtermord empfinden, wo diese doch erst der Ursprung des Verbots des Vtermordes sein soll. Lacan erklärt beide aus der Durchbrechung der Identifikation des Kindes mit seiner Mutter, deren Begehren es zu erfüllen wünscht. Diese Identifikation durchbricht der Vater, indem er dem Kind als die Instanz erscheint, welcher einerseits die Identifikation mit der Mutter und den Vtermord verbietet, andererseits selbst von der Mutter begehrt wird.¹¹ Diese Durchbrechung geschieht indes nicht gewaltsam durch die leibhaftige Person des Vaters, sondern durch symbolische Kastration als Unterwerfung unter das väterliche Gesetz („nom-du-père“), welches in der Wahrnehmung des Kindes mit dem Wort des Vaters („non-du-père“) in eins fällt. Mit der Verschiebung vom gewaltsamen leibhaftigen Vater zum Wort des Vaters als Repräsentanten des Gesetzes verschiebt sich bei Lacan auch der Gegenstand der kindlichen Identifikation: nicht der Vater, welcher das Begehren der Mutter erfüllt, sondern das väterliche Gesetz wird Gegenstand kindlicher Identifikation und Unterwerfung. Der „Name-des-Vaters“ führt so-

11 Markus Verweyst, *Das Begehren der Anerkennung*, Frankfurt am Main, New York, Campus, 2000, 344.

mit zugleich in die symbolische Ordnung ein, d.h. die kulturelle Ordnung von Recht, Sprache, Bedeutung und Sexualität, welche das Kind allererst von der Identifikation mit der Mutter befreit.¹²

Die Unterwerfung unter das väterliche Gesetz begründet damit nicht etwa nur eine Beschränkung des kindlichen Begehrens (wie bei Freud), sondern begründet die eigene Subjektivität und das eigene Begehren des Kindes. Subjektivität ist damit keine natürliche oder vorgängige Wirklichkeit, deren Beschränkung das Gesetz ausmacht. Vielmehr setzt Subjektivität das Gesetz voraus, eine Einbindung in die symbolische Ordnung, wenn auch um den Preis des „Verlusts eines direkten Zugangs zu einer unvermittelt und unbeschränkt gegenwärtigen Wirklichkeit“.¹³ Sie ist eine Folge des Gesetzes, welches der Vater repräsentiert und als „Name-des-Vaters“ an seine Nachkommen weiterreicht.

Das Begehren des so freigesetzten Subjekts richtet sich – gerade wegen der Fragilität seiner ursprünglichen und begründenden Identifikation – auf seine Anerkennung als Subjekt selbst. Sein Begehren richtet sich also auf ein anderes Begehren, welches sich auf das Subjekt richten soll. Da der Träger dieses Begehrens aber nur ein anderes Subjekt sein kann, welches sein Begehren nur auf ein Objekt zu richten vermag (welches das Subjekt zu sein als Subjekt nicht zulassen kann), ist das Objekt des Begehrens letztlich eine Leerstelle, ein Nicht-Objekt. Diese Leerstelle sucht das Subjekt zu füllen und setzt an seine Stelle imaginäre Identifikationen mit Objekten, deren Partialität begleitet ist von der Vorstellung des totalen Lustobjekts, der verbotenen Mutter, ein notwendigerweise unerfülltes Begehren, dem sich das Subjekt aber nicht willentlich zu entziehen vermag.¹⁴

Die Frustration über das unerfüllte Begehren bleibt aber nicht auf die Sphäre des Subjekts beschränkt (könnte dies auch nicht, da das Subjekt, wie bereits erwähnt, für Lacan erst aus der Interaktion mit der symbolischen Dimension des Anderen – des „Name-des-Vaters“ – erwächst), sondern affiziert die sozialen Beziehungen als strenge, potentiell mörderische Konkurrenz um das imaginierte, aber unverfügbare Objekt des Begehrens. Der hieraus erwachsenden Feindseligkeit der hoffnungslos untereinander konkurrierenden Subjekte begegnet Lacan mit der wiederum rechtsförmigen Konstruktion eines Vertrages. Dieser Vertrag – in etwa die psychoanalytische Version eines „Gesellschaftsvertrags“ – enthält die unbegründbare Fiktion, das Begehren sei

12 Wolfgang W. Müller, *Das Symbol in der dogmatischen Theologie – Eine symboltheologische Studie anhand der Theorien bei K. Rahner, P. Tillich, P. Ricoeur und J. Lacan*, Frankfurt am Main, Bern, Lang, 1990, 288 ff.

13 Rudolf Bernet, Subjekt und Gesetz in der Ethik von Kant und Lacan, in Hans-Dieter Gondek, Peter Widmer (Hg.), *Ethik und Psychoanalyse*, Frankfurt am Main, Fischer, 1994, 27-51, 35.

14 Bernet 1994 (n. 13), 38; Verweyst 2000 (n. 11), 389; Costas Douzinas, Law and the Emotions: Prolegomena for a Psychoanalytic Approach to Legal Study, *EUI Working Paper LAW* No. 98/8, San Domenico 1998, 10 f. <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/144> (15.12.2010).

nicht auf eine Leerstelle gerichtet. Daher ist Kommunikation, die Vereinbarung, zwecks Erfüllung des Anerkennungsbegehrens miteinander zu sprechen statt sich gegenseitig zu töten, der einzige und dennoch rein fiktive notwendige Gegenstand dieses Vertrages.¹⁵ Jedes Reden als soziales Handeln aktualisiert die Grundbedingungen dieses Vertrages und festigt die Fiktion, dass Wahrheit ausgesagt werde, wenngleich, wie oben gezeigt, die Verbindlichkeit dieses vertraglichen Redens gerade auf der Verdrängung des wahren Begehrens nach der Leerstelle basiert und damit im Kern eine Unwahrheit enthält. Der Adressat der Rede wird hierbei zum Zeugen, welcher die vermeintliche Wahrheit des sprechenden Subjekts anerkennt und es damit als Subjekt erhält.

Die Aufgabe des Rechts ist es in dieser Situation, die Fiktion der Vereinbarkeit von Subjektivität („Wahrheit“) und friedlicher Vergesellschaftung („Gerechtigkeit“) aufrecht zu erhalten und eine symbolische Begründung für die Verbindlichkeit des Vertrages zu liefern. Hierbei ist es unerheblich, ob der jeweilige Inhalt dieses Rechts auch „gerecht“ sei – vielmehr dient der Vertrag der Aufrechterhaltung der Fiktion von Wahrheit und Gerechtigkeit als solcher.¹⁶ Normativ gewendet folgt aus dieser Rekonstruktion des Gesetzes als anthropologischer Konstante eine konkrete Forderung: das Gesetz, welches der Ordnung des Symbolischen zugehört und der zerstörerischen Imagination des menschlichen Begehrens entgegengesetzt ist, muss gegen dieses Begehren durchgesetzt und durchgehalten werden. Die Betonung des Eigenwerts der Rechtserhaltung, der Stabilisierung der Abwehr eines zerstörerischen Begehrens, ist damit unmittelbare Folge einer von Lacan inspirierten Rechtstheorie.

4. ÖFFNUNG FÜR KONTINGENZEN

Eine nähere Bestimmung der Bedeutung historisch-konkreter Inhalte des Rechts unternimmt der kritische Lacanschüler, Rechtsgeschichtler und Philosoph Pierre Legendre. Der im deutschen Sprachraum noch weitgehend unrezipiert gebliebene Legendre¹⁷ wendet sich der bei Lacan weitgehend unbeantworteten Frage zu, inwieweit das Gesetz des Vaters sich jenseits seiner bloßen Geltungsbehauptung in rechtsförmigen Institutionen konkret verwirklicht. Die Funktion der rechtlichen Institution entspricht dabei der des väterlichen Gesetzes bei Lacan, indem für Legendre auch die Rechtsinstitution in den Verlust der Ganzheit (der Identifikation mit der Mutter) einführt und damit Subjektivität erst begründet.

15 Jacques Lacan, *Die Psychosen. Seminar Buch III*, Weinheim, Berlin, Quadriga, 1997.

16 Douzinas 1998 (n. 14), 18–23.

17 Vgl. aber den von Cornelia Vismann herausgegebenen Band Pierre Legendre - Historiker, Psychoanalytiker, Jurist, *Tumult* 26 (2001).

Anders als bei Lacan stehen sich bei Legendre im ödipalen Konflikt also nicht allein der Vater bzw. die väterliche Metapher, der „Name-des-Vaters“ und das sich entwickelnde Subjekt des Begehrens gegenüber, sondern vielmehr das Subjekt und das Recht als solches,¹⁸ welches freilich ganz wesentlich von der „thematischen Homologie“ der Väterlichkeit dieses Rechts (wie im deutschen „Vater Staat“)¹⁹ lebt: „Gott, das Gesetz, der Staat, das Volk, der Text sind dabei“.²⁰

Auch diese Legendresche Version verlustbasierter Subjektbegründung muss an der Realisierung ihres zerstörerischen Potentials gehindert werden; anders als Lacan aber erwartet Legendre die Sicherung des ursprünglichen Vertrags durch institutionelle Tradition und rechtliche Eigenlogik, weil eben diese das Wesen der westlichen Rechtstradition prägten.²¹ Die „Wahrheit“ der Rechtsinstitution wird durch die Traditionalität ihrer rechtlichen Formen garantiert, weil gerade diese in der Lage sind, die „andere Dimension des Rechts“ nicht explizit werden zu lassen, sondern vielmehr auf eine dem Verstand zugängliche Oberfläche zu spiegeln, in der das Gesetz nicht als Gesetz des Vaters, das Gesetz der ursprünglichen Subjektivierung durch Verlust erkannt wird.²² „Society must dream to live“.²³ Das potentiell zerstörerische Begehren des Subjekts muss auf ebendiese Rechtsinstitutionen und -traditionen gelenkt werden und eine auch „erotische Bindung des Subjekts an die Macht und eine entsprechende Ästhetik der Unterwerfung unter das Recht“²⁴ begründet werden. Die Effizienz dieser symbolischen Bindungen hängt von der Glaubwürdigkeit ihrer Repräsentation der ursprünglichen (väterlichen) Rechtsbegründung ab.²⁵ Dies hat zwei wichtige Konsequenzen, welche Legendres Theorie von der Lacans unterscheiden: Die historische Konkretisierung, welche die Abwehr zerstörerischen Begehrens durch Rechtsinstitution und Gesetz bei Legendre erfährt, macht seine Theorie einerseits zu einer konservativen Rechtstheorie par excellence.²⁶ Die explizite Befürchtung, welche Legendre auf diesem Hintergrund artikuliert, lautet:²⁷

18 Neil Duxbury, Exploring legal tradition: psychoanalytical theory and Roman law in modern continental jurisprudence, *Legal Studies* 9 (1989), 84, 95.

19 Peter Goodrich, The Unconscious is a Jurist: Psychoanalysis and Law in the Work of Pierre Legendre, *Legal Studies Forum* 20 (1996), 195, 203.

20 Manfred Schneider, Es genügt nicht, Menschenfleisch herzustellen, *Tumult* 26 (2001), 45, 49.

21 Goodrich 1996 (n. 19), 209.

22 Alain Pottage, Crime and Culture: The Relevance of the Psychoanalytical, *The Modern Law Review* 55 (1992), 421, 427 ff.

23 Peter Goodrich, *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1990, 294.

24 Goodrich 1996 (n. 19), 198.

25 Pierre Legendre, Id Efficat, Quod Figurat (It is the Symbol which produces Effects), *Legal Studies Forum* 20 (1996), 247, 254.

26 Duxbury 1989 (n. 18), 84, 87 ff.

27 Pierre Legendre, The Other Dimension of Law, *Cardozo Law Review* 16 (1995), 943.

We do not understand that what lies at the heart of ultramodern culture is only ever law; that this quintessentially European notion entails a kind of atomic bond, whose disintegration carries alongside the risk of collapsing the symbolic for those generations yet to come.

Eben diese symbolische Ordnung sieht Legendre bedroht durch²⁸

die Zurückweisung eines ursprünglichen Verhältnisses zum Gesetz in den Institutionen und die Abschaffung der Mythen – diese Abwesenheit von Sinn, welche angeblich durch das moderne Produktionssystem erreicht wird, in dem die menschlichen Körper sich produzieren und reproduzieren müssen: alles das ist radikal falsch und erzeugt einen Diskurs voller Absurditäten.

Andererseits erlaubt die konkrete historische Verortung Legendres Theorie aber eine Öffnung, die dem Lacanschen Verständnis von Funktion und Inhalt des väterlichen Gesetzes nicht möglich war: Durch die historisch-traditionale Verortung schafft sie zugleich einen Platz für Differenz und Widerstreit, der bei Lacan noch durch das väterliche Gesetz gefüllt war, dessen Geltungsbehauptung absolut gedacht werden musste.²⁹

Die als notwendig erkannte Kontingenz der historischen Ausfüllung der symbolischen Ordnung erlaubt es Legendre, sich den Universalitätsansprüchen der Lacanschen Analyse³⁰ zu entziehen. Zwar teilt Legendre Lacans normative Prämisse der Geltungserhaltung des Gesetzes durch Rückführung auf das väterliche Gesetz, die Legendre auch in seinen historischen und traditionsgesättigten Erscheinungsformen gesichert sieht; indem sich seine Kritik der Moderne aber auch gegen die Verdrängung von Gesetz und Rechtskulturen in ihrer Pluralität durch eine absolut gesetzte moderne Vernunft außerhalb oder vielmehr oberhalb der symbolischen Ordnung richtet,³¹ eignet der Theorie schon von daher eine antidogmatische Richtung.

Kritisch ist gegen Legendre eingewandt worden, seine Rekonstruktion des väterlichen Gesetzes bei Lacan verkenne den Unterschied zwischen dem Strukturgesetz des Unbewussten und dem Gesetz des Rechts.³² Zu bemerken ist in der Tat, dass Lacan im Gegensatz zu Freud auf eine Interpretation der juristischen Institution selbst gerade verzichtet hat und zugleich die strukturelle Verschiedenheit von Recht und Psychoanalyse betonte. Der Status der Lacanschen Referenz auf das Gesetz ist daher alles andere als eindeutig. Nach meiner Beobachtung hat diese Unklarheit juristische Rezipienten der Lacanschen Theorie aber gerade nicht daran gehindert, das Subjekt des

28 Pierre Legendre, *Der Tanz in der nichttanzenden Kultur*, *Tumult* 26 (2001), 33, 34.

29 So die Kritik bei Pierre Legendre, *Der ‚Take-Off‘ des Westens ist ein Gerücht*, in *Tumult* 26 (2001), 102, 110.

30 Legendre 2001 (n. 29), a.a.O.

31 Peter Goodrich, *Maladies of the Legal Soul: Psychoanalysis and Interpretation in Law*, *Washington and Lee Law Review* 54 (1997), 1044 f.

32 Franck Chaumon, *Lacan: La loi, le sujet et la jouissance*, Paris, Michalon, 2004, 8 f.

Unbewussten und das Rechtssubjekt in eins zu setzen und so zur Begründung eines konservierungsfreundlichen Verständnisses der Rechtsinstitutionen heranzuziehen. Auch Lacans bekannteste Kritiker Deleuze und Guattari haben im Anti-Ödipus just jene affirmative Rekonstruktion der Kleinfamilie im psychoanalytischen Verständnis der Subjektkonstitution gerügt, die dem Subjekt die Komplexe der sozialen Autoritätshörigkeit implantierten.³³ Nimmt man diese Kritik ernst, wäre die Unterscheidung von Subjekt des Unbewussten und Rechtssubjekt gerade nur der Versuch, jene ideologische Funktion der Analyse zu kaschieren. Auch wäre es m.E. ohnehin ein Fehler, Legendre schlicht ein falsches Lacan-Verständnis zu unterstellen. Vielmehr will Legendre gerade jene Ineinsetzung, weil sie eben das Wesen der westlichen Tradition ausmache und das Recht eine Selbsttechnik des westlichen Subjekts darstelle.

5. ELEMENTE EINER GENEALOGIE

Abgesehen von den oben bereits genannten Öffnungen der psychoanalytischen Theorie für historische Kontingenzen verlangt dieses Verständnis der Subjektkonstitution damit auch, als zeitgenössische Aktualisierung der Tradition des westlichen Rechtsdenkens ernst genommen zu werden. Und tatsächlich steht diese Theorie in Zusammenhang mit Traditionen der Reflexion von Gefühlen in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie im Allgemeinen. Es muss hier genügen, in aller Kürze anzudeuten, dass die Reflexion von Gefühlen im Recht und gegenüber der Rechtsordnung aus der gleichen ideengeschichtlichen Quelle stammt, die auch den säkularen Positivismus hervorgebracht hat, Abaelard und Ockham. Das Interesse an den Gefühlen der Beteiligten infiltriert das westliche Rechtsdenken seit der Zeit der nominalistischen Revolution. Es ist aus heutiger Perspektive überraschend und schwer vorstellbar geworden, dass Gefühle, wie wir sie verstehen, im klassischen und mittelalterlichen Denken von Empfindungen im Sinne körperlicher Sensationen noch weitgehend ununterschieden sind.

Die Möglichkeit der Vorstellung des Gefühls als eines innerpsychischen, von der äußeren Welt unterschiedenen Zustandes, beruht auf der Trennung von Begriff und Realien durch den Nominalismus. Die Einwanderung in das Rechtsdenken geschieht vor allem über ein neues theologisches Denken über die Sünde, welches im 12. und 13. Jahrhundert einsetzt. Erst ab diesem Zeitpunkt wird die böse Absicht, der innere psychische Zustand, ins Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt, während zuvor aller auch intellektuelle Aufwand

33 Gilles Deleuze, Felix Guattari, *Anti-Ödipus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974. Wobei die Frage aufgeworfen wurde, ob nicht der radikale Antiautoritarismus Deleuzes selbst eine statische und damit restriktive „emotionale“ Festlegung bedeuten könnte: Luuk Johannes Van Middelaar, *Politicide: de moord op de politiek in de Franse filosofie*, 3. Aufl., Amsterdam, Van Gennep, 2002, 95 ff.

allein auf die Handlung und ihre Folgen konzentriert war.³⁴ Von hier stammt auch die Idee der besonderen Bedeutung des Glaubensaktes als einer emotionalen Disposition, anstatt einer Anleitung für äußeres Handeln. Und obwohl Martin Luther in seiner theologischen Interpretation der höchstpersönlichen Verantwortung dies bereits vorbereitet hatte, waren es zu einem erheblichen Maße die pietistischen religiösen Bewegungen, welche eine Vorstellung vom Rechtssubjekt hervorbringen die sich - aus von der historischen Soziologie beschriebenen Gründen - als außergewöhnlich erfolgreich erwies. Spätestens seit dem 16. Jahrhundert war ein bedeutender Teil der westlichen Reflexion auf emotionale Dispositionen im Recht auf das Modell einer verlorenen oder unerreichbaren Totalität gegründet, namentlich "Gerechtigkeit" und "Wahrheit" und das entsprechende Verständnis des partiellen Subjekts (und Rechtssubjekts), dessen Subjektivität gerade vom Bezug auf die abwesende Totalität abhängt.³⁵

Kurz andeuten möchte ich, dass etwa für Kant die Achtung vor dem Gesetz nicht etwa nur Ausdruck des Respekts der Vernunft vor sich selbst ist, sondern auch, in der Struktur gut pietistisch, die Ehrfurcht vor dem Absoluten, dessen stets fehlbare und anfällige Emanation das Subjekt ist.³⁶ Auch für Hobbes lässt sich eine solche Struktur darstellen, weil die Furcht vor dem Leviathan die Subjekte gerade davor bewahrt, sich selbst absolut zu setzen und damit ihre Subjekthaftigkeit existentiell aufs Spiel zu setzen.³⁷ Bei Rousseau, um die Gefühle in kräftigen Kontrasten auftreten zu lassen, soll das Rechtssubjekt mit seiner Liebe zum gemeinen Wesen die verlorene Unschuld der unverdorbenen Vorzeiten kompensieren.³⁸ Als letztes Beispiel kann Schelling dienen, der für die aufgeworfene Frage von besonderem Interesse ist. Dies gilt zum einen für seine Rechtsphilosophie, die zwar nicht systematisch ausgearbeitet ist, über Savigny aber Einfluss auf die Entwicklung des deutschen und europäischen Rechtsdenkens genommen hat.³⁹ Zum anderen ist in Schelling mit Recht ein direkter Vordenker der psychoanalytischen Bewegung gesehen worden, so dass

34 Alois Hahn, Identität und Selbstthematization, in Alois Hahn, Volker Kapp (Hg.), *Selbstthematization und Selbstzeugnis: Bekenntnis und Geständnis*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, 9 ff.

35 Zur dieser philosophiegeschichtlichen Entwicklung im Allgemeinen Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Paris, Gallimard, 1985, 325 ff.

36 Heinz D. Kittsteiner, *Die Entstehung des modernen Gewissens*, Frankfurt am Main, Insel, 1995, 267 ff.

37 Leo Strauss, On the Spirit of Hobbes' Political Philosophy, *Revue Internationale de Philosophie* 4 (1950), 405 ff.

38 Jean Starobinski, Jean-Jacques Rousseau und die List der Begierde, in Jean Starobinski, Ernst Cassirer, Robert Darnton (Hg.), *Drei Vorschläge, Rousseau zu lesen*, Frankfurt am Main 1989, S. 79 ff.; Fetscher, *Rousseaus politische Philosophie*, 7. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, 96 ff, 195 ff.

39 Alexander Hollerbach, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1957, 275 ff.; Olivier Jouanjan, Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne: un essai d'explication, *Droits* 42 (2006), 153 ff.

sich die Traditionslinie von rechtsphilosophischer Reflexion auf Gefühle und psychoanalytischer Theorie des Rechtssubjekts in seiner Philosophie besonders deutlich verkörpert.⁴⁰

6. SCHLUSS

Psychoanalytische Rechtstheorien stehen in einem Traditionszusammenhang, der emotionale Dispositionen der Rechtssubjekte als das Verhältnis zu einer verlorenen oder unerreichbaren Totalität von „Gerechtigkeit“ und „Wahrheit“ rekonstruiert hat. Dieser Traditionszusammenhang lässt sich letztlich und in seiner Tiefenschicht über den deutschen Idealismus, den Pietismus und Protestantismus bis zu Abaelard und Ockham zurückführen und erweist sich damit als spezifisch westlich.

Meine Bewertung der psychoanalytischen Rechtstheorien ist daher ambivalent: Einerseits erscheinen psychoanalytische Rechtstheorien als eine adäquate Rekonstruktion des langen nominalistischen Erbes, die statische Festlegungen auf die „Wahrheit“ von Achtung, Furcht, Liebe und Angst vermeidet und damit eine hinreichend komplexe theoretische Erfassung der westlichen (Rechts-) Tradition darstellt.⁴¹ Andererseits bereitet die Dominanz eben dieser Tradition ernsthafte Schwierigkeiten für das zeitgenössische Rechtsdenken in einer zunehmend globalisierten Gesellschaft. Auf entsprechende Schwierigkeiten der transkulturellen Übersetzung hat die Rechtsanthropologie seit mehr als dreißig Jahren – weitgehend ungehört – hingewiesen, wobei als komplexes Beispiel universelle Menschenrechte gelten können.⁴² Sie, die Rechtsanthropologie, fordert uns auf, die angedeuteten restriktiven Züge der spezifisch westlichen Tradition zugunsten erfolgreicher transkultureller Rechtsordnung wenn nicht in Frage zu stellen, so doch wenigstens ins Bewusstsein zu heben. Gefühlskritik als Rechtskritik bedeutet für mich daher zweierlei. Einerseits bezieht sich die Kritik auf die Gefühllosigkeit traditioneller Rechtsverfahrensformen und die mangelnde Beachtung affektiver Faktoren im Rechtskonflikt. Diese Kritik halte ich – ohne dies hier weiter zu begründen – für grundsätzlich berechtigt. Eine tragfähige theoretische Basis fehlt hierfür jedoch bislang, da ich wie angedeutet die traditionelle Rekonstruktion emotionaler Dispositionen für zumindest problematisch erachte. Gefühlskritik als Rechtskritik bedeutet daher andererseits den Versuch einen – vielleicht – überflüssigen, aber stark empfundenen Bedarf

40 Ausführlich hierzu Stefan Häußler, Der Ort der Sozialnorm: Zu einem topologischen Aspekt der Genealogie der Lacanschen Rechtsphilosophie, *Juridikum*, 2006, 204 ff. m.w.N.

41 Vgl. Slavoj Žižek, *Die Puppe und der Zwerg: Das Christentum zwischen Perversion und Subversion*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2003, 79.

42 Christoph Eberhard, Les Droits de l'Homme à l'Épreuve de la Contemporanéité, *Droits* 41 (2005), 219 ff.

in der Rechtsphilosophie und –theorie zu überwinden, den Rechtssubjekten ihre Rechtsgefühle vorschreiben zu müssen.

Kurze Biographie des Autors

Stefan Häußler arbeitet als Beauftragter für Internationale Lehrentwicklung an der Universität Göttingen. Er hat Abschlüsse in Jura (Erstes Staatsexamen, Frankfurt am Main / Zweites Staatsexamen, Koblenz) und Rechtstheorie (European Academy of Legal Theory, Brüssel). Seine Promotionsforschung konzentriert sich auf die Rolle von Gefühlen in der Rechtstheorie, vor allem im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert. Er ist auch Teilzeitstudent für Kanonisches Recht an der Universität Wien.

Riccardo Guastini

Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje

Ključne besede: uklonljivost, poizjemljivost ali delna razveljavljivost norm, normativne in vrednostne (ali aksiološke) pravne praznine, razlaganje (interpretacija), pravni pozitivizem

Riccardo Guastini (1946, Genova) je profesor filozofije in teorije prava na Univerzi v Genovi in predstojnik tamkajšnjega Oddelka za pravno kulturo Giovanni Tarello. Dolgo je poučeval tudi ustavno pravo. Kot gostujoči profesor je med drugim nekaj let predaval na univerzah Pompeu Fabra (Barcelona), Panthéon-Assas Paris II (Inštitut za visoke mednarodne študije, Pariz), Nanterre Paris X (Center za teorijo in analizo prava, Pariz) ter na Cadrozo School of Law (New York).

Soustanovil je dve, souredniku je pa pri treh mednarodno priznanih pravoslovnih revijah. To so *Analisi e diritto*. *Ricerche di giurisprudenza analitica* (s Paolom Comanduccijem; www.digita.unige.it/?page_id=354), *Ragion pratica* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Obenem je član uredniških svetov pri revijah kot so *Ars interpretandi*, *Diritto & questioni pubbliche*, *Doxa*, *Isonomía*; od leta 2008 zdaj tudi pri *Revusu*.

Napisal je nekaj stotin znanstvenih člankov v več jezikih in prek trideset knjig. Med njimi: *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano, 2004), *Lezioni di teoria costituzionale* (Torino, 2001; Mexico, 2001; Pariz, 2010), *Distinguendo – studi di teoria e metateoria del diritto* (Torino, 1996; Barcelona, 1999), *Dalle fonti alle norme* (Torino, 1990; Sao Paulo, 2005). V italijanščino je prevedel še kopico razprav Alfa Rossa, Hansa Kelsna, Jerzyja Wroblewskija, Ronalda Dworkina in drugih pravnih teoretikov.

Kot eden najvidnejših predstavnikov italijanskega pravoslovja nadaljuje znanstveno izročilo Norberta Bobbia, Uberta Scarpellija in Giovannija Tarella. Naslanja se na analitično filozofijo. Danes je vodilni člen t. i. genovskega pravnega realizma in eden ključnih ustavnopravnih teoretikov. Najširše pa je prepoznan po stališčih zmernega skepticizma, ki jih je razvil v okviru nauka o razlaganju.

Njegov osebni slog pisanja odlikuje jedrnatost. Znan je po odkriti in strogi kritiki. Manj znano pa je to, da je skupaj z ženo pred leti izdal dva kriminalna romana *Analisi e delitto*; tretji »se piše«. V delu ima novo pravoslovno knjigo o razlaganju in argumentiranju: *Interpretazione e argomentazione*. Pred izzidom je učbenik *La sintassi del diritto*.

Razprava, ki jo tukaj v Revusovem kanonu objavljamo v slovenščini (prev. Andrej Kristan) in v izvorniku (*Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*), je izšla v njegovem zadnjem zborniku: Riccardo Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Rim, Aracne (*Studi di filosofia analitica del diritto*; 3), 2008, 6. pogl., 97–118. Pred kratkim je bil ta izdan v španščini: *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2010. Čeprav je naslov razprave v tujem pravoslovnem spisju zadnjih petih desetletij vsakdanji, je pri nas presenetljiv: Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje.

V slovenščini poznamo izraz, da je kdo neuklonljiv. Včasih rečemo, da ima kak otrok, na primer, neuklonljivo voljo. Takšno (tj. neuklonljivo) naj bi bilo tudi pravo – sploh če sklepamo po vzkliku: »Zakon je zakon!« Samo dejstvo, da se v življenju nekaterim zdi ta vzklik potreben, pa nam vendar dokazuje, da kak pravnik skuša kakšno normo kdaj tudi ukloniti. Kako in kdaj se pravno normo (lahko) ukloni, avtor tu pojasni po korakih na treh praktičnih primerih.

Riccardo Guastini

Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje

1 UVOD

Tu bi rad dva pojma, ki ju najdemo v pravoslovnem nauku Carlosa Alchourróna in Eugenia Bulygina, načrtno povezal z »realističnim« naukom o razlaganju:¹ to sta pojem vrednostnih praznin in pojem uklonljivosti norm.

1.1 Vrednostna praznina

Vrednostna praznina je položaj, v katerem je določeni dejanski stan s kako normo sicer urejen, vendar je – po mnenju razlagalca – urejen na način, ki je »vrednostno neprimeren [...], ker zakonodajalec nekega razločka, ki bi ga bil moral upoštevati, ni vzel v poštev«. Predpostavlja se, da je zakonodajalec odločil, kot je, ker predmetnega razločka ni premislil: a »če bi ga bil premislil, bi narekoval drugačno ureditev« obravnavanega dejanskega stanu.²

Z drugimi besedami: vrednostna praznina »ni primer brez rešitve [dejanski stan, ki ne bi bil urejen], ampak je primer s slabo rešitvijo«. ³ Jasno je, da tu pra-

1 Temeljne misli takšnega nauka najdemo v naslednjih delih: Giovanni Tarrello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; isti, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007. Prim. tudi Enrico Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.

2 Carlos E. Alchourrón in Eugenio Bulgin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, 158; v ital. prevodu Pierluigija Chiassonija in Giovanija Battiste Rattija, *Sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 2006; najprej izdano v angl.: *Normative Systems*, New York, Springer (Library of Exact Philosophy; 5), 1971. Da bi bil tukajšnji zapis razumljiv tudi tistim pravnikom, ki njune knjige niso prebrali, se bom izognil tehničnemu izrazju, ki sta ga uvedla Alchourrón in Bulgin (teza relevantnosti, hipoteza relevantnosti itn.).

3 Pablo Navarro in Jorge Rodríguez, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas, Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho* (2000) 13, 16 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>).

znina ne pomeni kratko malo odsotnosti vsakršne norme. Tisto, kar manjka, ni norma, ki ureja obravnavani dejanski stan, saj ta v resnici je urejen. Kar manjka, je zadovoljiva oz. »pravična« norma in, posebej še, »razlikovalna« norma ali norma, ki različno ureja dejanske stanove, ki se razlagalcu zdijo različni in zato zaslužijo različne ureditve.⁴

1.2 Uklonljivost (ali poizjemljivost) norm

Katero koli pravno normo je mogoče poustvariti kot pogojni izrek s takšno obliko: »Če *D*, potem *P*,« kjer prorek ali antecedens *D* označuje določen razred dejanskih stanov, porek ali konsekvens *P* pa določen razred pravnih posledic (kakršne so: obveznosti, dovolitve, prepovedi, kazni, veljavnost ali neveljavnost aktov itd.).⁵

Kljub temu pa so »[m]noge (če ne vse) ubeseditve norm [...] uklonljive, tj. običajno implicirajo izjeme oz. okoliščine, ki – čeprav niso izražene izrecno – normo uklonijo«,⁶ »okoliščine, ki – čeprav niso izrecno izražene – obveznost umaknejo.«⁷ Uklonljivost »ima dve zelo pomembni posledici. Kot prvič, za uklonljivi pogojnik ne velja pravilo okrepitve antecedensa ali proreka [...]. Prav tako pa, drugič, ne velja niti pravilo *modus ponens*«. V uklonljivem pogojniku, skratka, izpolnjenost proreka ali antecedensa ni zadosten pogoj za nastop poreka ali konsekvensa.⁸

4 Tu se ne ukvarjam z drugim pojmom vrednostne praznine, kakršnega je izoblikoval Jorge Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de los estudios políticos y constitucionales, 2002, 76 in nasl. Prim. tudi Eugenio Bulygin, En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria, v Fernando Atria in drugi, *Lagunas en el derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005. O Bulyginu tudi Giovanni Battista Ratti, Dos modelos de relevancia normativa, v José Juan Moreso in María Cristina Redondo (ur.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.

5 Ta pojem norme je nekoliko širši od tistega, ki ga privzemata Alchourrón in Bulygin 1974 (op. 2), saj vključuje izreke, ki izražajo »norme« v pomenu, da pripadajo nekemu normativnemu sistemu, četudi v poreku ali konsekvensu nimajo najstvenih (tj. deontičnih) prvin.

6 Carlos E. Alchourrón, On Law and Logic, *Ratio Juris* 9 (1996) 4, 341; v kastilj. prevodu Jorgeja Rodrígueza: Sobre derecho y lógica, *Isonomía* (2000) 13, 24 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>).

7 Carlos E. Alchourrón in Eugenio Bulygin, Norma jurídica, v Ernesto Garzón Valdéz in Francisco Javier Laporta (ur.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía; 11), 1996, 146. Ostali pomeni »uklonljivosti« so preučeni v María Cristina Redondo, Teorías del derecho e indeterminación normativa, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* (1997) 20 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>), in v Rodríguez 2002 (op. 4), 4. pogl. Posebej se mi zdi pomembno opozoriti na to, da uklonljivost, razumljena v tistem pomenu, v katerem je neka norma podvržena ne prej neizraženim izjemam, ampak izjemam, ki so izrecno postavljene v drugih normah istega pravnega reda, nima nobene veze s pojmom uklonljivosti, ki ga v okviru te razprave postavljam v središče zanimanja. Prim. Rodríguez 2002 (op. 4), 358, 364 in nasl.

8 Nekaj besed v pojasnitev. Predpostavljajmo, da moramo uporabiti normo: »Pogodbe je treba izpolniti.«

Uklonljiva je, z drugimi besedami, tista norma, ki se »podreja impliciranim izjemam, ki ne morejo biti izčrpno našteje v naprej«, zaradi česar ni »mogoče v naprej določiti okoliščin«, ki delujejo »kot pristni zadostni pogoj njihove uporabe«.⁹

Da bi pokazal, kako so med seboj povezani pojmi vrednostne praznine, uklonljivosti in razlaganja, bom predstavil nekaj umišljenih (četudi ne povsem umišljenih) primerov.

2 VZORČNI PRIMERI

2.1 Prvi primer

V neki republiki s togo ustavo, parlamentarno obliko vladavine in nadzorom nad ustavnostjo zakonov (ta se izvaja *a posteriori*), se ena od ustavnih določb glasi takole:

Predsednik Republike lahko poda veto na razglasitve zakonov.

Na katere zakone se nanaša ta določba? Po črkobralni ali dobesečni razlagi se določba nanaša na kateri koli zakon, saj besedilo nikakor ne razlikuje med različnimi vrstami zakonov.

Zdaj pa si zamislimo pravnika, ki razloguje bolj ali manj tako, kot sledi:

a) Razlikovati je mogoče dve vrsti zakonov: navadne zakone in zakone za spremembo ustave. (V nauku o razlaganju se ta poteza imenuje tehnika razdruževanja.)

b) V obravnavanem pravnem redu (tj. parlamentarna oblika vladavine) predsednik republike ni vodja izvršne veje oblasti, ampak je »nevtralna oblast«

- (i) Če je ta norma neuklonljivi pogojnik, potem lahko – v povezavi z izjavo »X je pogodba.« – iz nje jasno zaključimo (po vzorcu *modus ponens*): »X je treba izpolniti.« Če je norma uklonljivi pogojnik, pa – nasprotno – takšen zaključek *ni* obvezen, saj je norma podvržena (neimenovanim) izjemam, zaradi česar *niso vse* pogodbe take, da bi morale biti izpolnjene: sklenitev pogodbe ni zadosten pogoj za obstoj obveznosti njene izpolnitve.
- (ii) Poleg tega se lahko, če je norma neuklonljivi pogojnik, iz nje – v povezavi z izjavo: »X je svetoskrunska pogodba.« – veljavno zaključi (z okrepitvijo proreka ali antedecensa): »X je treba izpolniti.« (Z drugimi besedami: Svetoskrunske pogodbe so še vedno pogodbe in norma jih ne izločuje.) Nasprotno pa takšen zaključek *ni* obvezen, če je norma uklonljivi pogojnik, saj je v tem primeru, ponovimo, podvržena (neimenovanim) izjemam, tako da sklenitev pogodbe spet ni zadosten pogoj za obstoj obveznosti njene izpolnitve (lahko da naj bi obveznost ne veljala za svetoskrunske pogodbe). Glej Alchourrón in Bulygin 1996 (op. 7), 145 in nasl. Logiko uklonljivih pogojnikov je razvil Carlos E. Alchourrón v več »tehničnih« razpravah, ki pa jih v tem okviru ne navajam.

- 9 Jorge Rodríguez, Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón, v Juan Carlos Bayón in Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2003, 210.

(nekaj takega kot fran. *pouvoir neutre* Benjamina Constanta) brez političnih nalog in z nalogo, da varuje ustavo. (Tu seveda ne gre za strogo razlagalno, ampak za dogmatično trditev ali, če hočete, trditev »ustavnopravnega nauka«.)

c) Veto omogoča predsedniku predhodno presojo ustavnosti zakonov (drugačen je naknadni nadzor, ki ga izvaja ustavno sodišče). Natančneje povedano, predsednik lahko uporabi veto pri tistih zakonih, katerih neustavnost naj bi bila očitna. (Tokrat gre za dogmatično-razlagalno trditev, ki se opira na *ratio legis* oz. na »razlog obstoja« ali domet predmetne določbe.)

č) Vprašanje ustavnosti pa se lahko postavi le glede navadnih zakonov: zakon o spremembi ustave nikdar ne more biti neustaven (razen iz razlogov obličnosti), saj so zakoni o spremembi ustave namenjeni ravno preoblikovanju ustavnega besedila. Pravzaprav bi lahko rekli, da so zakoni o spremembi ustave vedno in po sami opredelitvi »neustavni« – vendar je to pravno dopustno.¹⁰ (Trditev tokrat analitično izhaja iz ustaljenega pojma ustavnih sprememb.)

d) Predmetno ustavno določbo je treba zato razlagati tako, da se nanaša samo na navadne zakone, ne pa tudi na zakone o spremembi ustave. (To je prvi razlagalni sklep, ki izhaja iz razdružitve in dogmatičnih trditev.)

e) O pristojnosti predsednika za podajo veta na zakone o spremembi ustave slednja ne pove prav nič. (To je drugi razlagalni sklep, ki – tako kot prejšnji – izhaja iz razdružitve in ustavnopravne dogmatike.)

f) Iz tega sledi, da predsednik republike ni pristojen za podajo veta na zakone o spremembi ustave. (To je – v širšem pomenu besede – še en razlagalni sklep, ki je *a contrario* izpeljan iz »molka« ustavnega besedila: *inclusio unius est exclusio alterius*.)

Kot vidimo, ima takšen način razlogovanja izjemno zanimive posledice:

(i) Naš umišljeni pravnik s tehniko razdruževanja najprej uvede v razlagano ustavno določbo tiho izjemo. Določbo obravnava, če želite, kot uklonljivo: najprej jo, z drugimi besedami, »delno razveljavi«.¹¹

(ii) Drugič, s tem ponudi zožujočo razlago določbe: polje njene uporabe zameji na navadne zakone (po črkobralni razlagi pa bi se, drugače, določba uporabljala za vse zakone, in to brez izjem).

(iii) Tretjič, ustvari praznino: ustavna določba – s tem da ureja zgolj dejanski stan »navadni zakon« – ne ureja dejanskega stanu »zakon o spremembi ustave«. Dejanski stan »zakon o spremembi ustave« (v zvezi, seveda, s predsedniškim vetom) domnevno ni v ustavi na noben način urejen. Opazno je, da gre po mnenju tistih, ki predmetno določbo razlagajo črkobralno, tu za vrednostno

10 Zavoljo nezapletanja tu odmišljam doktrino – z njo soglaša veliko ustavnosodnih oblasti – o nespremenljivih vsebinah ustav (vrhovna načela materialne ustave in podobno).

11 Kot je (upam) jasno razvidno, tu in na drugih mestih rabim glagolsko besedno zvezo »delno razveljaviti« v pomenu uvesti v neko normo (tihe) izjeme ali normo poizjemiti.

praznino in ne za normativno praznino, saj besedilo ne razlikuje med zakoni, in se torej nanaša tudi na zakone o spremembi ustave.

(iv) Četrtrič, naš pravnik zapolni praznino, ki jo je ustvaril, s tiho ali »implicitno« normo (»implicitno« v širšem pomenu besede, ne v logičnem) – tj. z normo doktrinarnega izvora (nem. *Juristenrecht*) –, po kateri predsednik ne more podati veta na zakone o spremembi ustave.

2.2 Drugi primer

V istem, že omenjenem ustavnem redu, v katerem ima vlada (v določenih okoliščinah) pravno moč izdajati akte zakonske ravni, ki so (tako kot zakoni *stricto sensu*) lahko podvrženi naknadnemu nadzoru ustavnega sodišča, se neka ustavna določba glasi:

Računsko sodišče izvaja nadzor nad legitimnostjo aktov vlade.

Na katere akte se nanaša ta določba? Po črkobralni ali dobesedni razlagi se določba, seveda, nanaša na kateri koli akt vlade, saj besedilo na noben način ne razlikuje med različnimi vrstami vladnih aktov. Kljub temu si je lahko zamisliti pravnika, ki razloguje bolj ali manj takole:

a) V našem redu obstajata dve vrsti aktov vlade: vladni akti zakonske ravni (ti imajo »moč zakona«) in nezakonski akti (podzakonski predpisi in upravni akti).

b) »Legitimnost« lahko pomeni – odvisno od primera – bodisi skladnost z zakoni *stricto sensu* (zakonitost) ali pa skladnost z ustavo (ustavna legitimnost ali ustavnost).

c) Seveda se za akte z zakonsko močjo ne zahteva, da bi bili skladni z zakonom (nasprotno, zakone lahko deloma razveljavljajo, pa tudi odpravijo: prav v tem je njihova zakonska moč). Akti zakonske ravni morajo biti skladni zgolj z ustavo.

č) V našem pravnem redu pa je presoja skladnosti aktov zakonske ravni z ustavo v pristojnosti ustavnega sodišča (predpostavimo, da je ta pristojnost izključna).

d) Zaradi tega je treba obravnavano ustavno določbo razlagati tako, da se nanaša samo na nezakonske akte vlade; akti zakonske ravni so torej izven polja njene uporabe.

e) Ustava ne pove ničesar o pristojnosti računskega sodišča za vladne akte z zakonsko močjo.

f) Računsko sodišče, posledično, ni pristojno za presojo vladnih aktov zakonske ravni.

Tako kot v prejšnjem primeru je naš umišljeni pravnik tudi tu naredil štiri pomembne stvari:

(i) S tehniko razdružitve je delno razveljavil ustavno določbo, ki jo je poizjemil: vanjo je uvedel tiho izjemo, ki po črkobralni razlagi sploh ne obstaja.

(ii) Na ta način je ponudil zožujočo razlago predmetne določbe.

(iii) Hkrati je ustvaril praznino: pristojnosti računskega sodišča za presojo vladnih aktov zakonske ravni ustava ne ureja. Očitno je, da po mnenju tistih, ki določbo razlagajo črkobralno, tako ustvarjena praznina ni normativna, ampak vrednostna praznina (besedilo se namreč dejansko nanaša na vse akte vlade).

(iv) Končno je naš pravnik praznino zapolnil z normo doktrinarnega izvora, po kateri računsko sodišče ni pristojno, da presoja legitimnost vladnih aktov zakonske ravni.

2.3 Tretji primer

V istem ustavnem redu se neka ustavna določba glasi takole:

Noben akt predsednika republike ni veljaven, če ga ne podpiše tudi predlagajoči minister.

Črkobralna razlaga je takšna: kateri koli akt predsednika mora biti sopodpisan s strani predlagajočega ministra. To predpostavlja, da za vsak akt predsednika obstaja predlagajoči minister, in torej ministrski predlog. Predsednik, z drugimi besedami, ne more izdati nobenega akta, če nima za to podlage v ministrskem predlogu.

A zamislimo si pravnika, ki sklepa približno na takle način:

a) V parlamentarni obliki vladavine predsednik republike ni vodja izvršne oblasti; predsednik je »nevtralna oblast« z nalogo, da varuje ustavo. (Tu gre za dogmatično trditev, kakršne smo že spoznali.)

b) Torej obstajajo akti, ki jih predsednik izda v položaju varuha: akti, ki nimajo »pri-stranske« politične vsebine, so politično nevtralni in zato ne predstavljajo – tj. ne zahtevajo – nobenega ministrskega predloga.

c) Iz tega sledi, da je treba razlikovati med dvema vrstama aktov predsednika: »vsebinsko« vladnimi akti (izdanimi na podlagi ministrskega predloga) in »strogo« predsedniškimi akti (brez ministrskega predloga).

č) Obravnavana ustavna določba se torej ne nanaša na vse akte predsednika, ampak zgolj na tiste, ki so »vsebinsko« vladni akti; preostali predsedniški akti so izven polja njene uporabe.

d) Strogo predsedniški akti torej z ustavo niso urejeni.

e) Iz tega sledi, da strogo predsedniški akti ne zahtevajo nobenega ministrskega sopodpisa (ali pa, če že, zahtevajo – ne sopodpis predlagajočega ministra, ki ga preprosto ni, ampak – sopodpis ministra, pristojnega za predmetno področje).

Še enkrat je naš umišljeni pravnik napravil štiri opazne stvari:

(i) Ustavni določbi je deloma »odvzel veljavnost«, s tem da jo je poizjemil. Vanjo je uvedel tiho izjemo, ki naj po črkobralni razlagi ne bi obstajala.

(ii) S tem je ponudil zožujočo razlago obravnavane določbe.

(iii) Zožujoča razlaga mu je omogočila pokazati na praznino: ustava v zvezi z ministrskim soprodpisom ne ureja strogo predsedniških aktov. Za tiste, ki določbo razlagajo črkobralno, je tako ustvarjena praznina seveda vrednostna praznina, saj se ustavno besedilo nanaša na vse akte predsednika, ne da bi med njimi delalo razločke.

(iv) Končno je naš pravnik praznino zapolnil z normo doktrinalnega izvora, po kateri strogo predsedniški akti ne terjajo ministrskega soprodpisa.

3 NEKAJ UGOTOVITEV

Primerov ne bi bilo težko pomnožiti. Pa je te preproste primere mogoče popošliti? Mislim, da je to mogoče. Iz zgornjih primerov – čeprav so (bolj ali manj) umišljeni – izhaja več zanimivih nasledkov.

Prvič. Primeri nakazujejo, da pojem vrednostne praznine in pojem uklonljivosti oz. poizjemljivosti spadata prej k nauku o razlaganju kot k nauku o normativnih sistemih (tj. k nauku Alchourróna in Bulygina). Pojma označujeta pojave, ki se porajajo tekom razlagalnega postopka in ki so odvisni od pravnih (ali sodniških) razlagalnih strategij. Verjetno je primerno na tem mestu spomniti, da sistemiziranje prava časovno ne predhaja razlagalnih odločitev, ampak tem sledi: logičnih zaključkov se ne izpeljuje iz besedil (tj. še ne razlaganih besedil), ampak le iz njihovih pomenov, ti pa predpostavljajo razlaganje.¹²

Drugič. Vrednostne praznine in uklonljivost pogosto predstavljajo tako rekoč dve plati iste medalje.¹³ S tem, da se neko normo poizjemi, se iz polja njene uporabe izvzame določene dejanske stanove (po drugačni razlagi naj bi bili ti z normo urejeni). Včasih so takšni dejanski stanovi urejeni s kakšno drugo normo istega pravnega reda; spet drugič niso urejeni z nobeno normo, ki pripada predmetnemu pravnemu redu. V tem, zadnjem primeru ima pravni red praznino. Poizjemljenje kot delni odvzem veljavnosti torej ustvari praznino.¹⁴

12 O tem podrobneje Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, drugi del.

13 Rodríguez 2002 (op. 4), 377; Rodríguez 2003 (op. 9), 229.

14 Poizjemljenje ustvari praznino, kar pa ne pomeni, da so vse praznine ustvarjene s poizjemljenjem. V praksi nekaterih ustavnih sodišč najdemo na primer naslednji način razlogovanja:

(a) Zakonodajalec je ob urejanju določenega razreda dejanskih stanov (na primer: »velika podjetja«) opustil temu primerno ureditev nekega drugega razreda dejanskih stanov (na primer: »majhna podjetja«), ki je po mnenju ustavnih sodnikov »v bistvenem« enak urejenemu razredu dejanskih stanov.

Tretjič. Pojem vrednostne praznine ni del pravniškega (ali sodniškega) jezika: pripada pravoslovnemu jeziku ali, natančneje, »metapравoslovnemu« jeziku¹⁵ oziroma logičnemu razčlenjevanju pravniškega (in sodniškega) razpravljanja.

Hočem reči, da tisti, ki zatrjuje obstoj neke praznine, nikoli ne prizna – razen če je kritizirajoč veljavni pravni red govora *de iure condendo* –,¹⁶ da gre za vrednostno praznino: nasprotno, vedno zatrjuje, da gre za resnično normativno praznino, tj. objektivno pomankljivost pravnega reda, ki je neodvisna od vsakršnega vrednotenja.¹⁷ A če na ravni metajezika – ali s pogledom »od zunaj« – zadržimo, da pravna praznina ni normativna, ampak vrednostna, potem moramo vendar predpostavljati *drugačno* razlago istega besedila kot tisti, ki zatrjuje obstoj predmetne praznine.

Za vrednostne praznine se zato zdi, da so od razlaganja odvisne dvakrat oziroma v dveh pogledih. Po eni strani so od razlaganja odvisne v tem, da tisti, ki zatrjuje obstoj vrednostne praznine, predpostavlja točno določeno razlago besedila (navadno je to zožujoča razlaga besedila). Po drugi strani so vrednostne praznine od razlaganja odvisne v tem, da tisti, ki na ravni metajezika zatrjuje, da

- (b) Zakonodajalec je ob urejanju določenega razreda dejanskih stanov (na primer: »podjetja«) opustil razlikovanje – znotraj tega razreda – med dvema podrazredoma (na primer: »velika« in »mala« podjetja), ki sta po mnenju ustavnih sodnikov »v bistvenem« različna in zaradi tega terjata različno ureditev.

V obeh primerih imamo opravka z vrednostno praznino (ta je posebne vrste: prim. Giampaolo Parodi, *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*, v: Paolo Comanducci in Riccardo Guastini (ur.), *Struttura dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996a; Giampaolo Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996b, 131 in nasl. V prvem primeru pa naj vendarle ne bi šlo za vrednostno praznino po Alchourrónu in Bulyginu 1974 (op. 2), 160.) V obeh primerih je zakon zaradi vrednostne praznine v njem neustaven. Obstoj praznine je utemeljevan z ustavnim načelom enakosti, ki se ga razume v smislu, da je treba enake primere obravnavati na enak način in različne primere na različni način. Vendar je v prvem primeru (tj. v primeru vrednostne praznine brez poizjemljenja) tisto, kar po mnenju ustavnega sodnika manjka, »izenačevalna« norma; v drugem primeru (tj. v primeru vrednostne praznine kot posledice poizjemljenja) pa je, nasprotno, tisto, kar manjka, »razlikovalna« norma. V obeh primerih ustavno sodišče izda »dopolnilno« odločbo. Prim. José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, 171 in nasl.

- 15 Norberto Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), v: Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970; tudi v hrvaškosrbskem prevodu Nikole Viskovića: Bitak i trebanje u pravnoj znanosti, v: Norberto Bobbio, *Eseji iz teorije prava*, Split, Logos, 1988, 31–49.
- 16 Rodríguez 2002 (op. 4), 82.
- 17 Menim, da ima prav Jorge Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, *Doxa* (1999) 22 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>), ki opozori, da so izreki, s katerimi se zatrjuje obstoj neke (vrednostne) praznine, pogosto (ali navadno) razlagalni izreki in ne etično-politično kritični izreki veljavnega pravnega reda.

je neka točno določena praznina ravno vrednostna in ne normativna, tudi sam predpostavlja drugačno razlago – navadno črkobralno razlago – istega besedila.

To pa ima verjetno najbolj zaskrbljujočo posledico. Včasih poslušamo, da naj bi bile vrednostne praznine odvisne od razlagalčevega vrednotenja, medtem ko naj bi bile normativne praznine nekakšna »objektivna« lastnost prava. To dejansko ne drži. Če je res, da se neodvisno od razlaganja ne da ločiti med normativnimi in vrednostnimi prazninami, potem je nek »normativni položaj« lahko iz različnih razlagalnih vidikov razumljen bodisi kot normativna praznina ali pa kot vrednostna praznina.¹⁸ To pa pomeni, da so tudi normativne praznine od razlaganja odvisne spremenljivke: po neki razlagi imamo torej opravka z normativno praznino, po drugi razlagi pa ta (normativna) praznina začuda izgine ali pa se spremeni v vrednostno praznino.¹⁹

Četrtrič. Pojma uklonljivosti in vrednostne praznine sta v jeziku teorije prava (razmeroma) nova, vendar sta oba pojava največkrat plod dobro znane oblike razlaganja: tj. zožujočega razlaganja oziroma razlaganja, ki polje uporabe neke norme zoži.

Po drugi strani je pojem zožujoče razlage seveda primerjalni pojem; imenovana razlaga je »ožja« od neke druge razlage. Trditev, da je določena razlaga zožujoča, predpostavlja možnost drugačne razlage: črkobralne razlage. Seveda pa je tudi črkobralna ali dobesedna razlaga prav tako razlaga; morda je manj sporna, a – ker gre za razlago – še vedno ni nič bolj »objektivna« ali »nepristranska« od drugih mogočih razlag.

Tako kot vse nejezikovne razlage tudi zožujoča razlaga izrecno ali molče predpostavlja (govorniški) argument *ratio legis* ali pa – pogosto protidejstveni – argument namena normodajne oblasti.²⁰ Natančneje povedano tisti, ki črkobralno razlago zavrača, sprejema: 1., da obstaja nasprotje med tem, kar je izrekla normodajna oblast, in tistim, kar je imela namen reči (ali storiti); 2., da je namen pomembnejši od besedila.²¹ Zadnja predpostavka seveda ni nič drugega kot neke vrste politična ideologija. Po drugi strani pa izrekov o namenu normodajne oblasti ne moremo resno imeti za izkustvene izreke: do zakonodajalčevih »misli« namreč nimamo dostopa, še posebno če gre za skupinsko telo.²²

18 Cristina Redondo, Reglas genuinas y positivismo jurídico, v: Paolo Comanducci in Riccardo Guastini (ur.), *Analisi e diritto* 1998. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1998, 256 (http://www.digita.unige.it/?page_id=354).

19 Alchourrón 1996 (op. 6), 338, ali Alchourrón 2000 (op. 6), 21: »Neko določilo, ki po eni razlagi rešuje nek vzorčni primer [tj. ureja abstraktni dejanski stan], lahko po drugačni razlagi predstavlja praznino.« Alchourrón in Bulygin 1974 (op. 2), 144: »Nepopolni sistem (s prazninami) je mogoče z razlago spremeniti [...] v popolen sistem (takšen praznin nima).«

20 Guastini 2004 (op. 1), 142 in nasl.

21 Friderick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 74 in nasl.

22 Alchourrón 1996 (op. 6), 340, 343 in nasl., ali Alchourrón 1996 (op. 6), 23, 27 in nasl.

Petič. Zožujoča razlaga je plod posebne razlagalne tehnike: gre za tehniko razdruževanja²³ (nekaj podobnega je angl. *distinguishing* sodnikov v sistemih *common law*).

S to tehniko se v normo uvede »nove« razločke oziroma razločke, ki jih normodajna oblast ni uvedla (razločuje se tam, kjer normodajna oblast ni razločevala). Z njo se razred dejanskih stanov, ki jo – po črkobralni razlagi – besedilo predvideva, razdruži na dva (ali več) podrazredov, in sicer z namenom pokazati, da morajo takšni podrazredi, ker so si v »bistvenem« različni, imeti tudi različne pravne posledice.²⁴ Razdružitev je pravzaprav argumentativni korak, ki omogoča, da se ustvari vrednostno praznino in normam deloma odvzame veljavnost.

Šestič. Uklonljivost – v nasprotju z miselnostjo nekaterih – ni posebna lastnost načel.²⁵ Povsem mogoče je, da je načelom uklonljivost »lastna« in da je v tem smislu sestavni del pojma načela ali ena od njegovih opredeljujočih značilnosti. Hkrati pa je gotovo tudi to, da lahko kot uklonljivo obravnavamo katero koli normo: prav to pravniki ves čas počnejo.

Sedmič. Nekateri avtorji mislijo, da so uklonljivost norm in vrednostne praznine odvisne od prisotnosti načel v pravnem redu, saj naj bi bila ravno načela tista, ki normam delno odvzemajo veljavnost in s tem vrednostne praznine ustvarjajo. Z drugimi besedami: razlagalci naj bi poizjemljali norme in ustvarjali vrednostne praznine, zato da bi uporabili eno ali drugo načelo.²⁶ To, seveda, pogosto drži. Vendar pa uklonljivost in vrednostne praznine niso nujno odvisne od načel: med temi rečmi ni nobene logične zveze.

Uklonljivost in vrednostne praznine so, povsem preprosto, odvisne od vrednostnih sodb razlagalcev.²⁷ Takšna vrednotenja pa pogosto privzamejo obliko

23 Chaïm Perelman in Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Pariz, PUF, 1958; v ital. prevodu: *Trattato dell'argomentazione*, Torino, 1966, 6. pogl.

24 Guastini 2004 (op. 1), 163 in nasl. Diciotti 1999 (op. 1), 451 in nasl.

25 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2. izdaja, London, 1978. Letizia Gianformaggio, L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1985. Manuel Atienza in Juan Ruíz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; v angl. prevodu: *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998.

26 Misel, da se normam veljavnost delno odvzema z načeli, se najde npr. v Juan Carlos Bayóna, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1991, 321 in nasl. Pa Juan Carlos Bayón, ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?, v: Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9), 295 in nasl. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, 98 in nasl. Trditiv, da so vrednostne praznine odvisne od načel, je branil Juan Ruíz Manero, Algunas concepciones del derecho y sus lagunas, v: Atria in drugi 2005 (op. 4).

27 Neposrečena se mi zdi zamisel Rodrígueza v Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9), 240, po kateri je poizjemljenje neke norme lahko utemeljeno le z drugo postavljenopravno normo. Dejanško so stvari drugačne.

pravnih »teorij« ali, bolje, dogmatičnih trditev, ki jih pravniki ustvarijo neodvisno od razlaganja in v trenutku, ki razlaganje posameznega normodajnega izreka logično predhaja.

Poudariti je treba, da dogmatična zatrjevanja – kakršna so: »v parlamentarnih republikah je vodja države nevtralna oblast, ki ima nalogo, da varuje ustavo« pa »mednarodni običaj se oblikuje s soglasjem držav« ter »pravni red Evropskih skupnosti in pravni redi članic so svojepravni in neodvisni« ipd. – niso razlagalni izreki (tj. nimajo običajne oblike razlagalnih izrekov: »Besedilo B pomeni P.«). Včasih so to, povsem preprosto, norme, ki pa seveda niso »postavljenopravne« narave. Drugič gre za določujoče opredelitve, ki vključujejo vrednostne sodbe in skrite politične ali moralne težnje ter implicirajo norme. Tovrstne opredelitve usmerjajo razlaganje in pogosto omogočajo oblikovanje nepristnih »tihih« norm.

Naj navedem le en primer, ki pa bo nadvse jasen. V zelo znani odločitvi *Marbury* (1803) Vrhovno sodišče Združenih držav Amerike zatrdi, da je po načelu, lastnem vsem pisanim ustavam, ničen vsak akt zakonodajne oblasti, ki ni skladen z ustavo (angl. *a legislative act contrary to the constitution is not law*).²⁸ Jasno je, da to ni razlagalni izrek: prvič, v ameriški ustavi ni nobene normodajne ubeseditve, ki bi jo bilo mogoče razumno razlagati na tak način; po drugi strani pa isto sodišče svoje trditve niti ne poskuša predstaviti kot razlagalnega sklepa. Gre za povsem dogmatično trditev, ki neposredno izraža neko normo in Sodišču omogoča, da iz nje izpelje drugo normo, ki ga pooblašča za to, da neustavnega zakona ne uporabi.

Osmič. Carlos Alchourrón piše takole: »Zaradi uklonljivosti je norme nekega pravnega reda še težje prepoznati kot zaradi večpomenskosti. Uklonljivost je tako en od tistih dejavnikov, ki pri razlaganju normodajnih besedil v mnogih primerih nujno zahtevajo vrednotenje in uporabo vrednostnih meril.«²⁹

Zdi se, da te besede predpostavljajo dvojje: po eni strani predpostavljajo, da je uklonljivost objektivna lastnost norm, ki obstaja pred razlaganjem; po drugi strani pa, da je – vsaj navadno – razlaga dejanje, ki ne zahteva vrednotenja. Vrednotenje naj bi bilo v razlagalnem postopku *posledica in ne vzrok* uklonljivosti.

To pojmovanje je dokaj neposrečeno tako glede uklonljivosti kot glede razlaganja. Uklonljivost pred razlaganjem ne obstaja: nasprotno, gre za eno od njegovih možnih posledic. Vrednotenja razlagalcev *niso posledica* uklonljivosti norm, *ampak so sama njen vzrok*: norme poizjemimo, kadar se nam zdi, da bi imela njihova »stroga« uporaba nepravilne posledice.

28 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

29 Alchourrón 1996 (op. 6), 344, ali Alchourrón 1996 (op. 6), 28.

Tako kot vrednostne praznine niso objektivna značilnost pravnega reda, saj so odvisne od vrednostnih sodb razlagalcev, tako tudi uklonljivost ni objektivna značilnost norm (ali normodajnih izrekov). Uklonljivost ni povezana z veliko ohlapnostjo jezika normodajnih oblasti: neodvisna je od pomenske odprtosti jezika; prav tako pa tudi ni odvisna od dejstva, da normodajne oblasti ne morejo predvideti neskončne raznolikosti bodočih primerov.³⁰ Ravno pomenska odprtost je objektivna in neodpravljiva značilnost vseh predikatov naravnega jezika.³¹ Uklonljivost norm – ali, bolje rečeno, njihova poizjemljivost – pa je, nasprotno, posledica razlagalnega dejanja.

Devetič. Prav zato se nima pomena spraševati, ali so (nekateri ali vse) pravne norme uklonljive ali ne.³² Norme oziroma, pravilneje rečeno, normodajne ubeseditve so, ubožice, povsem nedejavne in ne delajo prav nič: pustijo se poizjemljati, same sebi pa veljavnosti ne jemljejo. Tako kot lepota ni v samih stvareh, ampak je v očeh gledalcev, tako uklonljivost ni v normah, ampak je v odnosu razlagalcev.³³

Desetič. Vprašanje, ali je uklonljivost lastnost norm ali normodajnih ubeseditvev, je dokaj lahko. Neka normodajna ubeseditvev je izrek (še ne razlagani izrek). Uklonljivost je logična lastnost. Izreki pa pred razlaganjem nimajo logičnih lastnosti; takšne lastnosti imajo lahko samo norme kot pomeni normodajnih ubeseditvev. Zato je uklonljivost lastnost norm, ne pa normodajnih ubeseditvev.

Verjetno napeljuje na misel, da je uklonljivost lastnost normodajnih ubeseditvev, dejstvo, da norme, ki jim je deloma odvzeta veljavnost, predstavljajo črkobralno razlago takšnih ubeseditvev: gre za »norme *prima facie*«. ³⁴ Nerazlikovanje med izreki in njihovimi črkobralnimi pomeni je precej pogosta stvar; to je tudi razumljivo, saj črkobralna razlaga pogosto ni sestavljena iz preubeseditve, am-

30 Prim. Jorge Rodríguez in German Sucar, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, v: Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9), 132 in nasl. Rodríguez 2002 (op. 4), 364 in nasl. Obe (zmotni) misli najdemo v naslednjih delih: Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961); v slov. prevodu Jelke Kernev Štrajn, *Koncept prava*, Ljubljana, Krtina, 1994, 7. pogl. Herbert L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948) 49. Tudi Neil MacCormick, *Defeasibility in Law and Logic*, v: Zenon Bankowski in drugi (ur.), *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 1995; pa Schauer 1991 (op. 21), 34 in nasl., ter Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4. izdaja, Buenos Aires, 1994, 226.

31 Friedrich Waismann, *Verifiability*, *Proceedings of the Aristotelian Society* (1945) 19 (dostopno tudi na: <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>).

32 Zdi se, da o tem – začuda – razpravljata v Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9). Prim. tudi razpravljanje, vključeno v *Discusiones* (2005) 5 s članki Jorgeja Rodrígueza, Marie Cristine Redondo, Riccarda Caracciola, Joséja Juana Moresa in Bruna Celana (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>).

33 Juan Carlos Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico*, v: Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9), 178.

34 Ta izraz prevzemam po Diciottiju 1999 (op. 1).

pak iz preproste ponovitve razlaganega besedila. Kljub temu pa je črkobralni pomen – tudi takrat, ko je očiten in splošno sprejet, – še vedno pomen in ne izrek.

Enajstič. Treba je ustrezno razlikovati med (diahronimi) uklonljivostjo, poizjemljivostjo oz. delno razveljavljivostjo in udejanjenimi (sinhronimi) uklonitvijo, poizjemljenjem ali delno razveljavitvijo.

Uklonljivost je razpoložljiva lastnost katere koli norme (tj. črkobralne razlage nekega normodajnega izreka):³⁵ za katero koli normo je mogoče, da je s strani razlagalcev diahrono poizjemljiva.³⁶ To je isto, kot če rečemo, da je črkobralno razlago vedno mogoče zavreči v prid zožujoče razlage z delno razveljavitvenim učinkom.

Iz sinhronega zornega kota pa je norma lahko bodisi uklonjena (kot posledica nekega poizjemljenja ali delno razveljavitvenega razlagalnega dejanja) ali pa neuklonjena.

Dejansko neka uklonljiva norma, dokler taka ostaja (tj. odprta za tihe, nedoločene izjeme), ne služi ničemur:³⁷ kot smo videli, ne omogoča niti krepitve antecedensa ne sklepanja v obliki *modus ponens*. Zaradi tega torej pri nobenem normodajnem sklepanju ne more biti uporabljena kot premisa. Iz tega razloga pravniki sicer dojemajo norme kot uklonljive, vendar jih – če smemo tako reči – ne puščajo uklonljivih v nedogled.³⁸ Z delno razveljavitvijo norme pravniki preoblikujejo in vanjo uvedejo izjemo, vendar predmetna norma, ki je na tak način preoblikovana (z zoženim poljem uporabe), postane sinhrono neuklonljiva:³⁹ torej primerna za uporabo kot premisa sklepanja v obliki *modus ponens*; primerna za to, da se uporabi. Seveda pa je diahrono še naprej odprta poizjemljenjem oz. kasnejšim delnim razveljavljenjem.⁴⁰

Dvanajstič. Enako imajo tudi vrednostne praznine zgolj hipno obstojnost.⁴¹ Pravniki ustvarijo vrednostne praznine s tem, da norme poizjemijo oz. jih de-

35 V jeziku Carlosa E. Alchourróna, Detachment and Defeasibility in Deontic Logic, *Studia logica* (1996) 57, kakršna koli norma vsebuje »dejavnik spremembe«.

36 Seveda lahko, kot opozori Bayón 2003 (op. 33), delni odvzem veljavnosti neki določeni normi včasih krši obsoječo »razlagalno konvencijo« ali – kot bi rekel jaz – nasprotuje »vplivni razlagi« (Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, 108) in zato lahko med drugimi pravnimi igralci ni sprejet.

37 Rodríguez 2002 (op. 4), 361. Schauer 1991 (op. 21), 116. Mimogrede naj rečem še tole: povsem absurdna se mi zdi pogosto navajana zamisel Harta, da je pravilo, ki se konča z izrazi »razen če ...«, še vedno pravilo (Hart 1961 (op. 30), 136). *Tantouque dormitat Homerus*.

38 Rodríguez in Sucar 2003 (op. 30), 132.

39 V jeziku Alchourróna 1996 (op. 35): potem ko je enkrat opravljena sprememba uklonljivega pogojnika, je tisto, kar ostane, togi pogojnik.

40 Prim. Bruno Celano, 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, *Ragion pratica* (2002) 18.

41 Diciotti 1999 (op. 1), 454 in nasl.

loma razveljavijo. Tega pa vendar ne počnejo z namenom, da bi resno zatrjevali nepopolnost prava (ali da bi sodnikom predlagali odločitve *non liquet*), saj tako ustvarjene praznine nemudoma zapolnijo z novimi »nepristnimi« normami.⁴²

4 SKLEPNE MISLI

Kaj ima uklonljivost norm skupnega s pravnim pozitivizmom? – Rekel bi, da nič. Vseeno pa se nekaterim zdi, da povezava obstaja: zdi se jim, da priznanje, da so norme uklonljive, lahko postavi pod vprašaj pravni pozitivizem (kot način preučevanja prava ali metodologijo) in posebej še pozitivistično trditev o ločenosti prava in morale.⁴³

Razmišljanje gre približno tako, kot sledi. Pozitivizem trdi, da je pravo mogoče prepoznati neodvisno od kakršnega koli moralnega vrednotenja. A če so pravne norme uklonljive, njihove vsebine ni mogoče prepoznati brez moralnih vrednotenj (brez vrednotenj ne bi bilo mogoče prepoznati tih izjem vsake norme). Zaradi tega je znanstveni načrt pozitivizma obsojen na propad: brez predhodnega moralnega vrednotenja ni mogoče prepoznati prava.

Takšno razlogovanje očitno predpostavlja, da je uklonljivost objektivna značilnost pravnih norm: da gre za »razlagalni problem«, tj. problem, ki se ga razreši z razlaganjem, in ne nekaj, kar bi bilo plod ali posledica razlaganja. Kot smo videli, je takšen sklep očitno napačen. To bi moralo samo po sebi zadoščati za izničenje celotnega razlogovanja, ki smo ga postavili pod vprašaj. Kljub temu pa lahko dodam še eno stvar.

Po mojem mnenju »protipozitivistični« argument temelji na dvojnem nesporazumu.

4.1 Prvi nesporazum

Pod »prepoznavo prava« lahko razumemo dve bistveno različni stvari. Eno je nekaj (konkretno: neko normodajno besedilo) prepoznati kot pravo (ali pravni vir). Nekaj povsem drugega pa je prepoznati njegovo normativno vsebino: kaj je komu zaukazano (dopuščeno, prepovedano) in v katerih okoliščinah.⁴⁴

Če načinovni ali metodološki pozitivizem res vključuje kakšno trditev glede prepoznavanja prava (o tem nisem povsem prepričan), to zgolj pomeni, da je *prvo* od teh dveh reči mogoče storiti brez moralnih vrednotenj. Seveda pa ne

42 Nekateri načini oblikovanja »nepristnih« norm so razčlenjeni v Guastini 2004 (op. 1), 104 in nasl.

43 Prim. še enkrat razpravo med Bayónom in Rodríguezom 2003 (op. 9). Prim. tudi María Cristina Redondo, Positivismo excluyente, positivismo incluyente, y positivismo indiferente, v: Moreso in Redondo 2007 (op. 4).

44 Redondo 2007 (op. 43).

predpostavlja – in ne more predpostavljati –, da je mogoče brez takšnih vrednotenj storiti tudi drugo. Prepoznavna normativne vsebine prava (ali, bolje, vsebine pravnih virov) je nekaj, kar je seveda odvisno od razlaganja. Načinovni pozitivizem pa vendarle *ni* nauk – zagotovo pa ne *normativni* nauk – o razlaganju in tega tudi ne vključuje.⁴⁵

Kateri koli resen pravnik (naj bo pozitivist ali ne, tu ni pomembno) ne more zanikati dejstva, da razlaganje vključuje vrednostne sodbe. In če sodniki in pravniki pri razlaganju opravljajo vrednotenja, potem prav: kdor hoče opisovati tisto pravo, ki ima vpliv – prav to je del znanstvenega načrta pravnega pozitivizma –, nima druge izbire, kot da to vzame v obzir in v poštev. Če rečemo s Hartom: »Opisovanje je še vedno opisovanje, čeprav je tisto, kar se opisuje, neko vrednotenje.«⁴⁶

A po vsem tem načinovni pozitivizem nič ne zatrjuje glede prepoznave prava (v smislu: »X je pravo, če in samo če ga je mogoče prepoznati brez moralnih vrednotenj.«). Pozitivistična trditev o ločenosti prava in morale je samo spoznavnostna ali metateoretična trditev, ki se tiče pravne znanosti.⁴⁷ Povsem banalno: eno je prepoznati pravo, drugo je pravo moralno vrednotiti. Pravo je katera koli zapoved suverena. Ni nujno, da je takšna zapoved pravična, da bi bila pravo: tudi nepravični zakoni so pravo. Pozitivizem ne trdi nič več kot to.

4.2 Drugi nesporazum

Ena stvar je znanstveno prepoznavanje prava, ki ima vpliv, druga in precej drugačna stvar pa je razlaganje normodajnih besedil in – še bolj – razreševanje konkretnih sporov.⁴⁸

Razlaganje normodajnih besedi⁴⁹ (in še bolj odločanje o sporih) ni enako prepoznavanju prava, ampak je prispevek k tvorjenju prava. Če pod »pravom« ne razumemo skupka izrekov, ampak skupek pomenov, potem prava ni brez razlaganja: pravo je torej sestavljeno iz uzakonjanja (v »materialnem« smislu: iz oblikovanja normodajnih ubeseditvev) in razlaganja. Tako da razlaganje sovпада s prepoznavanjem prava. Še več, to je pravzaprav del samega prava: vidik ali sestavni del predmeta, ki ga želimo prepoznati ali spoznati.

45 Zdi se, da nasprotno temu razmišlja Alessandro Pace, *Metodi interpretativi e costituzionali-smo, Quaderni costituzionali* 2001.

46 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. izdaja, Oxford, 1994, Postscript.

47 Pierluigi Chiassoni, On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases, v: Paolo Comanducci in Riccardo Guastini (ur.), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2007, 144 in nasl. (http://www.digita.unige.it/?page_id=354).

48 Precej razširjena (čeprav prav tako absurdna) je misel, da poznavanje prava pomeni (ali vsaj vključuje) poznavanje pravne opredelitve vsakega mogočega konkretnega dejanskega stanu.

49 Nanašam se seveda na tisto, ki sem ga na drugem mestu poimenoval »odločevalno razlaganje«.

Nasprotno od tistega, kar domnevno menijo pravniki, razlaga z drugimi besedami ni »pravna znanost«, ampak je del njenega predmeta.⁵⁰ Iz vidika razlagalnega razpravljanja se pravna znanost nahaja na drugi ravni (tj. na ravni metajezika). Opisovati pravo, skratka, ne pomeni razlagati normodajna besedila, ampak bolj osvetljevati tiste razlage normodajnih besedil, ki imajo v pravnem redu »vpliv«. ⁵¹

*Iz italijanščine prevedel Andrej Kristan.**

50 Stvar je še toliko bolj očitna, če se ozremo na sodno razlago.

51 Ross 1958 (op. 36), 108.

* S kleptom so mi pri iskanju ustreznega prevoda za osrednji pojem te razprave pomagali Bartosz Brożek, Luís Duarte d'Almeida, Riccardo Guastini, Jože Kristan, Aleš Novak in Vojko Strahovnik. Pojem, ki je bil pred dobrimi šestdesetimi leti v pravoslovju poimenovan z angl. *defeasibility* (Herbert L. A. Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948), 171–194; ponatisnjeno v A. Flew (ur.), *Logic and Language*, Oxford, Blackwell, 1951, VIII. Pogl., 145–166), je s tem imenom in pogosto znanstveno obravnavo danes prisoten tudi v spoznavoslovnih spisih, moralni filozofiji in logiki. V filozofiji prava mu ustrezajo ital. *defettibilità*, kastilj. *derrotabilidad*, polj. *podważalność* in *zaczepialność*. V slovenščini primerne izraza zanj še nisem zasledil. Po mojem vedenju smo doma v pravo glede tega sploh popolni zamudniki (to je namreč prva objava, ki ta – za razumevanje razlaganja in argumentiranja pomemben – pojem obravnava v našem jeziku). Slov. »ovrgljivost«, ki jo v moralni filozofiji nekateri pripisujejo načelom (včasih tudi »mehkim« načelom), pa po moji oceni ni primerna, ker se »ovrgljivost« in »ovrženje« navadno uporabljata s prizvokom dokončnosti: v tem smislu rečemo, na primer, da je bil dokaz ovržen; ali da je bila ovržena neka trditev. »Uklonljivost«, ki jo tu predlagam sam, ima dvojno prednost. Prvič to, da je izraz korensko zvezan z rabo v pomenotvornem okviru športnega udejstvovanja, ki ni zaznamovana z dokončnostjo: čeprav po izkušnjah vemo, da bo Olimpija *klonila* pod Mežakljo (tj. Jesenice bodo Olimpijo *uklonile*), ob tem nihče ne trdi, da je njena usoda zapečatenata za vedno. Druga (močna) prednost »uklonljivosti« je v tem, da gre za plod skoraj dobesečnega prevoda: angl. *defeat* navadno prevajamo s slov. »poraz«, slov. »poraziti« pa je sopomenka slov. »ukloniti«. Ne da bi to zdaj nadalje utemeljeval, menim, da že zaradi omenjenih odlik »uklonljivost« ustreza ne le rabi v pravoslovju, ampak tudi na področjih spoznavoslovja, filozofije morale in logike.

Preostale (izbrane) pojme sem slovenil takole: ital. *derogazione* kot »delno razveljavitev« ali »delni odvzem veljavnosti« (za določeni primer), ital. *lacuna assiologica* kot »vrednostno (ali aksiološko) praznino«. Ital. *proposizione* da v slovenščini »izjavo«, ital. *enunciato* pa »izrek«. Ital. *antecedente* in ital. *conseguente* prevajam kot »prorek« ali »antecedens« oz. kot »porek« ali »konsekvens« (glej Andrej Ule, *Mali leksikon logike*, Ljubljana, Tehniška založba Slovenije, 1997). Ital. *rinforzo dell'antecedente* da tako slov. »okrepitev antecedensa ali proreka«. Ital. *eccezioni implicite* sem prevajal kot »implicitne« ali »tihe izjeme«, izraz *introdurre eccezione in una norma* pa kot »normo poizjemiti«. Morebitne pomisli bodo vsekakor dobrodošle na: andrej.kristan@revus.eu.

Riccardo Guastini

Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione

1. INTRODUZIONE

In queste pagine vorrei cercare di connettere sistematicamente due idee che s'incontrano nella teoria del diritto di Carlos Alchourrón ed Eugenio Bulygin – l'idea di lacuna assiologica e l'idea di defettibilità delle norme – con una teoria “realista” dell'interpretazione¹.

1.1. Lacuna assiologica

Una lacuna assiologica è la situazione in cui una certa fattispecie è sì disciplinata da una norma, ma – secondo l'opinione dell'interprete – è disciplinata in modo «assiologicamente inadeguato [...] poiché il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione di cui avrebbe dovuto tener conto». Si suppone che il legislatore così abbia deciso poiché non ha preso in considerazione la distinzione in questione: ma «se l'avesse presa in considerazione, avrebbe dettato una disciplina differente» per la fattispecie di cui si tratta².

In altre parole, una lacuna assiologica «non è un caso privo di soluzione [una fattispecie priva di disciplina], ma piuttosto un caso con una cattiva

1 Le idee fondamentali di tale teoria si trovano in Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007. Cfr. anche Enrico Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.

2 Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, 158 (trad. it., a cura di Pierluigi Chiassoni e Giovanni Battiste Ratti, Torino, Giappichelli, 2006). Nella mia esposizione preferisco evitare la terminologia tecnica introdotta da Alchourrón e Bulygin (tesi di rilevanza, ipotesi di rilevanza, etc.) affinché ciò che dico risulti facilmente comprensibile per qualunque giurista che non abbia letto il loro libro.

soluzione»³. Evidentemente, la lacuna non consiste qui nella mancanza di una norma senza ulteriori specificazioni. Ciò che manca non è una norma che disciplini la fattispecie in questione, giacché tale fattispecie in realtà è disciplinata. Ciò che manca è una norma soddisfacente o “giusta” e, più precisamente, una norma “differenziatrice”, ossia una norma che disciplini diversamente una fattispecie che all’interprete appare diversa, cioè appunto meritevole di una disciplina distinta⁴.

1.2. Defettibilità (o derogabilità) delle norme

Qualunque norma giuridica può essere ricostruita come un enunciato condizionale del tipo: “Se F, allora G”, dove l’antecedente denota una classe di fattispecie e il conseguente denota una classe di conseguenze giuridiche (quali: obblighi, permessi, divieti, sanzioni, validità o invalidità di atti, etc.)⁵.

Orbene, «molte (se non tutte le) formulazioni normative [che si incontrano in un ordinamento giuridico] sono defettibili o derogabili [*defeasible*, *derrotables*], ossia posseggono comunemente delle eccezioni implicite: vi sono circostanze che derogano a (*derrotan*, *defeat*) la norma, sebbene non siano espressamente enunciate»⁶, «circostanze che neutralizzano (*desplazan*) l’obbligo [statuito dalla norma], benché non siano esplicitamente formulate»⁷. La defettibilità

3 Pablo Navarro, Jorge Rodríguez, “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, in *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 13, 2000, 76. (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>).

4 Non mi occupo qui di un altro concetto di lacuna assiologica, che è stato elaborato da Jorge Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de los estudios políticos y constitucionales, 2002, 76 ss.; cfr. anche Eugenio Bulygin, “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”, in Fernando Atria et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005; e, su Bulygin, Giovanni Battista Ratti, “Dos modelos de relevancia normativa”, in José Juan Moreso, María Cristina Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

5 Questo concetto di norma è alquanto più ampio di quello adottato da Alchourrón ed Bulygin 1974 (n. 2), poiché include enunciati che esprimono “norme” nel senso che appartengono ad un sistema normativo, sebbene siano privi di formule deontiche nel conseguente.

6 Carlos E. Alchourrón, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, 9 (1996) 4, 341; e la trad. spagnola di Jorge Rodríguez: “Sobre derecho y lógica”, *Isonomía*, 13, 2000, 24. (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>).

7 Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, “Norma jurídica”, in Ernesto Garzón Valdés, Francisco Javier Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 11, Madrid, Trotta, 1996, 146. Altri sensi di “defettibilità” sono esaminati da María Cristina Redondo, “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, in *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho* 20, 1997, (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>) e Rodríguez 2002 (n. 4), cap. IV. In particolare, mi pare importante segnalare che la defettibilità intesa nel senso che una norma sarebbe soggetta non ad eccezioni implicite, ma alle eccezioni espressamente disposte da altre norme del medesimo sistema normativo, nulla ha a che vedere con il concetto di defettibilità che ci interessa nel presente contesto. Cfr. Rodríguez 2002 (n. 4), 358, 364 s.

«implica due conseguenze molto importanti. In primo luogo, per il condizionale defettibile non vale la legge del rinforzo dell'antecedente [...]. In secondo luogo, neppure vale la legge del *modus ponens*». In un condizionale defettibile, insomma, l'antecedente non è condizione sufficiente del conseguente⁸.

Detto altrimenti, una norma defettibile è una norma «soggetta ad eccezioni implicite che non possono essere enumerate esaustivamente in anticipo», di modo che non è «possibile precisare in anticipo le circostanze» che operano «come genuina condizione sufficiente della sua applicazione»⁹.

Per mostrare la connessione tra lacune assiologiche, defettibilità, e interpretazione introdurrò alcuni esempi fittizi (sebbene non interamente fittizi).

2. ALCUNI ESEMPI

2.1. Primo esempio

In una repubblica con costituzione rigida, forma di governo parlamentare, e controllo di legittimità costituzionale sulle leggi accentrato *a posteriori*, una disposizione costituzionale stabilisce:

Il Presidente della Repubblica può opporre il veto alla promulgazione delle leggi.

A quali leggi si riferisce questa disposizione? Secondo l'interpretazione letterale, a qualunque legge, dal momento che il testo non distingue in alcun modo tra leggi di diverso tipo.

Ora, immaginiamo un giurista che argomenti pressappoco come segue.

8 Qualche parola di chiarimento. Supponiamo di dovere applicare la norma "I contratti devono essere adempiuti". (i) Se tale norma è un condizionale non defettibile, da essa, in congiunzione con la proposizione "X è un contratto", si può validamente concludere (per *modus ponens*) "X deve essere adempiuto". Per contro, se la norma è un condizionale defettibile, tale conclusione *non* è consentita, poiché la norma è soggetta ad eccezioni (innominate), sicché *non tutti* i contratti devono essere adempiuti: la conclusione di un contratto non è condizione sufficiente perché sussista l'obbligo di adempimento. (ii) Inoltre, se la norma è un condizionale non defettibile, da essa, in congiunzione con la proposizione "X è un contratto sacrilego", si può validamente concludere (per rinforzo dell'antecedente) "X deve essere adempiuto" (come dire: i contratti sacrileghi sono pur sempre contratti, e la norma non distingue). Per contro, se la norma è un condizionale defettibile, tale conclusione *non* è consentita, poiché la norma, di nuovo, è soggetta ad eccezioni (innominate), sicché, nuovamente, la conclusione di un contratto non è condizione sufficiente perché vi sia obbligo di adempimento (l'obbligo potrebbe non valere per i contratti sacrileghi). Alchourrón, Bulygin, 1996 (n. 7), 145 s. La logica dei condizionali defettibili è stata elaborata da Carlos E. Alchourrón in diversi saggi "tecnici" che non occorre menzionare in questo contesto.

9 Jorge Rodríguez, "Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón", in Juan Carlos Bayón, Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2003, 210.

a) Si possono distinguere due tipi di leggi: leggi ordinarie e leggi di revisione costituzionale. (Questa mossa è ciò che in teoria dell'interpretazione si chiama: tecnica della dissociazione.)

b) Nell'ordinamento vigente (governo parlamentare) il Presidente della Repubblica è non il capo del potere esecutivo, bensì un "potere neutro" – qualcosa come il *pouvoir neutre* di Benjamin Constant – che ha funzioni non politiche, ma solo di garanzia della costituzione. (Questa, si noti, è una tesi non strettamente interpretativa, ma dogmatica: una tesi di "teoria costituzionale", se così vogliamo dire.)

c) Il veto presidenziale ha la funzione di consentire al Presidente un controllo preventivo di legittimità costituzionale sulle leggi (distinto dunque dal controllo successivo esercitato dal Tribunale costituzionale); in particolare, il Presidente può opporre il veto a leggi la cui illegittimità costituzionale sia evidente. (È, questa, una tesi dogmatico-interpretativa intorno alla *ratio legis*, ossia intorno alla "ragion d'essere", lo scopo, della disposizione di cui si tratta.)

d) D'altro canto, un problema di legittimità costituzionale può presentarsi solo riguardo alle leggi ordinarie: una legge di revisione costituzionale non può mai essere incostituzionale (se non per ragioni formali) giacché le leggi di revisione consistono precisamente in un mutamento del testo costituzionale. Le leggi di revisione – si potrebbe dire – sempre, per definizione, sono "incostituzionali", ma sono autorizzate ad esserlo¹⁰. (Questa tesi segue analiticamente dal concetto condiviso di revisione costituzionale.)

e) Pertanto, la disposizione costituzionale in questione deve essere interpretata nel senso che si riferisca solo alle leggi ordinarie, non alle leggi di revisione. (Questa è una prima conclusione interpretativa, che discende dalla dissociazione combinata con talune tesi dogmatiche.)

f) La costituzione non dice assolutamente nulla intorno al potere presidenziale di veto in relazione alle leggi di revisione. (Si tratta di una seconda conclusione interpretativa che, come la precedente, discende dalla dissociazione e dalla dogmatica costituzionale.)

g) Ne segue che il Presidente della Repubblica non ha potere di veto sulle leggi di revisione. (Questa è una ulteriore conclusione interpretativa, in senso ampio, ricavata *a contrario* a partire dal "silenzio" del testo costituzionale: *inclusio unius est exclusio alterius*.)

Come si vede, questo modo di ragionare produce conseguenze di grande interesse.

¹⁰ Faccio astrazione, per comodità, dalla dottrina – condivisa da molte giurisdizioni costituzionali – del contenuto non rivedibile della costituzione (i principi supremi della costituzione materiale e simili).

(i) In primo luogo, mediante la tecnica della dissociazione, il nostro giurista immaginario crea una eccezione implicita nella disposizione costituzionale interpretata. La tratta, se così vogliamo dire, come una disposizione defettibile: concretamente, “deroga” ad essa¹¹.

(ii) In secondo luogo, così facendo, egli offre, di tale disposizione, una interpretazione restrittiva: l’ambito di applicazione della disposizione risulta ristretto alle leggi ordinarie (mentre, secondo l’interpretazione letterale, essa si applicherebbe a tutte le leggi senza eccezioni).

(iii) In terzo luogo, egli produce una lacuna: la disposizione costituzionale, disciplinando solo la fattispecie “legge ordinaria”, non disciplina la fattispecie “leggi di revisione”; la fattispecie “leggi di revisione” (in relazione, s’intende, al veto presidenziale), per ipotesi, non è in alcun modo disciplinata dalla costituzione. Si noti che per quanti interpretino alla lettera la disposizione in questione questa lacuna è non normativa, ma assiologica, giacché il testo si riferisce alle leggi senza distinzione, e dunque anche alle leggi di revisione.

(iv) In quarto luogo, il nostro giurista colma la lacuna da lui stesso creata mediante una norma “implicita” (in senso ampio, non in senso logico) – una norma di creazione dottrinale (*Juristenrecht*) – secondo la quale il Presidente non dispone del veto sulle leggi di revisione.

2.2. Secondo esempio

Nello stesso ordinamento costituzionale di cui si diceva prima, nel quale il Governo ha il potere di emanare (in certe circostanze) atti di rango legislativo, che (come le leggi *stricto sensu*) possono essere sottoposti al controllo successivo del Tribunale costituzionale, una disposizione costituzionale stabilisce:

La Corte dei conti esercita il controllo di legittimità sugli atti del Governo.

A quali atti si riferisce questa disposizione? Secondo l’interpretazione letterale, a qualunque atto del Governo, evidentemente, poiché il testo non distingue in alcun modo tra atti di tipo diverso.

Immaginiamo tuttavia un giurista che argomenti, più o meno, nel modo seguente.

a) Nel nostro ordinamento esistono due tipi di atti governativi: gli atti legislativi (dotati di “forza di legge”) e gli atti non legislativi (regolamentari e amministrativi).

b) “Legittimità” può significare, secondo i casi, conformità alle leggi *stricto sensu* (legalità) o conformità alla costituzione (legittimità costituzionale).

11 Come risulta chiaro (spero) dal contesto, qui e altrove uso il verbo “derogare” nel senso di introdurre eccezioni (implicite) in una norma.

c) Ora, agli atti di valore legislativo, evidentemente, non è richiesto di essere conformi alla legge (al contrario, essi possono derogare a leggi o abrogarle: in questo precisamente consiste il loro valore legislativo). Gli atti legislativi devono solo essere conformi alla costituzione.

d) Tuttavia, nel nostro ordinamento, il controllo di conformità alla costituzione degli atti legislativi è di competenza (si suppone: esclusiva) del Tribunale costituzionale.

e) Pertanto, la disposizione costituzionale di cui trattasi deve essere interpretata nel senso che si riferisca solo agli atti non legislativi; gli atti legislativi cadono fuori del suo ambito di applicazione.

f) La costituzione nulla dice intorno alla competenza della Corte dei conti sugli atti legislativi del Governo.

g) Per conseguenza, la Corte dei conti non è competente a controllare gli atti legislativi del Governo.

Come nel caso precedente, il nostro giurista immaginario ha fatto quattro cose importanti.

(i) Per mezzo della tecnica della dissociazione ha “derogato” alla disposizione costituzionale, introducendo in essa una eccezione implicita: cioè una eccezione che, secondo l’interpretazione letterale, non sussiste affatto.

(ii) In questo modo ha proposto una interpretazione restrittiva di tale disposizione.

(iii) Al tempo stesso ha creato una lacuna: la costituzione non disciplina i poteri della Corte dei conti sugli atti legislativi del Governo. Ovviamente, a quanti interpretino letteralmente, siffatta lacuna appare non già normativa – il testo, infatti, si riferisce a tutti gli atti governativi – bensì assiologica.

(iv) E infine il nostro giurista ha colmato la lacuna con la norma di creazione dottrinale secondo cui la Corte dei conti è positivamente incompetente a controllare le legittimità degli atti legislativi del Governo.

2.3. Terzo esempio

Nel medesimo ordinamento costituzionale, una disposizione della costituzione stabilisce:

Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dal ministro proponente.

Interpretazione letterale: qualunque atto presidenziale deve essere controfirmato dal ministro proponente. Ciò suppone che per ogni atto presidenziale vi sia un ministro proponente, e dunque una proposta ministeriale. In altre parole, il Presidente non può compiere alcun atto se non sulla base di una proposta ministeriale.

Immaginiamo però un giurista che argomenti, più o meno, nel modo seguente.

a) In una forma di governo parlamentare, il Presidente della Repubblica non è il capo del potere esecutivo: è un “potere neutro” con funzioni di garanzia della costituzione (si tratta di una premessa dogmatica che già conosciamo).

b) Pertanto esistono atti che il Presidente compie nell'esercizio delle sue funzioni di garanzia: atti che non hanno contenuto politico “di parte”, sono politicamente neutrali, sicché non presuppongono – non richiedono – alcuna proposta ministeriale.

c) Ne segue che bisogna distinguere due tipi di atti presidenziali: gli atti “sostanzialmente” governativi (compiuti sulla base di una proposta ministeriale) e gli atti “strettamente” presidenziali (senza proposta ministeriale).

d) Orbene, la disposizione costituzionale in commento si riferisce non già a tutti gli atti del Presidente, ma solo agli atti sostanzialmente governativi: i rimanenti atti presidenziali cadono fuori del suo ambito di applicazione.

e) Pertanto, gli atti strettamente presidenziali non sono disciplinati dalla costituzione.

f) Ne segue che gli atti strettamente presidenziali non richiedono alcuna controfirma ministeriale (o, al massimo, richiedono la controfirma non del ministro proponente, che semplicemente non sussiste, ma del ministro competente per materia).

Ancora una volta il nostro giurista immaginario ha fatto quattro cose.

(i) Ha “derogato” alla disposizione costituzionale, introducendo in essa una eccezione implicita che, secondo l'interpretazione letterale, non sussisterebbe.

(ii) Così facendo, ha proposto una interpretazione restrittiva di tale disposizione.

(iii) L'interpretazione restrittiva gli ha permesso di identificare una lacuna: la costituzione non disciplina gli atti strettamente presidenziali in relazione alla controfirma ministeriale. A quanti interpretino letteralmente siffatta lacuna appare evidentemente assiologica, dal momento che il testo costituzionale non distingue, riferendosi agli atti presidenziali tutti senza ulteriori specificazioni.

(iv) Infine, il nostro giurista ha colmato questa lacuna con la norma di creazione dottrinale secondo cui gli atti strettamente presidenziali non richiedono controfirma ministeriale.

3. QUALCHE CONCLUSIONE

Non sarebbe difficile moltiplicare gli esempi. Ma possono questi semplici esempi essere generalizzati? Io credo di sì. Da questi esempi, sebbene (più o meno) fittizi, si ricavano varie conseguenze interessanti.

Uno. Gli esempi suggeriscono che i concetti di lacuna assiologica e di defettibilità o derogabilità appartengano, per così dire, non alla teoria dei sistemi normativi, ma piuttosto alla teoria dell'interpretazione. Denotano fenomeni che si presentano nel corso del processo d'interpretazione e che dipendono dalle strategie interpretative dei giuristi (o dei giudici, naturalmente). Forse conviene ricordare che le attività di sistematizzazione del diritto non precedono, ma seguono le decisioni interpretative: non si fanno inferenze a partire da testi (non ancora interpretati), ma solo a partire da significati, i quali per l'appunto presuppongono l'interpretazione¹².

Due. Molte volte lacune assiologiche e defettibilità sono, per così dire, facce di una stessa medaglia¹³. Derogando ad una norma si escludono dal suo campo di applicazione alcune fattispecie (che, tuttavia, secondo una diversa interpretazione sarebbero sì disciplinate dalla norma). A volte, tali fattispecie risultano disciplinate da un'altra norma del sistema; ma altre volte risultano invece non disciplinate da alcuna norma appartenente al sistema. In quest'ultimo caso il sistema è lacunoso. Dunque la derogazione produce una lacuna¹⁴.

12 Su ciò ampiamente Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, parte seconda.

13 Rodríguez 2002 (n. 4), 377; Rodríguez 2003 (n. 9), 229.

14 La derogazione produce lacune, ma non tutte le lacune si producono per derogazione. Ad esempio, nella pratica di alcuni tribunali costituzionali si incontrano ragionamenti del tipo seguente.

(a) Il legislatore, nel disciplinare una certa classe di fattispecie (ad esempio, "le grandi imprese") ha ommesso di disciplinare allo stesso modo un'altra classe di fattispecie (ad esempio, "le piccole imprese") che, secondo il giudice costituzionale, è "sostanzialmente" eguale alla classe di fattispecie disciplinata.

(b) Il legislatore, nel disciplinare una certa classe di fattispecie (ad esempio, "le imprese") ha ommesso di distinguere, entro questa classe, due sottoclassi (ad esempio, le "grandi" e le "piccole" imprese) che, secondo il giudice costituzionale, sono "sostanzialmente" diverse e, pertanto, esigono discipline distinte.

In entrambi i casi abbiamo a che fare con una lacuna assiologica (di un tipo particolare: cfr. Giampaolo Parodi, "Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale", in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996a; Giampaolo Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, 96.ino, o una normana norma sì, Torino, Giappichelli, 1996b, 131 ss.; il primo caso tuttavia non sarebbe una lacuna assiologica secondo Alchourrón, Bulygin, 1974 (n. 2), 160). In entrambi i casi la legge è ritenuta incostituzionale in ragione della lacuna assiologica che contiene. Lesistenza di una lacuna è argomentata sulla base del principio costituzionale di eguaglianza, inteso nel senso che i casi eguali devono essere trattati nello stesso modo e i casi diversi devono essere trattati in modo diverso. Nel primo caso però (lacuna assiologica senza derogazione), ciò che manca, secondo il giudice costituzionale, è una norma "eguagliatrice"; nel secondo caso per contro

Tre. Il concetto di lacuna assiologica non appartiene al linguaggio dei giuristi (o dei giudici): appartiene al linguaggio della teoria del diritto, più precisamente della “metagiurisprudenza”¹⁵, ossia dell’analisi logica del discorso dei giuristi (e dei giudici).

Voglio dire che chi afferma l’esistenza di una lacuna – salvo che parli *de jure condendo*, criticando il sistema giuridico vigente¹⁶ – mai ammette che si tratti di una lacuna assiologica: al contrario, sempre suggerisce che si tratti di un’autentica lacuna normativa, cioè di un difetto oggettivo del sistema normativo, indipendente da qualsivoglia valutazione¹⁷. Tuttavia, per dire a livello di metalinguaggio – ossia dal punto di vista “esterno” – che la lacuna in questione è non normativa, ma assiologica, dobbiamo presupporre una interpretazione dello stesso testo *diversa* da quella proposta da chi afferma l’esistenza di quella data lacuna.

Le lacune assiologiche, pertanto, sembrano dipendere dall’interpretazione due volte, o in duplice senso. Da un lato, dipendono dall’interpretazione nel senso che chi afferma l’esistenza di una lacuna assiologica presuppone una determinata interpretazione – normalmente restrittiva – del testo. Dall’altro lato, dipendono dall’interpretazione nel senso che chi afferma, a livello di metalinguaggio, che quella data lacuna è precisamente assiologica, e non normativa, presuppone a sua volta una interpretazione distinta – normalmente letterale – del medesimo testo.

E ciò ha una conseguenza forse anche più inquietante. A volte si discorre come se le lacune assiologiche dipendessero dalle valutazioni degli interpreti, mentre le lacune normative sarebbero qualcosa come proprietà “oggettive” del diritto. Di fatto non è così. Se è vero che non si possono distinguere le lacune normative dalle lacune assiologiche indipendentemente dall’interpretazione, ne segue che una data “situazione normativa” può essere considerata una lacuna normativa o invece una lacuna assiologica da punti di vista interpretativi diversi¹⁸. Ma questo vuol dire che anche le lacune normative sono variabili dipen-

(lacuna assiologica come conseguenza di una derogazione) ciò che manca è una norma “differenziatrice”. In entrambi i casi, il tribunale costituzionale pronuncia una “sentenza additiva”. Cfr. José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, 171 ss.

15 Norberto Bobbio, “Essere e dover essere nella scienza giuridica” (1967), in Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970.

16 Rodríguez 2002 (n. 4), 82.

17 Credo che abbia ragione Jorge Rodríguez, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, in *Doxa*, 22, 1999 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>), quando suggerisce che spesso (o forse normalmente) gli enunciati che affermano l’esistenza di una lacuna (assiologica) sono enunciati interpretativi, e non enunciati di critica etico-politica del sistema giuridico vigente.

18 Cfr. Cristina Redondo, “Reglas genuinas y positivismo jurídico”, in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1998, 256 (http://www.digita.unige.it/?page_id=354).

denti dell'interpretazione: secondo una certa interpretazione vi è una lacuna normativa, mentre secondo una diversa interpretazione questa lacuna miracolosamente scompare, non sussiste in quanto lacuna normativa, e quindi si converte in lacuna assiologica¹⁹.

Quattro. I concetti di defettibilità e di lacuna assiologica sono nuovi (relativamente nuovi) nel linguaggio della teoria del diritto, ma entrambe le cose sono, spesso, il risultato di una modalità interpretativa ben nota: l'interpretazione restrittiva, ossia quella interpretazione che riduce l'ambito di applicazione di una norma.

D'altra parte, il concetto d'interpretazione restrittiva è, evidentemente, un concetto di relazione: "restrittiva" rispetto a che? Per affermare che una certa interpretazione è restrittiva occorre presupporre una interpretazione distinta: normalmente una interpretazione letterale. Si osservi, tuttavia, che anche l'interpretazione letterale è una interpretazione: forse meno discutibile, ma – in quanto interpretazione – non più "oggettiva" o "neutrale" di altre interpretazioni possibili.

L'interpretazione restrittiva, come qualunque interpretazione non letterale, suppone, espressamente o tacitamente, l'argomento (retorico) della *ratio legis*, ossia dell'intenzione – spesso controfattuale – dell'autorità normativa²⁰. Più precisamente, chi respinge l'interpretazione letterale assume: primo, che esista una discrepanza tra ciò che l'autorità normativa ha detto e ciò che intendeva dire (o fare); secondo, che l'intenzione debba prevalere sul testo²¹. Quest'ultima assunzione, evidentemente, altro non è che un'ideologia politica. D'altro canto, gli enunciati sull'intenzione delle autorità normative non possono seriamente essere considerati come enunciati empirici: non vi è accesso alla "mente" di un legislatore, soprattutto se si tratta di un organo collegiale²².

Cinque. L'interpretazione restrittiva è il risultato di una tecnica interpretativa specifica: la tecnica della dissociazione²³ (qualcosa di simile al *distinguishing* dei giudici di *common law*).

Questa tecnica consiste nell'introdurre in una norma delle distinzioni "nuove", ossia non compiute dall'autorità normativa (nel distinguere là dove

19 Alchourrón 1996 (n. 6), 338, o Alchourrón 2000 (n. 6), 21: «Una disposizione che risolve un caso generico [che disciplina una fattispecie astratta] secondo una certa interpretazione può dar luogo ad una lacuna secondo una interpretazione differente». Alchourrón, Bulygin 1974 (n. 2), 144: «Un sistema incompleto (lacunoso) può essere trasformato mediante interpretazione [...] in un sistema completo (privo di lacune)».

20 Guastini 2004 (n. 1), 142 ss.

21 Friderick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 74 ss.

22 Alchourrón 1996 (n. 6), 340, 343 s, o Alchourrón 2000 (n. 6), 23, 27 s.

23 Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione* (1958), Torino, Einaudi, 1966, cap. IV.

l'autorità normativa non distingue); consiste nello scomporre la classe delle fattispecie previste dal testo – interpretato alla lettera – in due (o più) sottoclassi, con l'intento di suggerire che tali sottoclassi, essendo “sostanzialmente” distinte, non possano non avere conseguenze giuridiche anch'esse distinte²⁴. La dissociazione, precisamente, è lo strumento argomentativo che consente di creare lacune assiologiche e di derogare alle norme.

Sei. La defettibilità non è, come talora si pensa, una peculiarità dei principi²⁵. È possibile che i principi siano “intrinsecamente” defettibili – e che in questo senso la defettibilità formi parte del concetto di principio, sia un suo tratto definitorio – ma quel che è certo è che qualunque norma può essere trattata come defettibile: di fatto i giuristi lo fanno continuamente.

Sette. Alcuni autori pensano che la defettibilità delle norme e le lacune assiologiche dipendano dalla presenza, nel sistema giuridico, di principi, nel senso che sarebbero precisamente i principi a derogare alle norme e a produrre lacune assiologiche: o, per meglio dire, gli interpreti derogherebbero alle norme e produrrebbero lacune assiologiche per dare applicazione all'uno o all'altro principio²⁶. Beninteso, ciò è spesso vero. Ma la defettibilità e le lacune assiologiche non dipendono necessariamente dai principi: cioè non vi è alcuna relazione logica tra queste cose.

La defettibilità e le lacune assiologiche dipendono molto semplicemente dalle valutazioni degli interpreti²⁷, e spesso tali valutazioni assumono la forma di “teorie” giuridiche o, per meglio dire, di tesi dogmatiche, che i giuristi costruiscono in un momento logicamente antecedente l'interpretazione di uno specifico enunciato normativo e indipendentemente da essa.

Occorre sottolineare che le tesi dogmatiche – ad esempio: “In una repubblica parlamentare il capo dello stato è un potere neutro con funzioni di garanzia della costituzione”, “La consuetudine internazionale si forma con il consenso degli stati”, “L'ordinamento comunitario europeo e gli ordinamenti degli stati

24 Guastini 2004 (n. 1), 163 ss.; Diciotti 1999 (n. 1), 451 ss.

25 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., London, Duckworth, 1978; Letizia Gianformaggio, “L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985; Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

26 L'idea che le norme siano derivate dai principi si trova, ad esempio, in Juan Carlos Bayón, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1991, 321 ss.; Juan Carlos Bayón, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, in Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9), 295 s.; e in Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, 98 ss. La tesi che le lacune assiologiche dipendano da principi è stata difesa da Juan Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, in Atria et al. 2005 (n. 4).

27 Mi pare molto ingenua l'idea di Rodríguez in Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9), 240, secondo cui l'introduzione di una eccezione in una norma può solo essere giustificata da un'altra norma positiva. Di fatto le cose vanno altrimenti.

membri sono ordinamenti autonomi e indipendenti”, etc. – non sono enunciati interpretativi (non presentano la forma standard degli enunciati interpretativi: “Il testo T ha il significato S”). A volte sono, molto semplicemente, norme: norme “non positive” evidentemente. Altre volte sono definizioni stipulative che incorporano giudizi di valore, preferenze politiche o morali occulte, e implicano norme. Siffatte definizioni orientano l’interpretazione e, spesso, consentono di formulare norme “implicite” apocrife.

Solo un esempio, peraltro molto chiaro. In una notissima sentenza – *Marbury* (1803) – la Corte suprema degli Stati Uniti afferma essere un principio intrinseco a qualunque costituzione scritta che ogni atto del potere legislativo non conforme alla costituzione è nullo («a legislative act contrary to the constitution is not law»)²⁸. Evidentemente, questa affermazione non è un enunciato interpretativo: non vi è formulazione normativa, nella costituzione americana, che possa ragionevolmente essere interpretata in questo senso; e, d’altro canto, la stessa Corte non tenta neppure di presentare la sua tesi come una conclusione interpretativa. Si tratta precisamente di una tesi dogmatica, che esprime direttamente una norma e che consente alla Corte di trarre la norma ulteriore che conferisce ad essa il potere di disapplicare le leggi incostituzionali.

Otto. Scrive Carlos Alchourrón: «La defettibilità rende difficoltosa l’identificazione delle norme di un sistema giuridico assai più che l’ambiguità. Essa costituisce uno dei fattori che rendono necessario, in molte situazioni, introdurre operazioni valutative e usare criteri assiologici nell’interpretazione dei testi normativi»²⁹.

Queste parole sembrano supporre: da un lato, che la defettibilità sia una proprietà oggettiva delle norme, antecedente l’interpretazione; dall’altro lato, che l’interpretazione sia – almeno normalmente – una operazione che non richiede valutazioni. Le valutazioni sarebbero, nel processo interpretativo, *non una causa, ma un effetto* della defettibilità.

Si tratta di una concezione alquanto ingenua sia della defettibilità, sia dell’interpretazione. La defettibilità non preesiste all’interpretazione: al contrario, è una delle sue possibili conseguenze. E le valutazioni degli interpreti sono precisamente *una causa, non un effetto* della defettibilità delle norme: si introducono eccezioni nelle norme allorché la loro applicazione “stretta” darebbe luogo a conseguenze che appaiono ingiuste.

Così come le lacune assiologiche non sono proprietà oggettive del sistema giuridico, poiché dipendono dalle valutazioni degli interpreti, allo stesso modo la defettibilità non è una proprietà oggettiva delle norme (o degli enunciati normativi). Non dipende dal carattere fatalmente vago del linguaggio delle autorità

28 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

29 Alchourrón 1996 (n. 6), 344, o Alchourrón 2000 (n. 6), 28.

normative: non dipende dalla *open texture* del linguaggio; neppure dipende dal fatto che le autorità normative non possono prevedere la infinita varietà dei casi futuri³⁰. La trama aperta, in particolare, è una proprietà oggettiva e ineliminabile di tutti i predicati nel linguaggio naturale³¹. La defettibilità per contro – o, per meglio dire, la derogazione – delle norme è il risultato di una operazione interpretativa.

Nove. Pertanto, non ha senso domandarsi se le norme giuridiche (tutte o alcune) siano o non siano defettibili³². Le norme o, per meglio dire, le formulazioni normative, poverine, sono inerti, non fanno nulla: si lasciano derogare, ma non si derogano da sé. Come la bellezza non sta nelle cose, ma negli occhi di chi guarda, così la defettibilità non sta nelle norme, ma negli atteggiamenti degli interpreti³³.

Dieci. La questione se la defettibilità sia una proprietà delle norme o delle formulazioni normative è abbastanza semplice. Una formulazione normativa è un enunciato (non ancora interpretato); la defettibilità è una proprietà logica; ma prima dell'interpretazione gli enunciati non hanno proprietà logiche: solo le norme, in quanto significati, possono avere tali proprietà. Pertanto la defettibilità è una proprietà delle norme, non delle formulazioni normative.

Forse, ciò che fa pensare che la defettibilità sia una proprietà delle formulazioni normative è il fatto che le norme derogate dai giuristi costituiscano l'interpretazione letterale di tali formulazioni: sono “norme *prima facie*”³⁴. Che non si distingua tra un enunciato e il suo significato letterale è cosa abbastanza frequente, e la cosa si comprende, dal momento che spesso l'interpretazione letterale consiste non nel riformulare, ma semplicemente nel reiterare il testo interpretato. Tuttavia, il significato letterale – anche quando è ovvio, generalmente condiviso – è pur sempre un significato, non un enunciato.

30 Cfr. Jorge Rodríguez, German Sucar, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, in Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9), 132 s.; Rodríguez 2002 (n. 4), 364 s. Entrambe le idee (sbagliate) si trovano in Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, cap. VII; Herbert L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948; in Neil MacCormick, “Defeasibility in Law and Logic”, in Zenon Bankowski et al. (eds.), *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 1995; in Schauer 1991 (n. 21), 34 ss.; così come in Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, IV ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 226.

31 Friedrich Waismann, “Verifiability”, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 19, 1945 (<http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>).

32 Su questo, sorprendentemente, sembrano discutere Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9). Cfr. anche la discussione contenuta in *Discusiones*, 5, 2005 (con articoli di Jorge Rodríguez, María Cristina Redondo, Riccardo Caracciolo, José Juan Moreso, Bruno Celano).

33 Juan Carlos Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico”, in Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9), 178.

34 Riprendo questa espressione da Diciotti 1999 (n. 1).

Undici. Occorre distinguere accuratamente tra la defettibilità (diacronica) e l'avvenuta derogazione (sincronica).

La defettibilità è una proprietà disposizionale di qualunque norma (in quanto interpretazione letterale di un enunciato normativo)³⁵: potenzialmente, cioè, qualunque norma è diacronicamente soggetta a derogazione da parte degli interpreti³⁶. Ciò è quanto dire che l'interpretazione letterale può sempre essere scartata a favore di una interpretazione restrittiva con effetti derogatori.

Dal punto di vista sincronico, però, una norma può solo essere o derogata (quale risultato di un atto interpretativo di derogazione) o non derogata.

Una norma defettibile, infatti, finché resta tale (cioè soggetta ad eccezioni implicite non specificate), non serve a nulla³⁷: come abbiamo visto, non consente il rinforzo dell'antecedente, e non consente di ragionare in *modus ponens*. Dunque non può essere utilizzata come premessa in alcun ragionamento normativo. Per questa ragione i giuristi considerano sì le norme come defettibili, ma, se così possiamo dire, non le lasciano defettibili indefinitamente³⁸. Derogando ad una norma, la riformulano e includono in essa una eccezione, ma la norma in questione, così riformulata (con ambito di applicazione ristretto), resta sincronicamente indefettibile³⁹: idonea a fungere da premessa per ragionamenti in *modus ponens*, idonea cioè ad essere applicata. E, beninteso, diacronicamente pronta ad ulteriori derogazioni⁴⁰.

Dodici. Allo stesso modo, anche le lacune assiologiche hanno solo una esistenza effimera⁴¹. Derogando a norme i giuristi creano lacune assiologiche. Tuttavia, non lo fanno per sostenere seriamente che il diritto sia incompleto (o per suggerire ai giudici decisioni di *non liquet*), poiché immediatamente colmano le lacune così create mediante norme nuove "apocrife"⁴².

35 Nei termini di Carlos E. Alchourrón ("Detachment and Defeasibility in Deontic Logic", in *Studia logica*, 57, 1996), qualsivoglia norma incorpora un "operatore di revisione".

36 Beninteso, come segnala Bayón 2003 (n. 33), a volte la derogazione di una certa norma può violare una "convenzione interpretativa" esistente, ossia – io direi – contraddire la "interpretazione vigente" (Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, 108), e pertanto può non essere accettata dagli altri operatori giuridici.

37 Rodríguez 2002 (n. 4), 361; Schauer 1991 (n. 21), 116. Sia detto per inciso: l'idea di Hart, spesso citata, secondo cui una regola che si conclude con l'espressione "a meno che..." è pur sempre una regola (Hart 1961 (n. 30), 136), mi pare totalmente assurda. *Tantoque dormitat Homerus*.

38 Rodríguez, Sucar 2003 (n. 30), 132.

39 Nei termini di Alchourrón 1996 (n. 35): una volta realizzata la revisione del condizionale defettibile, ciò che resta è un condizionale stretto.

40 Cfr. Bruno Celano, "Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", in *Ragion pratica*, 18, 2002.

41 Diciotti 1999 (n. 1), 454 s.

42 Alcune tecniche di elaborazione di norme "apocrife" sono analizzate in Guastini 2004 (n. 1), 104 ss.

4. UNA OSSERVAZIONE FINALE

Che ha a che vedere la defettibilità delle norme con il positivismo giuridico? Nulla, io direi. Tuttavia, ad alcuni sembra che una relazione vi sia: pare che ammettere la defettibilità delle norme possa mettere in discussione il positivismo giuridico (metodologico)⁴³.

Il ragionamento è più o meno il seguente. Il positivismo pretende che il diritto possa essere identificato indipendentemente da qualsivoglia valutazione morale. Ma, se le norme giuridiche sono defettibili, il loro contenuto non può essere identificato senza valutazioni morali (senza valutazioni non sarebbe possibile identificare le eccezioni implicite di ciascuna norma). Pertanto il progetto scientifico del positivismo è destinato al fallimento: per identificare il diritto occorre presupporre valutazioni morali.

Orbene, questo modo di argomentare suppone evidentemente che la defettibilità sia una proprietà oggettiva delle norme giuridiche: un “problema d’interpretazione”, un problema da risolvere per via di interpretazione, e non un risultato dell’interpretazione stessa. Il che, come abbiamo visto, è palesemente falso. Ciò sarebbe per sé sufficiente a screditare l’intero ragionamento in questione. Ma vi è ancora qualcosa da aggiungere.

L’argomento “antipositivista” si fonda, credo, sopra un duplice fraintendimento.

4.1. Primo fraintendimento

Per “identificazione del diritto” possono intendersi due cose sensibilmente diverse. Un cosa, infatti, è identificare alcunché – concretamente: un testo normativo – come (fonte del) diritto. Una cosa molto diversa è identificare il suo contenuto normativo: che cosa sia comandato (permesso, proibito), a chi, in quali circostanze⁴⁴.

Se mai il positivismo metodologico include una tesi intorno alla identificazione del diritto (del che non sono affatto certo), esso sostiene solo che la *prima* di queste due cose può farsi senza valutazioni morali. Certo non pretende – non ha ragione di pretendere – che si possa fare senza valutazioni di sorta anche la seconda. La identificazione del contenuto normativo del diritto (o, per meglio dire, delle sue fonti) è cosa che dipende ovviamente dall’interpretazione. Ma il positivismo metodologico *non* è, e neppure include, una teoria – certo non una teoria *normativa* – dell’interpretazione⁴⁵.

43 Cfr. ancora una volta la discussione tra Bayón e Rodríguez 2003 (n. 9). Cfr. anche María Cristina Redondo, “Positivismos excluyente, positivismo incluyente, y positivismo indiferente”, in Moreso, Redondo 2007 (n. 4).

44 Redondo 2007 (n. 43).

45 Contrariamente quanto sembra pensare Alessandro, “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, in *Quaderni costituzionali*, 2001.

Qualunque giurista accorto (positivista o no, poco importa) non può ignorare che l'interpretazione involge valutazioni. E, se giudici e giuristi, in sede interpretativa, compiono valutazioni, bene: per chi voglia descrivere il diritto vigente – in ciò semplicemente consiste il programma scientifico giuspositivista – non c'è che prenderne atto e renderne conto. Per dirla con Hart: «una descrizione può ben restare una descrizione anche se ciò che si descrive è una valutazione»⁴⁶.

Ma, dopo tutto, il positivismo metodologico non è una tesi intorno alla identificazione del diritto (del tipo: “x è diritto se, e solo se, può essere identificato senza valutazioni morali”). La tesi positivista della separazione tra diritto e morale è solo una tesi epistemologica o metateorica intorno alla scienza giuridica⁴⁷. Banalmente: altro è prendere conoscenza del diritto, altro valutarlo moralmente. Qualunque comando del sovrano è diritto, e i comandi del sovrano non devono necessariamente esser giusti per essere diritto: anche le leggi ingiuste sono diritto. Il positivismo non pretende nulla più di questo.

4.2. Secondo fraintendimento

Una cosa è la conoscenza scientifica del diritto vigente, altra cosa molto diversa è l'interpretazione dei testi normativi e – ancor più – la risoluzione di concrete controversie⁴⁸.

Interpretare i testi normativi⁴⁹ (e, ancor più, decidere casi) non è conoscere il diritto, ma contribuire a farlo. Se per “diritto” intendiamo non un insieme di enunciati, ma un insieme di significati, non vi è diritto senza interpretazione: il diritto risulta da una combinazione di legislazione (in senso “materiale”: produzione di formulazioni normative) e di interpretazione. Sicché l'interpretazione non coincide con l'identificazione del diritto. Piuttosto essa è *parte del diritto stesso*: un aspetto o una componente dell'oggetto che si vuole identificare o conoscere.

Detto altrimenti, contrariamente a quel che sembrano pensare i giuristi, l'interpretazione non è la “scienza del diritto”, ma parte del suo oggetto⁵⁰. La scienza giuridica è, rispetto al discorso interpretativo, un discorso di secondo livello (un metalinguaggio). Insomma, descrivere il diritto non è interpretare i testi normativi, ma piuttosto rendere conto dell'interpretazione “vigente”⁵¹.

46 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, II ed., Oxford, 1994, Postscript.

47 Pierluigi Chiassoni, “On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases”, in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2008, 144 ss. (http://www.digita.unige.it/?page_id=354).

48 È idea molto diffusa (sebbene alquanto assurda) che conoscere il diritto consista nel (o comunque implichi il) conoscere la qualificazione giuridica di ogni possibile fattispecie concreta.

49 Mi riferisco ovviamente a quella che altrove ho chiamato “interpretazione decisoria”.

50 La cosa è tanto più evidente se ci si riferisce all'interpretazione giudiziale.

51 Ross 1958 (n. 36), 108.

Andraž Teršek, Matija Žgur

(Finančna) avtonomija univerze

V slovenskem ustavnem redu je univerza ustavna kategorija. Temelj za obstoj in delovanje univerz zagotavljajo določbe 57., 58. in 59. člena Ustave. Država je dolžna predvsem zagotavljati financiranje univerz in učinkovito uresničevanje svobode znanosti ter pravice do šolanja in izobraževanja. Četudi je država dolžna zagotavljati financiranje univerz, politika financiranja ne sme krniti avtonomije univerz. Hkrati spremembe financiranja ne smejo biti stvarno neutemeljene, niti sprejete brez predhodne in prepričljive analize vplivov in posledic za izvajanje študijskih programov in razvoj univerz. Tudi ne smejo ustvarjati stvarno neutemeljenih razlik med posameznimi univerzami. Ogroženost študijskih programov zaradi sprememb financiranja ali celo njihovo onemogočenje hkrati pomeni poseg v pravico študentov do šolanja in izobraževanja. Zdi se, da bi bil ustavno pravilen le sistem *en bloc* (angl. *lump-sum*; celostnega) financiranja univerz. Ne gre spregledati niti dejstva, da je univerzitetna sfera v Sloveniji prenormirana, s čimer je avtonomija univerz znatno okrnjena.

Ključne besede: univerza, visoko šolstvo, avtonomija, svoboda znanosti, temeljna ustavna pravica do šolanja in izobraževanja, politika financiranja, odgovornost, pravna država

1 OSREDNJE VPRAŠANJE

V tem ustavnopravnem ekskurzu se ukvarjava predvsem z vprašanjem, kdaj in zakaj lahko pomeni politika (tj. način, angl. *policy*) državnega financiranja univerz, ali sprememba takšne pravne politike (pravne ureditve), protiustavno ravnanje. To vprašanje povezujeva predvsem z 2. (načelo pravne države), 14. (enakost pred zakonom), 15. (uresničevanje in omejevanje pravic), 57. (izobrazba in šolanje), 58. (avtonomnost univerze) in 59. (svoboda znanosti in umetnosti) členom Ustave Republike Slovenije.

Omeniva tudi nekatere druge sporne vidike pravnega urejanja položaja univerz. Ustavno-pravno je morda najbolj sporna statusnopravna ureditev univerze kot javnega zavoda. Prav ta namreč, kot se zdi, pomembno legitimira državo, da intenzivno posega v organizacijsko, kadrovsko in finančno politiko univerze.

2 (AVTONOMNA) UNIVERZA KOT USTAVNOPRAVNA KATEGORIJA

Avtonomna univerza je enkratni prostor znanstvenega udejstvovanja, kritične družbene

razprave, intelektualnega razvoja, ustvarjanja strokovnih elit in še kakšne obče družbene dobrobiti. Zaradi posebnosti univerzitetnega okolja, ki mora po definiciji ceniti in spodbujati uporni duh, kritično mišljenje in znanstveno svobodo je univerza vselej bila deležna posebnega družbenega ugleda. Zato je morala in mora biti nujno opolnomočena z avtonomijo. To ji omogoča, da daje neprecenljiv pečat kulturni, znanstveni, izobraževalni, socialni, pa tudi politični podobi družbe.¹

Danes pa se zdi, da so temelji, ki omogočajo razvoj takšne univerze kot dobrine posebnega pomena, omajani. Soočeni smo z očitnimi te-

¹ Podobno tudi predsednik Republike Slovenije, prof. dr. Danilo Türk, *Pomen akademske svobode v današnjem času*, govor ob 20. obletnici *Magne Charte Universitatum*, Bologna, 18. september 2008. Dostopno na: <http://www.up-rs.si/uprs/uprs.nsf/dokumentweb/4908CD023626618EC12574CD0031BA9E?OpenDocument>. Glej tudi Ivan Svetlik, *Avtonomija in integracija univerze*, v Marko Crnkovič (ur.), *Slovenska smer*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 1996, 119. Svetlik med drugim poudarja, da je treba za avtonomijo univerze najprej doseči visoko stopnjo njene notranje integracije (119, 122).

žnjami državne oblasti, da bi urejala in nadzirala vse vidike delovanja univerze. Zdi se, da država najbolj intenzivno in usodno posega v obstoj in delovanje univerz s pravno regulacijo financiranja univerz. A to seveda ni edino področje univerzitetnega sveta, ki ga pravno ureja država. Država ne ureja samo tistega, kar od nje zahteva ustavna ureditev položaja univerze kot ustavne kategorije: financiranje univerz. Nasprotno, s svojimi ukrepi država posega tudi v organizacijsko, raziskovalno in kadrovske politiko univerze. Posega tudi v vsebino izobraževalnega procesa. Zakoni, uredbe, pravilniki, navodila, agencije ... Morda ne bi bilo pretirano trditi, da je področje delovanja univerz prenormirano. Legitimno bi bilo tudi postaviti vprašanje, ali ni takšen sistemski pristop k pravnemu urejanju delovanja univerz, kakršnega imamo pri nas, protiustaven. Morda celo očitno in zelo protiustaven?

Pred leti je tako profesor Boštjan M. Zupančič, v vlogi sodnika Ustavnega sodišča RS, v zvezi s to temo opozoril, da je univerza glede svojih zadev vezana neposredno na Ustavo in zakonsko urejanje univerze zato ni dopustno. Po njegovem mnenju je Zakon o visokem šolstvu v celoti protiustaven, »razen kolikor ureja golo financiranje univerze, se pravi tako (in samo tako) financiranje, ki ne bo poseglo v avtonomijo univerze.« Pri tem omeni, da celo nemško pravo, ki v Temeljnem zakonu, tj. nemški ustavi, nima izrecne določbe o avtonomiji univerze, pozna t. i. *en bloc* proračunsko financiranje, pri katerem univerza nato sama razdeli sredstva, ki so ji bila dodeljena.²

Zunanja avtonomnost univerze, tj. odsotnost političnih vplivov, je izhodišče in predpogoj za uresničevanje notranje avtonomnosti.³ A

avtonomnost hkrati pomeni (oziroma bi morala pomeniti) odgovornost za preudarno, racionalno, nearbitrarno in kakovostno delovanje. Zato nikakor ne smemo biti ravnodušni do primerov zlorabe avtonomije s strani določene univerze. Nepremišljeno oblikovani študijski načrti, neutemeljene zavrnitve v habilitacijskih postopkih, ki ne vsebujejo vsebinske obrazložitve,⁴ arbitrarno razdeljevanje raziskovalnih sredstev ipd. Uresničevanje najvišjih ciljev univerze je tudi, pravzaprav predvsem stvar univerze same, njene notranje avtonomnosti in integriranosti. Avtonomija univerze pomeni optimalno stopnjo samostojnosti v delovanju. Ne pomeni pa *bianco* pooblastila za arbitrarno, nezakonito, celo protiustavno ravnanje.⁵ Odgovornost države za avtonomijo uni-

či neodzivnost univerze na družbo, preveč odgovornosti pa lahko ogrozi njen akademski etos in s tem bistvo njenega obstoja. Takšna 'absolutnost' ni možna že ob dejstvu, da je država ustavno vezana k financiranju univerze kot ustavne kategorije. Seveda pa je med eno in drugo skrajnostjo, morebitnimi in nerealnimi težnjami po absolutni avtonomiji in problemom premajhne avtonomije veliko maneverskega prostora. In ta prostor je odločilen. Odločilna sta etično razumevanje tega prostora in njegov pravni okvir.

2 Prof. dr. Boštjan M. Zupančič v ločenem mnenju k odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-22/94. Pri tem profesor, omenjajoč matematika dr. Franceta Križaniča, tudi zapiše, da bi zakon o univerzi lahko vseboval celo en sam člen, v katerem bi bilo določeno, da je v Sloveniji ustanovljena univerza, ali do so ustanovljene te in te univerze. Prim. Svetlik 1996 (op. 1), 123–126, ki opisuje temeljne modele delovanja univerz.

3 Podobno tudi prof. dr. Boštjan M. Zupančič v svojih odklonilnih ločenih mnenjih v zadevah U-I-22/94 in U-I-34/94. Glej tudi Svetlik 1996 (op.1), 120. Podobno kot Zupančič tudi Svetlik poudarja, da univerza ne more biti 'absolutno' avtonomna. K temu še dodaja: »Preveč avtonomije lahko povzro-

4 Glej npr. sodbo Upravnega sodišča RS I U 2178/2009-16, v kateri je sodišče ugotovilo, da je neupravičeno sklicevanje na avtonomnost univerze in načelo tajnosti volitev v habilitacijskih postopkih, v kolikor za kandidata negativna odločba ne navaja dokazov in razlogov »za odločitev ... zakaj kandidat ne izpolnjuje določenega merila za izvolitev«, oziroma, če odločba ni obrazložena tako, »da je v okviru sodne presoje ... mogoče ugotoviti, ali so toženo stranko pri odločanju v polju prostega preudarka vodili razumni razlogi«. Ne nazadnje ni univerzi tuj niti klasični mobing, ki je trajno prisoten na slovenskih univerzah. Ta, morda najpomembnejši zaviralec razvoja, intelektualne svobode, znanstvene avtonomije in skrunilec človekovega dostojanstva ni izpostavljen skorajda nikakršnemu zunanjemu nadzoru.

5 Glej Dušan Radonjič, Kriza akademske zavezi, *Dnevnik* (30. oktober 2009). Dostopno na http://www.dnevnik.si/debate/pisma_bracev/1042311067. »Izgovori, ki jih odgovorni ponujajo študentom, češ da je univerza povsem avtonomna in zato nedotakljiva v svojem funkcioniranju, torej tudi pri kršenju univerzitetnih zakonov, kaže na pomanjkanje občutka za tisto, čemur pravimo naravno pravo, kamor sodi etika temeljnih človekovih pravic in moralnih vrednot ... Avtonomija

verz nujno dopolnjuje in nadgrajuje odgovorna avtonomija univerz.

V Republiki Sloveniji sta univerza in načelo avtonomnosti univerze ustavni kategoriji. Neposredno ju določa 58. člen Ustave:

Državne univerze in državne visoke šole so avtonomne.

Način njihovega financiranja ureja zakon.

Ta avtonomnost izhaja iz svobode znanosti in umetnosti, ki je po 59. členu Ustave tudi ustavna kategorija in je pogoj za avtonomnost univerz:

Zagotovljena je svoboda znanstvenega in umetniškega ustvarjanja.

Komentar Ustave dopolnjuje to temeljno izhodišče ustavne zaščite avtonomnosti univerze. Poudarja, da je avtonomnost univerz predvsem obrambna pravica. To vsaj na papirju pomeni, da so univerze samostojne in da brez posegov države odločajo o svoji organiziranosti in delovanju. Ta avtonomnost pa vsebuje tudi elemente pravice pozitivnega statusa, ki ustvarjajo za državo obveznost, da v okvirih organizacijsko-pravnega in institucionalnega jamstva zagotavlja temeljne organizacijske okvire za delovanje državnih univerz.⁶

Določba 59. člena Ustave posredno zagotavlja tudi 'univerzitetno avtonomijo' znanstvenim in pedagoškim delavcem univerze, in sicer v

smislu njihove temeljne ustavne pravice do svobodnega, na ta način pa avtonomnega znanstvenega in umetniškega dela. Zato uporaba pojma 'avtonomija' v povezavi z univerzo ne pomeni samo njene avtonomije v razmerju do države (58. člen Ustave), ampak tudi (in logično) znanstveno, pedagoško in ustvarjalno (tudi etično in delovno na splošno) svobodo (svobodo do avtonomnosti) znanstvenim in pedagoškim delavcem na univerzi. Takšno, logično razumevanje svobode in avtonomije znanstvenega in umetniškega dela poudarja tudi Komentar Ustave:

Po stališču [Ustavnega sodišča] je avtonomija univerze mogoče razumeti predvsem kot avtonomijo profesorjev, da avtonomno (neodvisno), brez omejitev in pritiskov raziskujejo in poučujejo ... V razmerju do univerze je avtonomen vsekakor posameznik, znanstvenik ...⁷

Posameznik mora biti znotraj univerze (prav tam):

svoboden, znanstveno avtonomen, neodvisen, univerza pa organizirana tako, da izključuje odnose monokratičnosti, hierarhije, oblastne prisile in odvisnosti v smislu vezanosti na navodila eni strani v razmerju med univerzo in državo, na drugi strani pa tudi v razmerju med univerzo in znanstveniki.

To nedvoumno izhaja iz odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-34/94. Prav tako tudi, da ima »v konfliktu med univerzo in med posameznim visokošolskim raziskovalcem prednost znanstvena svoboda posameznika.«⁸

A vrnimo se k sami univerzi. Za pravni položaj univerze je pomemben tudi tretji odstavek 57. člena Ustave, ki pravi: »Država zagotavlja možnost, da si državljan lahko pridobijo ustrezno izobrazbo.«

univerze namreč ni nekaj absolutnega in mora rasti iz akademske etike.« Zato bi bili morebitni odgovori fakultet, da njihovi senati niso dolžni z vsebinskimi razlogi utemeljiti zavrnitve znanstvenega dela določenega kandidata (magistrske ali doktorske naloge); ali, da premalo število dvignjenih rok pri odločanju o določitvi datuma zagovora znanstvenega dela, ki so ga pozitivno ocenili vsi člani komisije, pomeni brezprizivno zavrnitev takšnega dela, ker je senat 'avtonomen kolegijski organ'; ali pa, da univerza v teh in podobnih primerih ne more odločati o morebitni pritožbi, ker v ta namen nima izoblikovanih primernih pravil; ali pa, da se s takšno pritožbo še ni soočila in ne ve, kaj z njo početi; in podobno nevzdržna ravnanja v grobem in očitnem nasprotju s primernim etičnim samorazumevanjem akademske družbene vloge univerzitetnih učiteljev in organov univerze, z moralno in racionalno utemeljenim zdravim razumom, končno pa z minimalnimi standardi ustavnosti in vladavine prava. Enako bi veljalo za morebitne odgovore rednih sodišč, ki bi sledili isti logiki.

6 Lovro Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Ljubljana, FPDEŠ, 2002, 586.

7 Šturm 2002 (op. 6), 588. Prim. Svetlik 1996 (op. 1), 123.

8 Šturm 2002 (op. 6), 592. Tudi zato je treba t. i. 'konkurenčno klavzulo' v okvirih univerze in dela univerzitetnih raziskovalcev in učiteljev uporabljati le v redkih primerih in jo razumeti znatno manj strogo kot pri običajnih razmerjih med delavci in delodajalci. Prim. Svetlik 1996 (op. 1), 125, 127: »podobno je univerza tudi sistem nagrajevanja ... prevzela od javne uprave. S tako pasivnim odnosom univerza sama sebi jemlje dober del avtonomije.« In še, tudi nadvse pomembno: »Tisto, kar univerza morda najbolj potrebuje, je poslovna avtonomija fakultet in profesionalna integracija« (129).

Država je primarno dolžna zagotoviti, da univerza sploh lahko nastane kot pravna oseba. Ta njena obveznost izhaja iz 57/3., 58. in 59. člena Ustave. Del te obveznosti je tudi urejanje materialnih pogojev za (avtonomno) delovanje univerz.⁹ Tako državnih kot zasebnih. Takšen sklep bi bil najverjetneje na mestu tudi, če drugi odstavek 58. člena Ustave ne bi posebej omenjal financiranja univerz.

Država je pri tem dolžna urejati tisto, kar *mora* iz tega naslova urejati kot temeljni pogoj ali minimalni standard za učinkovito in kakovostno delo univerz. Pa tudi tisto, kar *lahko* ureja. Pri slednjem je treba imeti v mislih razumna merila ali pričakovanja do države. Predvsem tista razumna merila, ki so odraz dejstva, da ostaja med univerzo oziroma znanostjo in socialnim okoljem tesna vzajemna odvisnost.¹⁰

V tem oziru ima država legitimen interes, da nadzira delovanje univerze. A primernost statusnepravne ureditev univerze kot javnega zavoda zbujajo dvome zaradi temeljne, ustavnopravne opredelitve univerzitetne avtonomnosti. Če namreč razumemo načelo avtonomije univerze v širšem pomenu, torej kot institucionalno svobodo raziskovalne in pedagoške dejavnosti, potem gre soglašati z ugotovitvijo, da je pravna oblika javnega zavoda za univerzo neprimerna, celo protiustavna. Ali z besedami profesorja Boštjana M. Zupančiča:¹¹

V temelju gre tu torej za pravno statusno vprašanje. Intenciji Ustave bi zadostila samo kratka

zakonska določba, ki bi državnim univerzam zagotovila pravni status neprofitne samoupravne (avtonomne) korporacije. Pravni status neprofitne korporacije seveda ni nikakršna eksotika, ampak je v zahodnih demokracijah za univerze (državne in zasebne) nekaj povsem običajnega. Vir problema pa ni niti predvsem niti samo v Zakonu o visokem šolstvu, ampak je – kakor sta na javni obravnavi tudi potrdila rektorja obeh slovenskih državnih univerz – v Zakonu o zavodih. Z Zakonom o zavodih sta bili poprej vsaj nominalno samoupravni instituciji obeh univerz v bistvu – nacionalizirani. Šele ko je bila opravljena ta nacionalizacija, je lahko prišlo do ustavnega absurda, kakršnega predstavlja Zakon o visokem šolstvu.

Takšna organiziranost univerze namreč sama po sebi omogoča (morda celo neizogibno) neposreden vpliv države in njene administracije na oblikovanje, organizacijo in delovanje univerze. Zato je toliko bolj nerazumljivo še globlje in podrobnejše poseganje v 'samoupravno' svobodo univerze z Zakonom o visokem šolstvu.¹² Država

12 Tako tudi prof. dr. Lojze Ude v ločenem mnenju k odločbi U-I-34/94: »Avtonomija torej pomeni, da je njen nosilec sam svoj zakonodajalec. Ureja svoje zadeve v organizacijskem in funkcionalnem smislu ... Zaradi tega je zakonsko urejanje organizacije in delovanja univerze v nasprotju z Ustavo. Univerza naj sama ureja svoje notranje odnose, način volitve v nazive, način razdeljevanja sredstev in notranjo hierarhijo ter položaj oddelkov, kateder in fakultet do univerze. Zakon, ki v večjem obsegu in globlje ureja vsa ta vprašanja kot pa jih ureja Zakon o zavodih in kot jih urejajo posamični predpisi za posamezne dejavnosti, je tako v nasprotju z Ustavo že po svoji koncepciji.«

Očiten in grob protiustaven poseg v avtonomijo univerze pomeni tudi način delovanja Agencije za raziskovanje Republike Slovenije (ARRS). Že skorajda nepregleden obseg pravilnikov, meril, navodil ipd., ki se univerzi administrativno in birokratsko vsiljujejo (*de facto ali de iure*) od zunaj (vključno z neprepričljivim, stvarno neutemeljenim, tudi nerazumnim in arbitrarnim določanjem 'slovenskega' ali 'arrs-jevskega' seznama znanstvenih revij, ki prinašajo največje število točk za znanstvene objave) ni in ne more biti v funkciji avtonomije univerze. Ob tem pa tudi ni videti stvarno prepričljivih argumentov, da se s tem dejansko zagotavlja kakovost znanstvenega dela in udejavanja kriterij kakovosti kot pogoj za poklicna napredovanja, sofinanciranje raziskovalnega dela ipd. Prim. Svetlik 1996 (op. 1), 131: »Univerza predvsem reagira na zahteve, ki pri-

9 Šturm 2002 (op. 6), 588.

10 Na tej podmeni npr. temelji tudi deklaracija *Magna Charta Universitatum*, v kateri rektorji evropskih univerz ugotavljajo, da je »bodočnost človeštva v veliki meri odvisna od kulture, znanstvenega in tehničnega razvoja in da se ta gradi v centrih kulture, znanja in raziskovalnih centrih, kot jih predstavljajo resne univerze«. Glej: http://www.magna-charta.org/pdf/mc_pdf/mc_slovenian.pdf. Prim. Svetlik 1996 (op. 1), 119, ki poudarja, da se »univerza oziroma izobraženci vzpostavljajo kot osrednji dejavnik socialne integracije in kot institut civilne družbe.«

11 Glej ločeno mnenje prof. dr. Boštjana M. Zupančiča k odločbi U-I-34/94. Prim. Svetlik 1996 (op. 1), 124–125, ki poudarja, da zaradi statusa javnega zavoda in pretežnega javnega financiranja univerza prehaja izpod neposrednega vpliva politike pod vpliv državne administracije.

'mora' (!) spoštovati načelo univerzitetne avtonomije, svobodo znanosti in umetnosti in pravico do pridobivanja izobrazbe. Te predstavljajo enkratno ustavnopravno dobrino, zato se zdi tako obsežno poseganje države na področje univerze neprimerno. Tudi zato se je država po Ustavi vnaprej odpovedala (in se je morala odpovedati) pravici do posegov v organiziranje in delovanje državnih univerz in visokih šol, četudi je formalno njihova ustanoviteljica. Država sme in mora posegati v delovanje univerz predvsem zaradi zaščite temeljnih ustavnih načel, ustavnih pravic in zaradi zaščite javnega interesa. In zdi se, da bi to smela in morala početi le v tolikšnem obsegu. Avtonomnost univerz, kot rečeno, pomeni najprej »avtonomnost v njihovi znanstveno-pedagoški komponenti.«¹³

Z vidika ustavnega prava je bistveno, da prekomerni posegi v delovanje univerz niso ne neposredni ne posredni. Država namreč lahko poseže v avtonomno delovanje in organiziranje univerz, v njihovo raziskovalno in pedagoško delo, tudi le posredno. Tudi pravico do pridobivanja izobrazbe lahko onemogoča ali omejuje le posredno. V obeh primerih je lahko določeno ravnanje države zaradi učinka (vpliva, posledic), ki ga ima na obstoj in delovanje univerz, protiustavno.

V delovanje univerz lahko država protiustavno poseže tudi z določanjem politike (torej načina) financiranja univerz. Tako lahko bodisi poseže v delovanje vseh univerz ali pa samo nekaterih. Nedovoljen poseg države v delovanje nekaterih univerz je lahko podan, če je politika financiranja določena tako, da brez prepričljivih in stvarno utemeljenih razlogov ustvarja neenakopravnost med univerzami oziroma diskriminira določen/-o(-e) univerz/-o(-e) v razmerju do drug/-e(-ih).¹⁴

haja s strani države in se jim formalno prilagaja.«

- 13 Šturm 2002 (op. 6), 589. Prim. Albin Igličar, Avtonomija univerze v luči slovenske in evropske ustave ter bolonjske deklaracije, *Revus – Revija za evropsko ustavnost* (2005) 5, 91–101 (www.revus.eu). Avtor je, kot se zdi, bolj naklonjen podrobnejšemu zakonskemu urejanju položaja in delovanja univerze.
- 14 Na tej točki se zdi, da lahko govorimo o paradoksalnosti zakonskega urejanja finančnega preživetja univerze. Ustavno sodišče je v zadevi U-I-34/94 ugotovilo, da je država dolžna ustvarjati možnosti, da si državljani pridobijo ustrezno izobrazbo predvsem tako, da zagotovi enotno »ustanovitev in delovanje visokošolskih institucij, njihovega

V tem primeru lahko govorimo tudi o kršenju 14. člena Ustave (enakost pred zakonom).

Drugi odstavek 58. člena Ustave, kot rečeno, določa, da način financiranja univerz in visokih šol ureja zakon. Hkrati pa drugi odstavek 15. člena Ustave določa:

Z zakonom je mogoče predpisati način urensničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kadar tako določa ustava, ali če je to nujno zaradi same narave posamezne pravice ali svoboščine.

Zato je potrebno ohranjati strog in natančen nadzor nad urejanjem financiranja univerz in visokih šol ne le v primerih, ko financiranje ureja zakon. To je treba storiti predvsem in še toliko bolj v primerih, kadar financiranje univerz in visokih šol država podrobneje ureja s podzakonskimi predpisi: z uredbami. Če te urejajo vprašanja, ki so po svoji naravi predmet zakonske vsebine, ali pa se z njimi dejansko na novo določajo ali spreminjajo pravice in obveznosti univerz in visokih šol, takšnemu početju države lahko očitamo protiustavnost.

Ob tem je treba trajno ohranjati zavest, da je prav financiranje delovanja univerz in drugih visokih šol z vidika socialnega življenja (družbene prakse) najpomembnejše vprašanje razmerja med univerzami in državo. Gre za neposredno in aktivno vloge države pri institucionalizaciji znanstvenega in umetniškega ustvarjanja ter izobraževanja.

3 ZAKONSKI OKVIR

Zakon o visokem šolstvu (ZVis)¹⁵ v 6. člena našteva področja, na katerih so univerze in druge visoke šole avtonomne.¹⁶

upravljanja, določitev javno veljavnih študijskih programov in diplom in drugih javnih pooblastil (npr. nostrifikacije), *financiranja*, nadzora nad porabo javnih sredstev, kontrole kvalitete, razmerja med visokimi šolami in možnost prehodov med njimi, enakovrednost diplom različnih institucij in podobno.« (poudarila avtorja) Na drugi strani pa gre pritrditi razumnim ugotovitvam, da je prav neustrezna politika finančnega poseganja države v avtonomijo univerze pravzaprav kršitev te iste ustavne dolžnosti države.

- 15 Zakon o visokem šolstvu (ZVis-UPB3), *Uradni list RS*, št. 119/2006 (www.uradni-list.si).
- 16 ZVis (op. 15), 6. člen (avtonomija visokošolskih za-

Vloga države pri zagotavljanju obstoja, delovanja, razvoja in kakovosti univerz pa je najpomembnejša prav na področju financiranja. V zvezi s tem je profesor Boštjan M. Zupančič pred leti zapisal:¹⁷

Ustavna določba 58. člena Ustave je ena najbolj jasnih in kategoričnih v vsej Ustavi. Je brez vsake kvalifikacije, pogoja ali zakonske rezerve. Enostavno, jasno in brezprizivno ukazuje, da bodi univerza avtonomna. Drugi odstavek, ki izrecno omejuje z zakonom opredeljeno vlogo države na financiranje univerze, s tem kot izjema samo še potrjuje pravilo prvega odstavka. V prvem odstavku gre torej za značilno preskriptivno, ki ji v drugem odstavku sledi instrumentalna norma ... Državne univerze so že tako ali tako, ker so odvi-

vodov):

Univerza je avtonomni, znanstveno-raziskovalni, umetniški in izobraževalni visokošolski zavod s posebnim položajem.

Univerze in samostojni visokošolski zavodi, ki jih ustanovi Republika Slovenija, delujejo po načelih avtonomije, ki jim zagotavlja predvsem:

- svobodo raziskovanja, umetniškega ustvarjanja in posredovanja znanja,
- samostojno urejanje notranje organizacije in delovanja s statutom v skladu z zakonom,
- sprejemanje meril za izvolitev v naziv visokošolskih učiteljev, znanstvenih delavcev in visokošolskih sodelavcev,
- volitve v nazive visokošolskih učiteljev, znanstvenih delavcev in visokošolskih sodelavcev,
- izbiro visokošolskih učiteljev, znanstvenih delavcev in visokošolskih sodelavcev za zasedbo delovnih mest,
- izdelavo in sprejem študijskih in znanstveno-raziskovalnih programov, določanje študijskega režima ter določanje oblik in obdobja preverjanja znanj študentov,
- podeljevanje strokovnih in znanstvenih naslovov v skladu z zakonom ter podeljevanje častnega doktorata in naziva zaslužni profesor,
- volitve, imenovanja in odpoklic organov v skladu s statuti in drugimi akti,
- odločanje o oblikah sodelovanja z drugimi organizacijami,
- upravljanje s premoženjem v skladu z namenom, za katerega je bilo pridobljeno.

Ta določba načeloma in sama po sebi ne nasprotuje sporočilu Ustavnega sodišča iz odločb št. U-I-243/95 in U-I-162/97. Glej tudi Šturm 2002 (op. 6), 589–590.

- 17 Prof. dr. Boštjan M. Zupančič v ločenem mnenju k odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-22/94.

sne od proračuna, samo v pogojno svobodnem položaju. Državne pritiske preko financiranja sicer izrecno omejuje drugi odstavek 58. člena, ki predvideva zakonsko določena merila za financiranje.

Vprašanje financiranja univerz in drugih visokih šol ureja ZVŠ v VIII. poglavju.¹⁸ A četudi

- 18 ZVŠ, 72. člen (viri financiranja):

Visokošolski zavodi pridobivajo sredstva iz proračuna Republike Slovenije, šolnin in drugih prispevkov za študij, plačil za storitve, dotacij, dediščin in daril ter iz drugih virov. Sredstva iz prejšnjega odstavka se uporabljajo v skladu z namenom, za katerega so bila pridobljena.

73. člen (financiranje javnih visokošolskih zavodov):

Univerzam in samostojnim visokošolskim zavodom, ki jih ustanovi Republika Slovenija, se zagotavljajo sredstva za:

- pedagoško in z njo povezano znanstvenoraziskovalno, umetniško in strokovno dejavnost ter knjižničarsko, informacijsko, organizacijsko, upravno in drugo infrastrukturno dejavnost (v nadaljnjem besedilu: študijska dejavnost),
- s študijem povezane interesne dejavnosti študentov, določene v letnem programu študentskega sveta univerze ali samostojnega visokošolskega zavoda in univerzitetni šport (v nadaljnjem besedilu: obštudijska dejavnost),
- investicije in investicijsko vzdrževanje ter
- razvojne in druge pomembne naloge, določene v pravilniku, ki ga sprejme minister, pristojen za visoko šolstvo.

Sredstva za študijsko dejavnost se za prvo in drugo stopnjo zagotovijo v državnem proračunu kot skupna sredstva za univerzo ali samostojni visokošolski zavod (integralno financiranje) ob upoštevanju študijskega področja ter števila vpisanih študentov in diplomantov rednega študija prve in druge stopnje.

Iz državnega proračuna se lahko sofinancira tudi študij po študijskih programih tretje stopnje.

Podrobnejše določbe o financiranju visokega šolstva se, v skladu s standardi iz nacionalnega programa, opredelijo v predpisu iz 75. člena tega zakona.

Sredstva za s študijem povezane interesne dejavnosti študentov se določijo ob upoštevanju števila vpisanih študentov in vrednosti točke za posameznega študenta, ki jo za vsako proračunsko leto s sklepom določi minister, pristojen za visoko šolstvo.

V postopku priprave državnega proračuna univerze in samostojni visokošolski zavodi predložijo ministrstvu, pristojnemu za visoko šolstvo, finančno ovrednoten letni program.

zakon v 75. členu pravi, da naj financiranje podrobneje uredi s posebnim podzakonskim predpisom, podrobno urejanje vprašanja financiranja univerzitetnega študija in raziskovanja s podzakonskimi akti vseeno ne sme pomeniti omejevanja oziroma zmanjševanja ustavno in zakonsko zagotovljenih pravic, niti razširjanja ali zaostrovanja dolžnosti. Zato bi bil vsak poskus pravnega urejanja financiranja univerz z uredbami onkraj zakonsko določenih okvirov protiustaven. Seveda bi bila protiustavna tudi zakonska ureditev, ki takšnega okvira ne bi dovolj jasno in določno opredeljevala, ali bi najpomembnejša vprašanja v prevetelkem obsegu prepuščala podzakonskemu urejanju.

S tega vidika je tudi določba 75. člena ZViS najmanj ustavno sporna. Zato gre pritrditi prof. Lojzetu Udetu:¹⁹

Pri tem, ko zakon dokaj podrobno ureja organizacijo in delovanje univerze, pa je skup pri opredeljevanju njenega financiranja. Prav financiranje pa naj bi bila z Ustavo zapovedana vsebina zakonskega urejanja. S tega aspekta ni sporna določba 73. člena zakona, ki pravi, da država financira visokošolske zavode v tistem delu, v katerem izvajajo javno službo. Pač pa je po mojem mnenju v nasprotju z Ustavo določba tretjega odstavka 74. člena, ki dopušča vmešavanje ministra v notranja univerzitetna razmerja in določba 75. člena, ki prepušča pomemben del financiranja univerze vladi. (Poudarila avtorja.)

Z ustavnopravnega vidika bi bilo verjetno najbolj primerno celostno (angl. *lump-sum*) financiranje univerze. »Gre enostavno za to, da Ustava od zakonodajalca zahteva, da univerzo finančno oskrbi, v ostalem pa jo pusti pri miru.«²⁰

75. člen (posebni predpis):

Financiranje po 73. in 73.a členu tega zakona se podrobneje uredi s posebnim predpisom, ki ga sprejme Vlada Republike Slovenije.

19 Odklonilno ločeno mnenje prof. dr. Lojzeta Ude v zadevi U-I-34/94. Velja opozoriti, da prof. Ude na tem mestu komentira staro ureditev ZViS iz leta 1993, ki se je kasneje deloma spremenila. Z današnjega vidika pa je relevantno predvsem njegovo mnenje o protiustavnosti 75. člena, ker ta še vedno ureja vsebinsko isto vprašanje. Nekdanji 73. člen je razdeljen v več novih členov, 74. člen pa tak, kot je bil, ne obstaja več.

20 Odklonilno ločeno mnenje prof. dr. Boštjana M.

Navsezadnje je takšen tudi širši evropski trend. Večina evropskih držav namreč zagotavlja javno-finančna sredstva za delovanje univerz v obliki *en bloc* financiranja. In četudi je res, da v večinih teh držav veljajo večje ali manjše omejitve svobodnega razpolaganja s sredstvi s strani univerze, gre pritrditi sklepu, da je popolna samostojnost v notranji alokaciji sredstev eden temeljnih vidikov univerzine avtonomije.²¹

Temu sklepu gre pritrditi tudi v primerjalnem oziru, z vidika državnega financiranja (drugih državnih) organov, ki imajo nasproti osrednji oblasti poseben status, kot npr. ustavno in računsko sodišče. Načeli 'samostojnosti in neodvisnosti', ki opredeljujeta njun položaj nasproti oblasti, jima omogočata pridobivanje sredstev za delova-

Zupančiča v zadevi U-I-34/94. Takšen način financiranja predvideva tudi *Nacionalni program visokega šolstva 2011 – 2020*: »Financiranje visokošolskih institucij mora omogočiti uresničevanje ciljev nacionalnega programa visokega šolstva ob upoštevanju njihove avtonomije, da same oblikujejo svojo institucionalno strategijo in poti za doseganje zastavljenih ciljev. Mehanizmi financiranja iz javnih sredstev morajo biti zasnovani tako, da visokošolskim institucijam omogočajo samostojno odločanje o porabi in celostnem upravljanju s sredstvi ... Pomemben mehanizem zagotavljanja finančne avtonomije visokošolskih institucij je integralno financiranje njihove študijske dejavnosti, tj. 'lump sum'.« Dostopno na: http://www.mvzt.gov.si/fileadmin/mvzt.gov.si/pageuploads/pdf/odnosi_z_javnostmi/8.9.10_NPVS.pdf. V tem oziru, če pustimo ob strani prejšnje ugotovitve o ustavni neprimernosti statusnopravne oblikovanosti univerze, se zdi veliko bolj primerna pravna podlaga za način financiranja univerze 10. člen Zakona o zavodih, ki določa, da se »vprašanja, ki niso urejena z zakonom oziroma odlokom [o ustanovitvi javnega zavoda] uredijo z aktom pristojnega organa«.

21 Glej Tomas Estermann, Terhi Nokkala, *University autonomy in Europe I: exploratory study*, European University Association, Bruselj, EUA Publications 2009, 18–26. Avtorja raziskave ugotavljata, da v Sloveniji načeloma velja sistem celostnega, 'en bloc' financiranja univerze, a je ta podvržen obširni kategorizaciji, kar omejuje finančno samostojnost univerze. Prav tako ugotavljata trend (vsaj delnega) pogojevanja financiranja s finančnimi formulami, ki temeljijo tako na 'input-related' kriterijih (npr. število vpisanih študentov v prvi letnik) kot na 'performance-based' kriterijih (npr. število novih diplomantov). Glej kritiko takšnega pogojevanja v nadaljevanju (op. 27).

nje zgolj na podlagi predloženega finančnega načrta. O porabi sredstev odločata porabnika sama.²² Ustavno zagotovljena višja stopnja svobode delovanja razumljivo prinaša univerzi tudi večjo finančno samostojnost.

4 (POZITIVNE) OBVEZNOSTI DRŽAVE IN POSEGI V AVTONOMIJO UNIVERZE

Vloga univerze v družbi je nepogrešljiva. Zato so vprašanja o razmerju med državo in univerzo, ki je hkrati ustavna kategorija, posebej občutljiv del ustavnega prava. Pravni red ima zato nalogo, da to razmerje uredi v skladu z družbeno vlogo univerze in pozitivnimi obveznostmi države glede kakovosti in učinkovitosti njenega delovanja.²³

Temeljno izhodišče za pravno presojo razmerja med državo in univerzo mora biti zavest, da ima država pozitivno ustavnopravno obveznost zagotavljati avtonomijo univerz, svobodo znanosti in kakovostno uresničevanje pravice do šolanja in izobraževanja. Hkrati je tudi jasno, da »Ustava prepoveduje, da bi se vprašanje avtono-

mije univerze zvedlo na nekakšno pozitivnopravno vprašanje.«²⁴

Če izhajamo iz 59. člena Ustave in svobode znanstvenega ustvarjanja moramo iskati najboljši možni sistemski odgovor na vprašanje, kako uresničevati svobodo znanosti kot močno institucionalno pravico. Pravno politiko države na tem področju moramo kritično presojati z vidika načelnih izhodišč, po katerih

*pravica do svobodnega znanstvenega in umetniškega ustvarjanja na eni strani prepoveduje državi sprejemanje ukrepov, ki bi posegli v to ustvarjanje tako, da bi ga omejevali ali preprečevali, na drugi strani pa ji nalaga obveznost, da zaradi zagotovitve popolnega uživanja te pravice sprejme potrebne ukrepe, ki bodo z ustrezno zagotovitvijo denarja, osebja in določljivo organizacijskih okvirov zagotavljali ohranitev, razvoj in širjenje znanosti in kulture in prenos znanja na naslednje generacije.*²⁵

Iz dosedanjih odločitev Ustavnega sodišča, ki zadevajo znanost, šolstvo in izobraževanje, izhajajo tudi nekatera dodatna in nadvse pomembna temeljna načela o odgovornosti in obveznostih države. Tako lahko iz odločbe št. U-I-68/98 izpeljemo sklep, da je država dolžna preprečiti ogroženost izobraževanja zaradi pomanjkanja sredstev, pri tem pa imajo javni programi in izobraževalne ustanove prednost pred zasebnimi. To seveda tudi pomeni, da država ne sme sama ustvariti takšne grožnje s spremembo politike ali obsega financiranja javnega izobraževanja.

Iz iste odločitve Ustavnega sodišča lahko izpeljemo tudi sklep, da mora država zagotoviti financiranje izobraževanja tudi ob spoštovanju načela enakosti iz 14. člena Ustave in enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave. Država je torej dolžna zagotavljati financiranje po enakih merilih, v skladu z načelom enakopravnosti in brez diskriminacije. Ravnanje in odločitve države, ki bi bile v nasprotju s temi načelnimi izhodišči, bi bili protiustavni. Pri tem pa velja posebej poudariti, da ne bi bili protiustavni samo tisti finančni ukrepi države, ki bi neposredno povzročali takšno neenakost in neenakopravnost. Protiustavni bi bili tudi vsi tisti finančni ukrepi države, ki bi v okviru

22 Glej npr. 31/1. člen Zakona o računskem sodišču (ZRacS-1): »Sredstva za delo računskega sodišča določi Državni zbor na predlog računskega sodišča in so sestavni del državnega proračuna.« Smiselno enak je 8/1. člen Zakona o ustavnem sodišču (ZUstS-1).

23 Prim. Igličar (op. 13), 92–93. Kakovostna zakonodaja na tem področju mora po njegovem mnenju zagotavljati »nujno potrebno stabilnost 'robnih pogojev' njenega delovanja. S tem je namreč visoko šolstvo zavarovano pred morebitno samovoljo države, ki bi ... lahko nastopala preprosto z argumentom moči. Trdnost in relativna trajnost univerzitetne avtonomije sta torej večji, če sta obseg in vsebina avtonomije zagotovljena z zakonskimi normami. Pravna ureditev se na tem področju kaže kot instrument za institucionalizacijo moči profesorjev in študentov ter zavarovanje njihovih interesov oziroma kot sredstvo zavarovanja interesov šibkejši strani v odnosu do državne oblasti.« Poudarjava, da takšnemu stališču ne pritrjujeva, v kolikor soglaša z obsežnim in podrobnim zakonskim urejanjem položaja in delovanja univerz kot nečem, kar je 'akademsko primerno', 'ustavno nesporno' ali celo 'nujno'. Ne trdva pa, da je avtorjevo stališče prav takšno.

24 Prof. Boštjan M. Zupančič v ločenem mnenju k odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-22/94.

25 Šturm 2002 (op. 6), 597.

obstojećih dejstev in okoliščin, v katerih delujejo posamezne univerze in druge visoke šole (razviti programi, na novo začetni programi, registrirani programi, razvojne usmeritve in potrebe posameznih univerz, regij in univerzitetnega okolja v Sloveniji na splošno, utemeljena finančna pričakovanja glede na pretekla leta, izkušnje in dogovore, posebnosti zaradi umeščenosti posameznih univerz v različne slovenske regije, možnosti študentov za dokončanje in nadaljevanje študija ipd.), posredno povzročali neenakost med njimi (npr. med osrednjo Univerzo v Ljubljani in obrobniimi ter manjšimi univerzami, kakršna je Univerza na Primorskem), brez stvarno in prepričljivo utemeljenih razlogov. Ali, da bi ogrozili njihovo delovanje ali celo sam obstoj študijskih programov, posledično pa tudi fakultet ali celo posamezne univerze kot takšne.

Država bi lahko s politiko financiranja univerz posredno, a močno, posegla v jedro avtonomije univerze pri izvajanju študijskih programov, in s tem tudi v njeno pedagoško in raziskovalno delovanje. To bi se zgodilo, če bi bila univerza zaradi pomanjkanja denarja prisiljena znižati kakovost dela. Ali če bi morala zaradi nenadnih sprememb pri načinu financiranja celo opustiti določene programe, ali opustiti legitimno in stvarno utemeljeno namero razviti nove programe.

Poseg v vsebino delovanja univerze se seveda ne zgodi samo v primeru neposrednega vmešavanja države v spreminjanje že obstoječe vsebine dela, ampak tudi v primeru odtegotovanja nujno potrebnih finančnih sredstev za to, da bi se določena znanstvena vsebina na fakultetah in inštitutih kot članicah univerze sploh lahko razvijala. Pri tem se zdi tudi očitno, da bi prisiljenje univerze v opustitev že začetih študijskih programov zaradi nenadnega prikrajšanja za nujno potreben denar hkrati pomenilo kršitev ustavnih pravic študentov, ki so se vpisali v določen študijski program (57/3. člen Ustave). Temeljna ustavna pravica študentov do izobraževanja in šolanja pa je v tem kontekstu posebnega, pravzaprav primarnega pomena.²⁶

26 Zato sva tudi kritična do predlaganega koncepta financiranja študijske dejavnosti visokošolskih zavodov. Glej predlog *Uredbe o javnem financiranju visokošolskih zavodov in drugih zavodov* (Predlog EVA 2010-3211-0014. Dostopno na: [http://www.mvzt.gov.si/fileadmin/mvzt.gov.si/pageuploads/](http://www.mvzt.gov.si/fileadmin/mvzt.gov.si/pageuploads/doc/dokumenti_visokosolstvo/zakonodaja_VS/Predlogi_predpisov/uredba-financ-2812.pdf)

Obveznost države, da zagotavlja enake možnosti za pridobitev ustreznih ravni izobrazbe,²⁷ je treba razumeti tudi kot obveznost zagotavljanja enakih možnosti za pridobitev izobrazbe glede na umeščenost posameznih šol in univerz v različne slovenske regije in legitimne interese tamkajšnjih prebivalcev. Država je na splošno dolžna zagotavljati možnosti za pridobivanje ustreznih (tudi univerzitetnih) izobrazbe, »ki ustreza na eni strani željam posameznikov in na drugi strani njihovim sposobnostim ter potrebam in možnostim družbe.«²⁸

doc/dokumenti_visokosolstvo/zakonodaja_VS/Predlogi_predpisov/uredba-financ-2812.pdf). Ta namreč predvideva razbitje finančni sredstev v dva stebra – del sredstev je izvet iz celovitega financiranja in postaja variabilen. Takšen koncept je med drugim tudi v očitnem nasprotju s konceptom 'lump-sum' financiranja univerze. Na ta način država terjaja od univerz, da svojo dejavnost usmerijo tako, da bodo kar najboljše zadostile predlaganim merilom. Takšen pristop seveda neposredno posega v avtonomijo univerze. Med drugim gre tudi za akademsko in kakovostno tako nerazumne pogoje, kot je pretirano poudarjanje števila študentov kot osrednjega kriterija za določanje višine financiranja, pa prehodnost med letniki, število diplomantov in število mednarodno izmenjanih študentov. Zato je na mestu očitek, da takšni predlogi niso prepričljivi z vidika domnevne težnje po dvigu kakovosti in razvoju univerz. Nasprotno, očitno niso v funkciji kakovosti delovanja univerz in študija. Le kako bi lahko bila npr. večja popustljivost pri kriterijih za prehod v višji letnik, ali pri končanju študija, v funkciji kakovosti in razvoja? Ali pa pogojevanje obsega financiranja z obsegom vpisa? Podobno velja za ureditev financiranja raziskovalne dejavnosti. »Financiranje raziskovanja postaja čedalje bolj financiranje posameznih projektov. Za univerze je to problem, saj na splošno niso najbolj usposobljene za financiranje po konkurenčnih merilih, kjer bi se morale ravnati po zahtevah financerjev.« Türk 2008 (op. 1). Prim. Svetlik 1996 (op. 1), 126-127: »Ob relativno skromnih sredstvih, ki ne dopuščajo kadrovske krepitve in prostorske širitve univerze, to samo povečuje množičnost študija in znižuje njegovo uspešnost ... Zato se univerza težko pogaja z državo, ko ta nanjo pritiska z zahtevami po povečevanju vpisa.«

27 Glej Šturm 2002 (op. 6), 583.

28 Šturm 2002 (op. 6), 584. Vse bolj pa se zdi, da država usmerja univerzo v logiko tržne učinkovitosti. »Sodobna podjetniška univerza kot najnovejši stadij tržno spodbujanega razvoja zamenjuje odličnost z ekonomsko uspešnostjo in praktično

Do neenakosti glede na te možnosti, kot rečeno, lahko pride zaradi takšnih finančnih ukrepov države, ki brez stvarno utemeljenih in prepričljivih razlogov neposredno ustvarjajo boljši položaj ene univerze glede na druge. Prav tako pa do takšnih neenakosti lahko pride zaradi različnih rezultatov (posledic) za posamezne univerze ob sicer enotnem sistemu financiranja. Takšna neenakost lahko nastopi kot posledica obstoječih dejstev in okoliščin delovanja posameznih univerz, oziroma glede na raznolikost in posebnosti posameznih univerz. Če je posledica takšne neenakosti tudi bistveno težje izvajanje programov na vseh, ali le določenih univerzah, ali pa celo dejanska in resna ogroženost njihovega obstoja, je takšno ravnanje države lahko protiustavno. Očitno je, da obveznost države do ustvarjanja možnosti za pridobitev ustrezne izobrazbe pomeni tudi njeno obveznost, da sama z aktivnimi ukrepi financiranja univerz posameznim univerzam ne otežuje procesa izobraževanja in raziskovanja in da jim z vidika posameznih programov tega celo ne onemogoča.

Država je sicer dolžna zagotoviti in urediti enoten sistem visokega šolstva. Tudi z vidika financiranja.²⁹ Vendarle pa je lahko tudi enoten sistem financiranja univerz določen tako, da ohranja boljši položaj ali izboljšuje položaj ene univerze, ali le določenih univerz, v razmerju do drugih univerz in na njihovo škodo. Na ta način lahko pride z vidika določene univerze do kršitve 14., 22., 57., 58. in/ali 59. člena Ustave.

Če država sistem financiranja univerz nenedoma, sistemsko neustrezno in brez prisiljujočih razlogov spremeni do te mere, da pomembno oteži ali celo onemogoči izvajanje, razvoj in ob-

stoj določenih programov, fakultet ali celotne univerze, takšno ravnanje lahko pomeni stvarno neutemeljen poseg v legitimna pričakovanja univerze glede možnosti za ohranitev, začetek ali nadaljnji razvoj posameznih programov.³⁰ Takšen poseg v legitimna finančna pričakovanja univerz bi bil tudi v nasprotju s temeljnim ustavnim načelom pravne države iz 2. člena Ustave.³¹

Tudi zaradi tega se posledično lahko vzpostavi stanje, ko je mogoče govoriti o kršitvi 14., 57., 58. in/ali 59. člena Ustave z vidika vseh, ali le določenih, univerz. Država je namreč dolžna zagotoviti, da bo možno temeljne pravice iz navedenih členov Ustave izvrševati *dejansko in učinkovito*. To vključuje tudi finančni vidik delovanja univerz. Svoboda znanosti je naprej individualna negativna pravica. A je tudi močna institucionalna pravica.³² Država je zato dolžna ustvarjati pogoje za učinkovito delovanje univerz po svojih zmožnostih, oziroma po svojih najboljših močeh.³³

5 PREDHODNA ANALIZA VPLIVOV SPREMEMBE FINANCIRANJA KOT OBVEZNOST DRŽAVE

30 »(O)bstoj javne šole je ogrožen tedaj, ko bi jo bilo treba zapreti zaradi pomanjkanja sredstev.« Šturm 2002 (op. 6), 586. Obstoj programa je zatorej ogrožen tedaj, ko ga zaradi pomanjkanja denarja ne bi bilo mogoče izvajati, ali pa bi ga bilo mogoče izvesti le z nujnim zmanjšanjem tistih dejavnikov, ki vplivajo na kakovost.

31 Glej Šturm 2002 (op. 6), 52 in nasl.

32 Šturm 2002 (op. 6), 597.

33 Na splošno o doktrini pozitivnih obveznostih države Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004. Glej tudi Andraž Teršek, *Ustavna demokracija in vladavina prava*, Koper, UP FAMNIT, 2009, pogl. 3.2. Svetlik 1996 (op. 1), 121, poudarja potrebo, da so univerze financirane iz več virov: »Če vlada iz katerikoli razlogov, vključno s političnimi, hoče zmanjšati finančna sredstva, mora univerza imeti možnost, da pridobi sredstva iz drugih virov in se tako izogne ogrožanju svoje avtonomije. Za univerzo je torej dobro, da ni vezana izključno na en sam vir, kakršni so vlada, korporacije ali fundacije. Do vsakega mora vzpostaviti primerno distanco.« Univerza bi tudi po njegovem mnenju »morala kombinirati vire financiranja« (133).

uporabnostjo. Edino merilo odličnosti je postala stopnja akumulacije kapitala ... Njeno edino poslanstvo naj bi bila ponudba znanja in kompetenc, ki bi omogočali njenim 'klientom' (nekdanji študenti) čim donosnejšo zaposlitev. Vprašanje pa je, ali je to res edino (ali temeljno) poslanstvo univerze. Mar res lahko žrtvujemo kulturno in civilnodružbeno vlogo univerze in njeno avtonomijo, da bi jo bolje prilagodili dominantnemu poslovnemu modelu in njegovim merilom uporabnosti, praktičnosti in koristnosti?« Slavko Splichal, *Zaton univerze kot institucije javnosti*, *Delo* (20. februar 2010). Prim. Svetlik 1996 (op. 1), 126-127.

29 Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-34/94, tč. 40.

Po Ustavi RS je torej državno financiranje univerz njihova ustavna pravica. Te so javne ustanove oziroma javni zavodi s posebno družbeno naravo in posebnega pomena. Ne glede na to posebnost pa jih je mogoče z vidika obveznosti države glede pravne zaščite njihovega delovanja in financiranja primerjati z drugimi javnimi zavodi.

V odločbi št. U-I-106/01 je Ustavno sodišče RS presojalo obveznost države pri financiranju RTV Slovenija kot javnega zavoda. Vprašanje financiranja je presojalo na temelju 39. člena Ustave RS, ki govori o svobodi izražanja in neposredno zadeva tudi družbeno vlogo in delovanje RTV Slovenija. Pri tem je Ustavno sodišče oblikovalo stališča in kriterije, ki niso samo teoretično zanimivi, ampak tudi posredno uporabljivi za primer avtonomije univerz, njihove pravice do državnega financiranja, svobode znanosti in pravice do izobraževanja. Ker je v tem kontekstu pravni položaj univerze močnejši od pravnega položaja RTV,³⁴ veljajo kriteriji, s katerimi je Ustavno sodišče opredelilo obveznosti države z vidika financiranja RTV Slovenija, še toliko bolj za obveznosti države glede financiranja univerz.

Ustavno sodišče (v zvezi z RTV Slovenija) posebej izpostavi dolžnost države, da zakonsko omogoči samostojno izvrševanje javne funkcije ter svobodno in učinkovito izvrševanje nalog javne ustanove. Zagotoviti mora programsko, organizacijsko in finančno samostojnost. Ukrepi države morajo ustrezati glavnemu namenu pri uresničevanju družbene vloge in ustavnih pravic javne ustanove (tč. 8).

Zagotovitev finančne samostojnosti pomeni zagotovitev ustreznega financiranja, to pa pomeni zagotovitev zadostnih finančnih sredstev

za izpolnjevanje funkcij, ki pomenijo tudi uresničevanje javnega interesa. Politika financiranja mora biti določena tako, da bo onemogočen odločujoči vpliv države in drugih družbenih skupin na organizacijsko in programsko samostojnost javne ustanove (tč. 11).³⁵ Samostojnost mora biti varovana s preprečevanjem političnih in gospodarskih vplivov na vsebino in kakovost dela javne ustanove (tč. 12). Poseg v ustavno zagotovljeni položaj javne ustanove kot posledica neustreznega financiranja je mogoč v primeru, če zakonodajalec ne zagotovi zadostnih finančnih sredstev za izpolnjevanje njenih nalog in če ne zagotovi ustrezne strukture virov financiranja (t. 13).

To seveda ne pomeni, da zakonodajalec ne sme spreminjati politike (načina, virov, obsega) financiranja. Vendar pa pri tem zakonodajalec ni povsem svoboden, saj je dolžan spoštovati navedena načela. Zakonodajalec lahko spremeni financiranje, njegovo strukturo in višino, a s tem ne sme poseči v ustavni položaj javne ustanove (tč. 14).

Navedena načela in kriteriji, ki jih je zakonodajalec izoblikoval glede na vlogo države pri financiranju RTV Slovenija, še toliko bolj in še strožje veljajo za vlogo države pri financiranju univerz. To mora veljati tudi glede vprašanja morebitne spremembe obsega financiranja.

V omenjeni odločbi Ustavnega sodišča je tudi zapisano, da so »neutemeljeni očitki o kršitvi prepovedi povratne veljave pravnih aktov s posegom v pridobljene pravice (drugi odstavek 155. člena Ustave),« kajti »z ZRTVS določeni viri financiranja in tudi višina prispevka niso pridobljena pravica RTVS« (tč. 14). Četudi bi to načelno stališče uporabili v primeru financiranja univerz, vendarle zaradi posebnega ustavnega položaja univerze kot ustavne kategorije in njene družbene vloge ne bi mogli zanikati teze, da je zaradi posebne narave delovanja univerze ter njenih študijskih in raziskovalnih programov tudi z vidika višine financiranja mogoče govoriti o legitimnih finančnih pričakovanjih univerze. Predvsem z vidika možnosti za dejansko, kakovostno in učinkovito uresničevanje obstoječih programov, nenazadnje pa z vidika temeljne ustavne pravice

34 Zakonsko je RTV opredeljena kot javni zavod, ki mu pripisujemo poseben pomen. Vendar kot taka, v nasprotju z univerzo, sama po sebi, ne predstavlja ustavne kategorije. Na ustavni ravni je njena avtonomija zagotovljena posredno: preko ustavno prepričljive in konceptualno konsistentne interpretacije 39. člena ustave, ki govori o svobodi izražanja in tiska. Glej Andraž Teršek, *Svoboda izražanja*, Ljubljana, IDCSE, 2007, 21-22, 172-174, 178-180. Univerza pa je ustavna kategorija, ki ji je že neposredno na podlagi Ustave zagotovljena avtonomija. Prim. z ločenim mnenjem. prof. dr. Boštjan M. Zupančič k odločbi Ustavnega sodišča RS št. U-I-22/94.

35 Podobno tudi Dragan Marušič, Kakšna univerza, 2000: revija za krščanstvo in kulturo (1997) 105, 51.

študentov do kakovostnega (nadaljevanja in dokončanja) izobraževanja.

Zato je treba v okviru vprašanj o financiranju univerze še strožje presoati stališče Ustavnega sodišča iz omenjene tč. 15: »Iz opisanih načel glede ustreznosti financiranja pa ni mogoče z matematično natančnostjo izračunati konkretne višine sredstev, ki zagotavljajo izpolnjevanje funkcij RTVS.« Verjeti gre, da je prav to z vidika uresničevanja nalog univerz in njihovih programov mogoče izračunati bolj natančno in dovolj predvidljivo. Vsekakor pa tudi v tem primeru velja, da je treba pri tem izhajati iz nalog, programov in legitimnih razvojnih pričakovanj do univerz in od univerz, pri tem pa upoštevati že opisana načela, ki jim zagotavljajo samostojnost in ustavni položaj.

6 SKLEP

Univerzitetno okolje je, tudi z vidika zgodovine in družbenega pomena univerz, unikum. Znanstvena in umetniška odličnost, kritična razprava (diskurz) in intelektualno uporništvo so se lahko razvijali tudi, ali prav zavoljo institucionalne avtonomije univerze. Ta status, ki je v Sloveniji povzdignjen v ustavno kategorijo, terja od države, da se vzdrži tistih in takšnih posegov v obstoj in delovanje univerze, ki jih ni mogoče stvarno utemeljiti kot razumne in prepričljive, pa tudi kot nujne. Gre za negativni vidik svobode univerze, njene avtonomije. Po drugi strani pa mora država storiti vse, kar je od nje mogoče razumno pričakovati in terjati, da vzpostavi okolje in razmere za učinkovito izvrševanje temeljnih ustavnih pravic, ki zadevajo univerzo. Tudi in predvsem preko zagotavljanja finančnih sredstev za obstoj in delovanje univerz. Pri tem pa se poraja močan vtis, da utegne biti brez drugačnih, stvarno utemeljenih in prisiljujočih razlogov vse drugo, razen 'en bloc' (tudi 'lump-sum', oziroma celostno) financiranje univerz ustavno nadvse sporna, če ne celo očitno protiustavna zakonodajna politika.

Morebitna odločitev zakonodajalca, da spremeni ali zmanjša financiranje univerze mora biti stvarno utemeljena in ne sme biti arbitrarna. Zato mora zakonodajalec najprej oceniti, ali zmanjšanje financiranja ne bo poseglo v avtonomijo, učinkovitost in kakovost delovanja univerz ter jim tako ne bo otežilo, ali celo onemogočilo izvr-

ševanje prevzetih nalog, uresničevanje študijskih in raziskovalnih programov, končno pa ohromilo razvoj znanosti kot takšne. Samo na temelju takšne ocene bi omenjena odločitev zakonodajalca izpolnila temeljni pogoj za oceno njene stvarne utemeljenosti in ne arbitrarnosti. Pri tem je posebej pomembno, da se vsa pomembna vprašanja delovanja in financiranja univerz primarno urejajo z zakoni. Morebitno sprejemanje vladnih uredb mora biti v funkciji takšne konkretizacije zakonskih določb, ki je po naravi stvari nujna za konkretno izpeljavo in uresničevanje zakonske vsebine in ne presega zakonsko določenega okvirja. Hkrati tudi zakonska besedila, ki zadevajo univerzo, ne smejo biti preohlapna in vprašanj, ki bi jih moral dovolj določno urejati zakon, ne smejo prepuščati urejanju z uredbami.

Vse univerze, ali le posamezne univerze, bi lahko ob morebitni spremembi in zmanjšanju financiranja legitimno zatrjevale, da se bo njihov finančni položaj znatno poslabšal. In da bodo zaradi tega ogroženi programi, razvojne ambicije ter kakovost izobraževanja in raziskovanja. Zatorej, če zakonodajalec ne sprejme pravne ureditve na podlagi skrbne ocene dejanskega stanja, predvsem z vidika morebitnega poslabšanja finančnega položaja univerz in vpliva na izvrševanje njihovih funkcij, bi zmanjšanje sredstev za financiranje pomenilo stvarno neutemeljeno in arbitrarno, s tem pa protiustavno ravnanje. Dokazno breme za takšno, skrbno oceno dejanskega stanja in posledic morebitnega zmanjšanja financiranja z vidika vloge, nalog in delovanja univerz pa je primarno na strani zakonodajalca.

Predstavitev avtorjev

Doc. dr. Andraž Teršek je diplomiral, magistriral in doktoriral na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. V letih 1999–2008 je bil zaposlen kot asistent na Katedri za teorijo in sociologijo prava Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Prejel je nagrado Zveze društev pravnikov Slovenije mladi pravnik. Je nekdanji pomočnik urednika revije Dignitas – slovenske revije za človekove pravice, urednik zbornikov Pravna vprašanja o začetku in koncu življenja: abortus in evtanazija (Dignitas) in Človekovo dostojanstvo in duševno zdravje (Revus), avtor številnih člankov, razprav in analiz, večinoma o ustavni pravi, ustavni demokraciji in ustavnosti, člove-

kovih pravicah in svoboščinah, legalnosti in legitimitnosti ter sodnem pravotvorju ESČP in Ustavnega sodišča RS. Spisal je nekaj uspešnih in odmevnih pobud za ustavnosodno presojo. Je tudi avtor knjig Svoboda izražanja (2007), Ustavna demokracija in vladavina prava (2009) in soavtor knjige Preludij demokracije – civilna družba in svoboda javnega komuniciranja (2005). Je član upravnega odbora Društva za ustavno pravo, pobudnik, soustanovitelj in sourednik revije Revus in soustanovitelj Kluba Revus – Centra za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije. Kot predavatelj in raziskovalec je zaposlen na Univerzi na Primorskem, kjer predava o pravu, medijskem pravu in svobodi izražanja, etiki in človekovih pravicah. Je predstojnik Centra za povezano znanost in razvoj in prvi predsednik Kolokvija Univerze na Primorskem.

Matija Žgur je z odliko diplomiral na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (diplomsko delo Doktrina političnega vprašanja). V času študija je bil v letih 2007 – 2008 član študentskega dela uredništva revije Slovenian Law Review. Objavil je več strokovnih člankov v revijah Revus, Pravna praksa in Slovenian Law Review. Kot vodja in soorganizator strokovnih okroglih miz je sodeloval z ELSA–Ljubljana in Študentsko organizacijo Univerze na Primorskem. Je tehnični urednik revije Revus – Revije za evropsko ustavnost. Zaposlen je kot raziskovalec Centra za povezano znanost in razvoj na Primorskem inštitutu za naravoslovne in tehnične vede Koper, Univerza na Primorskem.

Vincent Souty

Srbija pred Meddržavnim sodiščem v Haagu

Primer Schrödingerjevega mačka v pravu?

V članku so proučene odločitve Meddržavnega sodišča v Haagu, kjer je imela Srbija položaj stranke v postopku, in sicer je nastopala tako v vlogi tožeče kakor tožene stranke. V obravnavanih zadevah je bila pravdna sposobnost Srbije večkrat izpodbijana, odgovori Sodišča pa so sprožili številne polemike. Avtor se s strnjeno predstavitvijo sodb loti razčlenbe sodniškega razlogovanja in tako poskuša razumeti, kako je Sodišče za obdobje med letoma 1992 in 2000 lahko prišlo do nasprotujočih si rešitev glede vprašanja dostopa Srbije do Sodišča. Članek je nastal v okviru konference Centra za raziskave temeljnih pravic in razvoj prava (Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit – CRDFED) in je bil predstavljen 27. maja 2010 na Univerzi v Caen-u. Avtor se zahvaljuje Marie Rota za njene nasvete. Besedilo sta iz francoščine prevedla Ivo Lah in Živa Nendl.

Ključne besede: Meddržavno sodišče, mednarodna pravičnost, načelo pravnomočnosti, sodna praksa, pristojnost Sodišča, *ius standi*

1 UVOD

Fizik Erwin Schrödinger je leta 1935 zasnoval poizkus, s katerim bi pokazal, da spoznanja tedaj porajajočega se nauka kvantne fizike, ki na pod-atomski ravni niso problematična, na makroskopski ravni nasprotujejo zdravemu razumu. Vodijo namreč v paradoksalne zaključke. Schrödinger je predlagal, da se mačka zapre v škatlo z alarmnim sistemom – ta pa v primeru, da zazna razpad radioaktivnega atoma, sproži mehanizem za sprostitvev nekega strupa, ki mačka ubije. Kvantni nauk uči, da je atom – dokler poizkusa ne prekinemo z opazovanjem – sočasno v dveh stanjih: hkrati je in razpadel in cel. Posledično pa to pomeni, da je v našem poizkusu strup hkrati sproščen in ne-sproščen, maček pa mrtev in živ. Edini način, da se predpostavljeni sočasnost atomskih stanj ovrže, je v tem, da se izid poizkusa preuči z opazovanjem ali, v tem primeru, da se škatlo odpre. Šele opazovanje je tisto, ki predpostavko sočasnosti atomskih stanj ovrže v prid enega samega stanja: bodisi celega ali razpadlega atoma, bodisi mrtvega mačka ali pa živega.

Lahko bi mislili, da je svet prava za kvantni nauk zaprt. Kljub temu je primerjava položaja Srbije z zgoraj omenjenim mačkom pomenljiva; z njo je lažje pokazati paradoks, ki izhaja iz različnih sodb Meddržavnega sodišča v Haagu v zadevah, v katerih je imela ta država položaj stranke. Sodišče je v svojih sodbah Srbijo brez pomislekov obravnavalo kot kvantni delec, ki hkrati obstaja v medsebojno nezdržljivih pravnih položajih, v katerih naj bi Srbija¹ bila v razmerju do Organizacije združenih narodov (v nadaljevanju: OZN) med letoma 1992 in 2000. Zgolj članstvo v OZN je namreč tisto, kar neki državi na podlagi 35. člena Statuta Meddržavnega sodišča daje dostop do

¹ Nestabilnosti v novejši zgodovini Zahodnega Balkana so Srbijo pripeljale do tega, da po posameznih odcepitvah nekdanjih federativnih republik Jugoslavije večkrat spremenila ime. Sledeč tem spremembam, bom v nadaljevanju zaporedoma uporabljal imena »Federativna republika Jugoslavija« (v nadaljevanju: FRJ, za obdobje med letoma 1992 in 2003), »Srbija in Črna gora« (od februarja 2003 do junija 2006) in »Srbija« (od 3. junija 2006 dalje).

tega glavnega sodnega organa Združenih narodov.

Problem pravnega položaja Srbije v odnosu do OZN med letoma 1992 in 2000 izvira iz njene zahteve, da po razglasitvi neodvisnosti preostalih jugoslovanskih federativnih republik sama postane naslednica mednarodne pravne osebnosti nekdanje Socialistične federativne republike Jugoslavije. Bivše federativne republike so tej zahtevi nasprotovale že od aprila 1992, ko jo je Srbija podala;² zahteva pa tudi splošno ni bila sprejeta ne s strani držav članic OZN ne s strani njenih organov.³ Tako je Generalna skupščina OZN od leta 1992 naprej pozivala Federativno republiko Jugoslavijo (v nadaljevanju: FRJ) na vložitev nove kandidature za vstop v OZN.⁴ Bodoča Srbija je kljub temu vse do leta 2000 vztrajala pri zahtevi po nasledstvu in se šela zavezano k spoštovanju s strani Jugoslavije podpisanih mednarodnih dogovorov, pa tudi za članico institucij, katerim je slednja pripadala. Po padcu Miloševićevega režima je Srbija končno spremenila svoje stališče in pod taktirko novoizvoljenega predsednika Koštunice podala vlogo za članstvo, ki ji je OZN ugodil 1. novembra 2000.

Ta sprejem pa vseeno ni odpravil dvomov glede položaja Srbije v razmerju do OZN v poprejšnjem obdobju. Proučitev več izdanih sodb razkrije zapletanje Sodišča, ki se je ujelo v argumentativne omejitve lastne pravosodne politike in na koncu ni uspelo ponuditi nedvoumne rešitve. V članku bom predstavil tri zadeve, v katerih je imela Srbija bodisi vlogo tožeče bodisi tožene stranke, ter razčlenil odgovore, s katerimi je Sodišče reševalo vprašanje svoje pristojnosti.

V prvi zadevi – *Bosna in Hercegovina proti Jugoslaviji (Uporaba Konvencije o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida)* – je Bosna in Hercegovina (v nadaljevanju: BiH) marca 1993

vložila tožbo, s katero je od Sodišča zahtevala, da v luči Konvencije o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida⁵ presodi ravnanja FRJ. 9. člen te Konvencije namreč za spore glede pogodbenih obveznosti njenih podpisnic določa pristojnost Sodišča.⁶ To je v prvi sodbi iz leta 1996⁷ zavrnilo vseh šest predhodnih ugovorov FRJ⁸ in ugotovilo, da je pristojno za odločanje o vsebinskih vprašanjih.

Leta 2001 je FRJ na podlagi 61. člena Statuta⁹ vložila zahtevo za revizijo pravkar omenjene sodbe iz leta 1996. Ponovno proučitev zadeve je zahtevala na podlagi novega dejstva – tj. pristopa FRJ k OZN 1. novembra 2000 –, ki je nastopilo po izdaji sodbe in katerega upoštevanje bi lahko privedlo do drugačne sodne odločitve. Pristop k OZN naj bi po mnenju FRJ dokazoval, da pred 1. novembrom 2000 država ni bila članica OZN, iz

5 V nadaljevanju: »Konvencija o genocidu«, podpisana 9. decembra 1948. Sodišče je bilo prvič pozvano razrešiti spor na podlagi te konvencije prav obravnavanem primeru.

6 Konvencija o genocidu (op. 5), 9. člen: »Spori med pogodbenicami v zvezi z razlago, uporabo ali uresničevanjem te konvencije, vključno s tistimi, ki se nanašajo na odgovornost države za genocid ali katero od drugih dejanj navedenih v členu III, se predložijo Meddržavnemu sodišču na zahtevo katere koli od strank v sporu«.

7 *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, sodba, *C.I.J. Recueil* 1996, 595.

8 V obravnavanem primeru je FRJ nepristojnost Sodišča zatrjevala s šestimi argumenti: (1.) jugoslovanska državljanska vojna je izključevala obstoj mednarodnega spora; (2.) predsednik Bosne in Hercegovine ni bil pristojen za sprožitev postopka pred Sodiščem; (3.) Bosna in Hercegovina ni bila podpisnica Konvencije o genocidu; (4.) ni bilo mednarodnega spora v smislu IX. člena Konvencije o genocidu; (5.) tožnik je postal član OZN šele 29. marca 1993, tožba bi torej morala biti nedopustna; (6.) če bi Sodišče menilo, da je tožeča stranka pristopila k omenjeni Konvenciji že 29. decembra 1992, je tožena stranka zatrjevala, da Sodišče ni pristojno za presojo zahtev glede dejanskih stanj, ki izhajajo iz obdobja pred omenjenim datumom.

9 Revizija sodbe se od Sodišča lahko zahteva zgolj zaradi odkritja novega dejstva, ki ima odločilen vpliv na celotno dejansko stanje in ki je bilo pred razglasitvijo sodbe Sodišču in stranki, ki revizijo zahteva, neznano. Stranka mora tudi dokazati, da zanj ni vedela brez svoje krivde.

2 Gre za izjavo in noto diplomatskega predstavništva FRJ z dne 27. aprila 1992, v katerih je bilo zatrjevano, da bo FRJ zagotavljala kontinuiteto nekdanje Jugoslavije in spoštovala njene prevzete mednarodne obveznosti. Glej spodaj (op. 40).

3 Za povzetek zapletenega odnosa med FRJ in OZN glej Vojin Dimitrijević & Marko Milanović, *The Strange Story of the Bosnian Genocide Case*, *Leiden Journal of International Law* (2008) 21, 78.

4 Glej Resolucijo 47/1 (1992) Generalne skupščine OZN z dne 22. septembra 1992.

česar sledi, da takrat tudi ni mogla imeti dostopa do Sodišča. Leta 2003 je Sodišče to zahtevo za revizijo zavrnilo¹⁰ z dokaj formalistično utemeljitvijo, da ne gre za »novo dejstvo« v smislu 61. člena Statuta. Menilo je, da omenjeni pristop ni spremenil za nazaj položaja *sui generis (sic!)*, ki ga je imela FRJ med letoma 1992 in 2000.¹¹

Srbija je leta 2001 hkrati z zahtevo za revizijo vložila tudi »pobudo Sodišču, da po uradni dolžnosti znova prouči vprašanje svoje pristojnosti«. Z njo je zahtevala ponovno proučitev vprašanja pristojnosti v postopku, ki je bil viseč vse od sodbe iz leta 1996 naprej. Sodišče je privolilo v ponovno proučitev vprašanja pristojnosti, in to celo pred obravnavo vsebinskega vprašanja kršitve Konvencije o genocidu. Kljub temu pa je nato v 141 odstavkih prišlo do zaključka, da vprašanje Srbije ni novo in da mu načelo pravnomočnosti preprečuje o njem ponovno odločati. Pristojnost Sodišča je bila tako potrjena, zato je slednje končno lahko opravilo vsebinsko presojo, po kateri je Srbijo obsodilo zaradi nespoštovanja obveznosti, da prepreči genocid.¹²

V drugi zadevi – *Dopustna uporaba sile* – je FRJ postopek sprožila po bombnih napadih zveze NATO marca 1999. Zoper osem držav članic NATO je 29. aprila istega leta vložila tožbo na podlagi 9. člena Konvencije o genocidu.¹³ Leta 2004¹⁴ so bile srbske tožbe zavržene z utemeljitvijo, da v trenutku njihovih vložitev Srbija ni bila članica OZN in zato ni imela dostopa do Sodišča. Tako je torej eno leto po zahtevi za revizijo iz leta 2001 in v nasprotju s stališčem, ki ga je takrat vsaj implicitno zavzelo, Sodišče odslej štel, da FRJ pred pridobitvijo statusa članice OZN v letu 2000 do njega ni imela dostopa.

Tretja zadeva – *Hrvaška proti Srbiji (Zadeva v zvezi z uporabo Konvencije o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida)* – se je začela s hrvaško tožbo z dne 2. julija 1999, v kateri je ta zatrjevala, da je FRJ kršila Konvencijo o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida. Sodišče je leta 2008 s sodbo zavrnilo¹⁵ predhodne ugovore Srbije¹⁶ in se razglasilo pristojno za vsebinsko presojo. O zadevi do danes še ni bilo odločeno.

Ceprav vse zadeve obravnavajo isto obdobje, tj. med letoma 1992 in 2000, je Sodišče vsakokrat prišlo do drugačne rešitve vprašanja, ali ima Srbija do njega dostop ali ne. Zaradi kritik je v zadnjih dveh odločitvah iz 2007. in 2008. leta poskušalo logično in teoretično razjasniti zmedo, ki izvira iz razhajanj v sodnih odločitvah. Da bi upravičilo svojo pravosodno politiko, je stare odločitve uporabilo skoraj kakor palimpseste, pri čemer jih je skušalo na novo utemeljiti in ob tem ohraniti skladnost, pa čeprav le v formalnem smislu. Zdaj bomo najprej videli, kako je Sodišče s ponovno razlago svoje sodbe iz leta 1996 spreverglo teorijo o pravnomočnosti (*res iudicata*), da bi v zadevi BiH ohranilo svojo pristojnost. Nato pa bom podrobneje razčlenil še argumentativne akrobacije, ki so Sodišču omogočile, da se za pristojno razglasi v primeru Hrvaške.

2 RES IUDICATA IN PONOVA RAZLAGA SODBE IZ LETA 1996

Reči, da je neka odločba pravnomočna, pomeni, da že rasojenega vprašanja stranki pred sodnimi organi ne moreta ponovno odpreti. Edino možnost, da se izpodbija sodbo Meddržavnega sodišča, daje 61. člen Statuta.¹⁷ Iz vidika mednarodnega prava ima *res iudicata* vlogo

10 Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), predhodni ugovori, sodba, *C.I.J. Recueil* 2003, 7.

11 Glej odločitev o zahtevi za revizijo (op. 10), § 71

12 Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, sodba, *C.I.J. Recueil* 2007.

13 Šlo je za Belgijo, Kanado, Francijo, Nemčijo, Italijo, Nizozemsko, Portugalsko in Veliko Britanijo.

14 Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), predhodni ugovori, sodba, *C.I.J. Recueil* 2004, 279. V nadaljevanju: »uporaba sile«.

15 Croatie c. Serbie, Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, predhodni ugovori, sodba, *C.I.J. Recueil* 2008.

16 V prvi vrsti je Srbija s prvim predhodnim ugovorom zatrjevala, da pred letom 2000 ni bila članica OZN in zato ni mogla biti stranka v sporu pred Sodiščem. Podredno je zatrjevala, da Sodišče ne more biti pristojno za presojo dejanskih stanj, ki izhajajo iz dogodkov iz obdobja pred nastankom FRJ (27. april 1992). Nazadnje je trdila, da so nekatere zahteve tožee stranke brezpredmetne.

17 Glej 61. člen Statuta (op. 9).

ohranjanja miru in pravne varnosti. Gre za to, da se razsojenih stvari ne postavlja znova in znova pred mednarodna sodišča, tem pa se posledično zagotovi, da o sporih razsojajo dokončno. Da je neko vprašanje pravnomočno rešeno, morajo biti izpolnjeni trije pogoji: subjektivni pogoj (gre za iste pravdne stranke) in dva objektivna pogoja (istovetnost zahtevka in istovetnost razlogov, ki zahtevke utemeljujejo).¹⁸ Zelo pomembno je razlikovati med obema objektivnima pogojema, saj je lahko določeni zahtevke utemeljen z različnimi razlogi, z različnimi argumenti.

V naših primerih sta v sporih, zaključenih med letoma 1996 in 2007,¹⁹ podani tako istovetnost pravnih strank kot tudi istovetnost zahtevka: Srbija zatrjuje nepristojnost Sodišča za vsebinsko presojo. Glede zadnjega pogoja, tj. istovetnosti razlogov, pa je razprava odprta. Tožena stranka namreč zatrjuje, da gre dejansko za novo vprašanje, saj se poprej vprašanje nezmožnosti dostopa do Sodišča ni postavilo. Leta 1996 naj bi bilo Sodišče namreč odgovorilo le na šest predhodnih ugovorov FRJ in naj se ne bi opredelilo glede njene sposobnosti biti stranka. Dejansko namreč tega argumenta ni izpostavila nobena od držav niti v pisni fazi niti v ustni fazi postopka, ki se je zaključil z izdajo sodbe o predhodnih ugovorih. Na esi strani BiH seveda ni imela nikakršnega interesa sklicevati se na argument, ki bi imel za posledico nedopustnost njene tožbe, Srbija pa je, po drugi strani, leta 1996 še vztrajala pri stališču, da je naslednica nekdanje SFRJ in posledično članica OZN ter podpisnica Statuta Meddržavnega sodišča.

Sodišče uvodoma prizna, da je izrecno odgovorilo le na predhodne ugovore tožene stranke, vendar takoj zatem ponovi stališče, ki ga je na

silo uveljavilo v odločitvah iz leta 2004:²⁰ vprašanje dostopa do Sodišča je del javnega reda, zato mora sodni organ o pravdni sposobnosti strank odločiti še pred obravnavo svoje pristojnosti *ratione materiae*.²¹ Sodišče nato ugotovi, da je bilo o tem vprašanju posredno že odločeno v predhodni fazi, ki se je končala s sodbo 11. julija 1996. S tem ko je Sodišče sklenilo proučiti ugovore FRJ glede nepristojnosti *ratione materiae* in *ratione tempore*, je implicitno že zaključilo, da je tožena stranka imela dostop do Sodišča.²² Ker so trije bistveni pogoji za *res iudicata* torej izpolnjeni, Sodišče lahko nadaljuje z vsebinsko presojo zadeve. Iz formalnega zornega kota je takšno razlogovanje neizpodbitno. Vprašanje dostopa države do Sodišča je torej pred-predhodne narave in vprašanje javnega reda, zato Sodišče nanj pazi po uradni dolžnosti – pri tem pa se presoja domnevoma opravlja sistematično in tudi implicitno.

Četudi je argumentacija iz te sodbe Meddržavnega sodišča iz leta 2007 privlačna iz logičnega in formalnega vidika, pa očitna nasprotja med sodbama iz leta 1996 in leta 2007 ter sodbo iz leta 2004 predstavljajo problem. Leta 2004 je Sodišče potrdilo, da FRJ ob vložitvi tožb marca 1999 ni bila članica OZN in torej tudi ne podpisnica Statuta Meddržavnega Sodišča. To je prva odločitev, ki jasno in vsaj navidez enoznačno razčleni pravni položaj FRJ v razmerju do OZN med letom 1992 in dnem njene včlanitve.²³

²⁰ Glej sodbo uporaba sile (op. 14), § 36.

²¹ Sodba uporaba sile (op. 14), § 112.

²² »Nikakor Sodišču glede zadevnega postopka ni potrebno iti onstran tega zaključka in proučiti po kakšni poti je do njega prišlo. [...] Dejstvo je, da Sodišče ne bi moglo razsoditi o zadevi po vsebini, če tožeča stranka ne bi v skladu s Statutom imela sposobnosti biti stranka v postopku pred njim«. Sodišče doda: »Odločitev Sodišča v skladu s katero je bilo pristojno na podlagi Konvencije o genocidu, je torej potrebno razlagati tako, da implicitno vsebuje zaključek o izpolnjenosti vseh pogojev glede sposobnosti držav, da nastopajo pred Sodiščem« (§ 133).

²³ Glej odločitev Dopustna uporaba sile (op. 14), § 91: »Sodišče sklene, da v trenutku vložitve tožbo s katero se je pred Sodiščem sprožil zadevni postopek, dne 29. aprila 1999, tožeča stranka, v konkretnem primeru Srbija in Črna gora, ni bila članica Organizacije Združenih Narodov, posledično ni bila podpisnica Statuta Meddržavnega sodišča«.

¹⁸ Ta pogoj sovпада z utemeljitvijo sodbe. Utemeljitev namreč ne vsebuje le zaključka glede tistega, kar je bilo neposredno izpostavljeno s strani Sodišča, temveč vsebuje tudi ugotovitve, ki so Sodišče privedle do obsodbe. Za izčrpen pregled glej Leonardo Nemer Caldeira Brant, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Bibliothèque de droit international et communautaire, zvezek 119, Paris, LGDJ, 2003.

¹⁹ Meddržavno sodišče si je predhodno prizadevalo obnoviti historiat Srbije, da bi potrdilo njeno nasledstvo po nekdanji FRJ: glej §§ 67–79 sodbe iz leta 2007.

Zato je mogoče upravičeno podvomiti o »implicitno« podanem razlogovanju Sodišča in tudi o tem, ali je Sodišče v svoji sodbi leta 1996 dejansko proučilo vprašanje dostopa FRJ. Najprej preseneti odsotnost izrecne utemeljitve v odločitvi iz 1996. Vprašanje, ali ima tožena stranka sposobnost stopiti pred Sodišče, je po mnenju slednjega dejansko temeljnega pomena. Ravno tako pa je bistvena tudi določba člena 56/1 Statuta Sodišča, ki vsebuje dolžnost sodbe utemeljiti.²⁴ Ideja implicitne utemeljitve se – tudi po mnenju nekaterih sodnikov²⁵ – zdi le stežka v skladu z omenjenim členom. Ali to pomeni, da je Sodišče prekršilo lastni Statut? Odgovor ni povsem očiten. Sodišče bi se lahko namreč sklicevalo na dejstvo, da nobena izmed pravnih strank ni izpostavila problema dostopa do Sodišča, in da zato ni bilo nikakršne potrebe, da bi v sodbi izrecno predstavilo argumente o tem vprašanju.

Kakor koli že, dvom dodatno krepí še dvojce. Najprej so to skupne izjave sedmih izmed petnajstih sodnikov, v katerih ti izražajo nesoglasje, ki se sicer ne nanaša prav na izrek (ta Sodišču pristojnost prizna), ampak na njegovo obrazložitev (pravnomočnost odločitve iz leta 1996).²⁶ Med njimi so tudi sodniki Ranjeva, Shi, Koroma in Kreća, ki so sodelovali že v predhodni fazi odločanja leta 1996. Prvi trije v skupnem odklonilnem mnenju med drugim zatrđijo, da vprašanje dostopa tožene stranke do Sodišča »sploh ni bilo nikoli zastavljeno s strani nobene od strank, niti ni o njem posredno ali neposredno tekla razprava v sodbi iz leta 1996«.²⁷ Sodnik *ad hoc* Kreća pa gre še dlje s trditvijo, ne le da sodba o predhodnih ugovorih vprašanja dostopa do Sodišča ne rešuje, ampak da »je bilo prvotno mnenje Sodišča, kot ga izraža sodba iz leta 1996, takšno, da bi se ga lahko označili za očitno izogibanje temu vprašanju«.²⁸

Predvsem pa je potrebno izpostaviti dejstvo, ki potrjuje trditve sodnikov v odklonilnih mnenjih, in sicer da v tistem obdobju še noben organ OZN ni razrešil vprašanja pravnega položaja FRJ v odnosu do OZN. Glede tega je torej obstajala velika zmeda, kar je v svojih sodbah večkrat ugotovilo tudi Sodišče samo.²⁹ Leta 2003 je tako položaj tožene stranke v odnosu do OZN opredelilo kot položaj *sui generis*, ta izraz pa je prej učinkoval kot slepilo in ne kot resnično orodje pravne opredelitve. Pravzaprav se je Sodišče vse do leta 2004 skrbno izogibalo odgovoru na to vprašanje. Še takrat pa je to storilo le zato, ker ga je Srbija v zadevah *Dopustna uporaba sile* namenoma izzvala, da poda izjavo o nepristojnosti, ki bi lahko služila kot pravna podlaga za kasnejše izpodbijanje sodbe iz leta 1996.³⁰ Ker je Meddržavno sodišče leta 2004 zavrglo tožbe Srbije in Črne gore, sklicujoč se na dejstvo, da ta država leta 1999 ni imela dostopa do Sodišča, bi v skladu s to analizo lahko *a fortiori* sklepali, da naj se nekdanja FRJ tudi leta 1996 ne bi mogla pojaviti pred Sodiščem. Če bi sledio svojemui stališču iz leta 2004, bi se Sodišče tudi leta 2007 moralo razglasiti za nepristojno in priznati, da je leta 1996 v presoji storilo napako. Seveda pa bi bilo iz političnega vidika za Sodišče neprijetno, če bi štirinajst let po tem, ko je BiH sprožila postopek, svojo odločitev iz leta 1996 spremenilo in tožbo razglasilo za nedopustno. To bi bilo še posebej neprijetno zato, ker je šlo v tem primeru za prvo zadevo, v kateri je bila zatrjevana kršitev Konvencije o genocidu.

Da bi prikrilo neskladnosti med sodbama iz leta 1996 in 2004, se je Sodišče oprlo na 59. člen Statuta, ki določa, da so njegove odločitve zavezujoče le za pravdni stranki in le v primeru, o katerem je bilo odločeno; na tretje pravnomočnost nima učinka. Glede na to, da BiH ni bila pravdna stranka v zadevah iz leta 2004, se ta rešitev nasproti njej ne more uveljaviti. Kot pravi Louis Delbez, v mednarodnem pravu³¹

24 »Sodba mora biti obrazložena«; angleška verzija je bolj zgovorna: »The judgment shall state the reasons on which it is based«.

25 Glej izjavo sodnika Skotnikova (str. 2) in skupno odklonilno mnenje sodnikov Ranjeva, Shi in Koroma (str. 2, § 3).

26 Gre za sodnike Owada, Tomka, Skotnikov, Ranjeva, Shi, Koroma in za *ad hoc* sodnika.

27 Glej skupno odklonilno mnenje sodnikov Ranjeva, Shi in Koroma, § 3, str. 2.

28 Glej odklonilno ločeno mnenje sodnika *ad hoc*

Kreća, § 28, str. 14.

29 Kratek pregled položaja je predstavljen v §§ 88–99 sodbe iz leta 2007.

30 Ta strategija obrambe Srbije se bo v sodbi iz leta 2008 obrnila proti njej, kot bomo videli spodaj.

31 Louis Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Pariz, LGDJ, 1960, 136.

nezmožnost, da bi izrek ustvaril učinke nasproti tretjim državam izvira iz temeljnega načela mednarodnega prava, po katerem je norma učinkujoča le za tiste subjekte, ki so sodelovali pri njenem ustvarjanju.

Kljub temu pa, kot pravi Georges Scelle,³²

obstojajo tako v mednarodnem pravu kot v notranjem pravu odločitve objektivnega značaja, ki veljajo za vse pravne subjekte mednarodne skupnosti.

Na tem mestu gre torej za vprašanje meja pravnomočnosti odločitve Sodišča, če je to o določenem spornem vprašanju že odločilo, vendar pa istovetnost pravnih strank ni podana.

V sodbi iz leta 2007 se Sodišče temu vprašanju spretno izmakne. Z argumentativno pirueto in sklicevanjem na načelo pravnomočnosti se izogne soočenju z lastnimi protislovji. Iz vidika stroge pravne logike Sodišču ni mogoče očitati ničesar. V zadevni sodbi dobesedno razumevanje maksime *res judicata pro veritate habetur* pripelje do skrajnosti. Tak pristop pa omogoča hkratni obstoj dveh logično nezdržljivih resnic: med letoma 1992 in 2000 je Srbija imela in ni imela dostopa do Sodišča. Za Sodišče je razbremenilna okoliščina to, da zanj neprijeten položaj izhaja iz pravne zagonetke, ki jo je ustvarilo vprašanje jugoslovanskega nasledstvo in nezmožnosti celotnega sistema OZN, da sprejme neko jasno in nedvoumno stališče.

3 SPRETNOST INSTRUMENTALIZACIJE SODBE MAVROMMATIS

Hrvaška je 2. julija 1999 – dva meseca po vložitvi srbsko-črnogorskih tožb, ki so bile nato leta 2004 zavržene, – sprožila postopek proti FRJ zaradi kršitve obveznosti iz Konvencije o genocidu. Upravičeno se je bilo mogoče spraševati, kakšno bo stališče, ki ga bo Sodišče v primeru zavzelo, in komentatorji so z neestrpnostjo čakali na odločitev o predhodnih ugovorih Srbije. Sodišče je bilo primorano upoštevati dve vrsti okoliščin.

Po eni strani je bilo Sodišču težko, če ne kar nemogoče, trditi, da je v obdobju vložitve hrvaške tožbe Srbija imela dostop do mednarodnega

sodnega telesa. To bi bilo tudi v očitnem nasprotju s stališčem Sodišča iz leta 2004. Po drugi strani pa je bilo prav tako nepredstavljivo, da bi tožbo Hrvaške zavrnilo, saj je minilo manj kot leto dni od vsebinske odločitve v pravi BiH, ki se je nanašala na skoraj enako dejansko stanje v podobnih okoliščinah.

S premetenim trikom je Sodišče uskladilo svojo rešitev iz leta 2004 (Srbija takrat ni imela dostopa do Sodišča) z rešitvama iz let 1996 in 2007 (vsebinska presoja zatrjevanih kršitev Konvencije o genocidu). Razglasilo se za pristojno, nato pa skušalo zaključiti s dotedanjimi zapletanji, ponovnimi razlaganji in utemeljevanji prejšnjih sodb. V ta namen pa se poslužil razlogovanja v treh korakih.

Najprej začne z vprašanjem, ali in od kdaj ima država Srbije in Črne gore dostop do mednarodne sodne oblasti. Po mnenju Sodišča naj bi navkljub mnogim odločitvam v zvezi s toženo stranko v nobeni ne postavilo dokončne opredelitve samega položaja pravnih strank. Pri tem se Sodišče še vedno sklicuje na 59. člen lastnega Statuta. Trditev pa omehča s priznanjem, da je bila sposobnost Srbije biti stranka pred Sodiščem že obravnavana. Zato, zatrdi, mora poskrbeti za uskladitev svoje sodne prakse, pri čemer se že postavljenih rešitev lahko odmakne zgolj v primeru, da bi jo k temu zavezovale posebne okoliščine.³³ V pričujočem primeru se lahko sklicuje bodisi na sodbi iz let 1996 in 2007 in se torej razglasiti za pristojno ali pa se sklicuje na odločitve iz leta 2004 in hrvaško tožbo posledično zavrže. Vendar so odločitve v zadevah *Bosna in Hercegovina proti Srbiji* dokaj pomanjkljive, kar se tiče vprašanja dostopa Srbije do Meddržavnega sodišča, medtem ko je, nasprotno, v zadevah *Dopustna uporaba sile* Sodišče nedvoumno portdilo, da Srbija v aprilu 1999 do njega ni imela dostopa, ker takrat ni bila članica OZN. Sodišče je tako prisiljeno ponoviti stališče iz leta 2004, saj niso bile izkazane nobene posebne okoliščine, ki bi upravičevale drugačno rešitev glede tožb, ki so bile vložene v dvomesečnem razmiku. Srbija ima torej dostop do Meddržavnega sodišča šele od prvega novembra 2000 naprej. Posledično je

³³ Glej § 53: »Čeprav Sodišča njegove odločitve ne vejo, slednje ne bo odstopilo od obstoječe sodne prakse, razen če oceni, da so za odstop podani zelo tehtni razlogi«.

³² Georges Scelle, *Essai sur les sources formelles du droit international*, Mélanges Geny, Pariz, 1935, 426.

hrvaška tožba *a priori* nedopustna, saj se pristojnost Sodišča presoja po dnevu vložitve tožbe, kot slednje tudi samo opozori.³⁴

Po tem, ko je potrdilo veljavnost omenjenega načela, pa se Sodišče opre na *obiter dictum* sodbe Stalnega meddržavnega sodišča iz leta 1924 v zadevi *Mavrommatis*,³⁵ s čimer stopi v drugi del svojega utemeljevanja. Stalno meddržavno sodišče je takrat menilo, da se pomanjkanje procesnih predpostavk ob vložitvi tožbe lahko odpravi v imenu načela pravičnega sojenja, in sicer če je imel tožnik na dan razprave možnost na novo vložiti enako tožbo, ki pa bi bila dopustna. V našem primeru zdaj Sodišče razlaga, da – čeprav bi bila morala biti hrvaška tožba zavrnjena, ker Srbija ni imela sposobnosti nastopanja pred njim na dan vložitve tožbe – to procesno pomanjkljivost prav lahko odpravimo z vložitvijo enake tožbe po sprejemu Srbije v OZN. Če bi torej Hrvaška vložila tožbo 2. novembra 2000, se o pravni sposobnosti Srbije ne bi porajali nikakršni dvomi.³⁶ Sodišču tako preostane le še ugotovitev, ali je bilo v trenutku vložitve tožbe pristojno *ratione materiae*.³⁷ V danem primeru je podlaga za pristojnost, na katero se je skliceval tožnik, ponovno 9. člen Konvencije o genocidu.³⁸

Tretji del tega argumentativnega valčka nato obravnava vprašanje pravnega položaja Srbije v razmerju do Konvencije o genocidu. Srbija je v svojem zagovoru izpostavila dejstvo, da je pogodbenica Konvencije – h katere 9. členu je podala tudi pridržek – postala šele junija 2001, tj. dve leti po vloženi tožbi. Sodišče se naj zato ne bi moglo razglasiti za pristojno *ratione materiae*, četudi bi se sklicevalo na načela sodbe *Mavrommatis*. Na predlog Hrvaške pa se Sodišče vseeno odloči proučiti pravno težo že prej omenjene izjave iz aprila 1992, s katero se je FRJ štela zavezano vsem pogodbam, ki jih je podpisala nekdanja Jugoslavija. Bodoča Srbija je takrat izjavila:³⁹

Federativna republika Jugoslavija zagovarja načelo kontinuitete mednarodne pravne osebnosti in mednarodne politike SFRJ in bo strogo spoštovala vse mednarodne obveznosti SFRJ.

Nato Sodišče na zelo nejasen in iz vidika pravil o nasledstvu držav kar sporen način odloči, da se mora izjava iz leta 1992 obravnavati, kakor da učinkuje notifikacija nasledstva mednarodnih pogodb.⁴⁰

Med te pogodbe se med drugim seveda uvršča tudi Konvencija o genocidu. Za večino sodnikov je bila Srbija torej pogodbenica stranka te Konvencije že od leta 1992 naprej.

Hrvaško tožbo bi bilo zato nesmiselno zavreči, saj bi ta lahko v skladu z načeli sodbe *Mavrommatis* vložila novo tožbo brez procesnih pomanjkljivosti. Sodišče se tako razglasi za pristojno in zavrne prvi predhodni ugovor Srbije.⁴¹ Takšna rešitev, sprejeta v tej sodbi iz leta 2008, ima to odliko, da je uskladila dva nasprotujoča si pristopa, s katerima se je bilo Sodišče primorano soočiti. To mu seveda omogoči ohraniti vtis skladnosti svoje sodne prakse, prav gotovo pa hkrati poraja kar nekaj pomislekov.

Prvi pomislek. Sodišče se ne izreče niti o pomenu pristopa Srbije h Konvenciji o genocidu niti o njenem pridržku iz leta 2001 k 9. členu te konvencije. Glede na to, da je Sodišče zavzelo stališče, da Konvencija o genocidu Srbijo zavezuje od leta 1992 naprej, bi morala biti kasnejši pristop in pridržek obravnavana kot nična in neobstoječa. Ob tem se porodi vprašanje, zakaj Sodišče srbskega pridržka k 9. členu ni izrecno razveljavilo, če mu za to ni manjkalo argumentov.⁴² Ta molk Sodišča škodi še toliko bolj zato, ker se iz odsotnosti razveljavitve pridržka lahko sklepa, da pravilo glede dopustnosti tožb iz sodbe *Mavrommatis* dejansko ni bilo uporabljeno. V

34 Glej § 80 za sodniško utemeljitev tega procesnega pravila.

35 C.P.J.I., zadeva *Mavrommatis*, sodba, serija A, n02, 1924.

36 Glej § 77.

37 Glej § 91.

38 Glej zgoraj (op. 6).

39 Izjava, povzeta predvsem v sodbi iz 2008, glej §98.

40 Lahko bi komentirali pomen stavka: »izjava iz leta 1992 se mora obravnavati, kot da ima učinke notifikacije nasledstva k mednarodnim pogodbam«. Zakaj je ne bi opredelili kar kot notifikacijo nasledstva? Imamo na tem mestu opravka z novo vrsto pravnega akta?

41 Poleg prvega predhodnega ugovora Sodišče zavrne tudi tretjega. Glede drugega ugovora pa meni, da nima lastnosti predhodnega ugovora in bo zato obravnavan med postopkom o temelju zahtevka.

42 Glej predvsem uvodno izjavo sodnika Bennouna.

skladu z običajno razlago pravila se prvotna procesna pomanjkljivost lahko odpravi, če bi tožnik lahko postopek pred Sodiščem kadar koli sprožil na novno. To, da se Sodišče glede pristopa in pridržka Srbije iz leta 2001 ne opredeli,⁴³ nas napoljuje na sklep, da ju *ipso facto* ne šteje za nična. Vendar pa je v primeru, da je pridržek k 9. členu veljaven, potem težko razumeti, kako se Sodišče lahko razglasi za pristojno *ratione materiae* – razen če skupaj z Anne-Laure Vauris-Chaumette,⁴⁴ ki povzame razlogovanje sodnika Abrahama, pač zaključimo, da je tu Sodišče pravzaprav ustvarilo novo pravilo, ki tožniku daje dodaten rok, v katerem mora tožba pogoje izpolniti. Z besedami sodnika Abrahama⁴⁵ je

za razglasitev pristojnosti Sodišča potrebno in hkrati zadostno, da se procesne predpostavke za pristojnost izpolnejo v katerem koli trenutku po vložitvi tožbe.

Ker je torej sodniška večina menila, da Konvencija o genocidu Srbijo zavezuje od leta 1992 naprej, pravna veljavnost pristopa in pridržka iz leta 2001 nima pomena. Dejstvo je, da so bili pogoji dopustnosti hrvaške tožbe v določenem trenutku med vložitvijo tožbe in sodbo dejansko izpolnjeni. Če bi bilo sklepanje v resnici takšno, bi to izničilo načelo pravne varnosti, končno pa bi nasprotovalo tudi načelu pravičnega sojenja, ki je dalo temelj sodbi *Mavrommatis*. Zato lahko le upamo, da je več kot drzna razlaga, s katero je sodnik Abraham ubesedil postopanje Sodišča, samo njegovo videnje zadeve. Morda je mnenje, da pridržek iz leta 2001 nima pravne veljave, Sodišče preprosto podalo implicitno, ka pomeni, da je pravilo iz *Mavrommatisa*⁴⁶ vendarle uporabilo na običajen način.

Drugi pomislek. Prav lahko bi se tudi vprašali, zakaj se Sodišče ne sklicuje na načela iz sodbe *Mavrommatis* že v zadevah *Dopustna uporaba sile* iz leta 2004, saj je bilo tam dejansko stanje

podobno, le da je bila Srbija v vlogi tožeče stranke. Vendar pa Meddržavno sodišče v tej sodbi iz leta 2008 svojo odločitev iz leta 2004 pozorno utemelji. Če se je bilo tam izreko za nepristojno, je to zato, ker naj bi Srbija takrat še ne imela namena odpraviti procesne pomanjkljivosti, izvirajoče iz nezmožnosti, da pred Sodiščem nastopa kot stranka. Na tej točki je Sodišču težko oporekati:

*V posebnih okoliščinah, ki nastopajo v teh zadevah, bi bilo s strani Sodišča neupravičeno spregledati začetno nesposobnosti FRJ, da pred njim nastopa, rekoč da je to pomanjkljivost mogoče odpraviti tekom postopka. Medtem ko v pričujoči zadevi Hrvaška od Sodišča zahteva uporabo pravil iz sodbe *Mavrommatis*, takšna zahteva v letu 2004 s strani tožeče ni bila in logično tudi ni mogla biti.*

Bilo je namreč jasno, da Srbija pri svojih zahtevah ni imela namena vztrajati v obliki novih tožb.⁴⁷ Kljub temu Sodišče tako močno poudarja ravnanje Srbije v različnih spornih zadevah, da se zdi, kot da bi jo hotelo zaradi procesnega zavračanja kaznovati. To pa je seveda problematično. Najprej zato, ker je Sodišče sodna oblast, ki torej sodi na pravni podlagi in države ne sme kaznovati zaradi njenih strateških, četudi morda spornih odločitev.⁴⁸ Mar res lahko državi očitamo njeno argumentiranje, če tega s časom spreminja? Ali neka tožena stranka lahko v poznejšem postopku predstavi novo argumentacijo, ki prejšnji nasprotuje? Predvsem zato, ker je Hrvaška na svoji strani sloviti izjavi iz aprila 1992 vedno nasprotovala in ji odrekala vsakršno pravno veljavo. Upravičeno se zato lahko vprašamo, zakaj se je Sodišče odločilo upoštevati postopanje Srbije, ne pa tudi Hrvaške, ki se v skladu s tem ne bi mogla opreti na doktrino *estoppel*.

Končno je tu še zadnji pomislek, nanaša pa se na sodbo iz leta 2007. Bolj kot to, da se je oprlo na pravnomočnost sodbe iz leta 1996 in na pomanjkljivo argumentacijo, lahko obžalujemo, da

43 Glej § 96.

44 'Če jo dejstvo obtožuje, jo izid opravičuje': Sodba Meddržavnega sodišča o predhodnih ugovorih v zadevi Hrvaška proti Srbiji, *Annuaire de droit international*, vol. 54, 2008, CNRS éditions, 2009, 275–304.

45 Glej ločeno mnenje sodnika Abrahama, § 54, pou-darek dodan.

46 Glej v tem smislu izjavo sodnika Bennouna.

47 Stephan Wittich je opozoril, da je pisna vloga FRJ obsegala samo eno stran; glej: S. Wittich, *Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case*, *European Journal of International Law* (2007) 18, 591.

48 Glej v tem smislu odklonilno mnenje sodnika Ravnjeva.

Sodišče ni priznalo svoje pristojnosti na podlagi tistih argumentov, ki jih je uporabilo v zadevi Hrvatske iz leta 2008; to bi namreč vsem omenjenim sodbam dalo vsaj logično skladnost. Za takšno rešitev pa bi se Sodišče moralo odreči pristopu, ki se je precej bolj nagibal h kazuistiki kot pa k sistemizaciji razlogovanja v posamezni od obravnavanih zadev.

4 ZAKLJUČEK

Sodišče v vseh treh zadevah sodi tako, kot meni, da je v danem trenutku primerno, pri tem pa skuša *a posteriori* upravičiti še svoje poprejšnje odločitve. S tem popači določena načela pravičnosti; mislim tako na domet teorije o pravnomočnosti in vprašanje dostopa do Sodišča kakor tudi na novo razlago sodbe *Mavrommatis*. Sodišče s tem zapravi priložnost, da bi postalo glasnik mednarodnopravne resnice. Po tem ko preberemo vse zadevne odločitve, ostanemo povsem izgubljeni ob vprašanju položaja Srbije v odnosu do Organizacije združenih narodov v času od razpada Jugoslavije do včlanitve novembra 2000.

Sodišče enostavno ni hotelo priznati, da je leta 1996 storilo napako; pri vsem pa gre celo za opravičljivo napako, ki izhaja iz okoliščin, neločljivo povezanih s pomanjkanjem volje političnih organov OZN. Zdi se, da se je zadovoljilo z oporo na doktrino nezmotljivosti mednarodnega sodnika, pri tem pa dopustilo hkratni obstoj vzporednih resničnosti. Sodba iz leta 2007 je v luči navedenega še toliko bolj neupračljiva, ker so obstajale druge poti, po katerih bi Sodišče v tej prvi zadevi o genocida lahko razglasilo za pristojno.⁴⁹

Kljub argumentativnim akrobacijam, v katere se spusti Meddržavno sodišče v Haagu, primerjalna prečititev odločitev, ki se nanašajo na vprašanja položaja Srbije v odnosu do OZN, razkrije obstoj med sabo nezdržljivih logičnih nasprotij. V obdobju 1992 do 2000 je Srbija imela in hkrati ne imela dostop do Sodišča. Na koncu se torej lahko vrnemo k Schrödingerjevemu miselnemu poizkusu z mačko, ki je hkrati živa in mrtva, sočasnost teh dveh njenih stanj pa se lahko pre-

kine šele z opazovanjem. Zabavno je ugotoviti, da si je Schrödinger omenjeni poizkus zamislil z namenom, da pokaže na probleme, ki jih poraja tako imenovana *kopenhagenska razlaga* kvantne fizike, tj. miselna smer, ki se je opirala le na primernost pridobljenih izidov in zavračala proučevanje njihovih posledic, ne glede na protislovja, ki so jih te vzpostavljale.

Predstavitev avtorja

Vincent Souty je doktorand na CRDFED, Univerzi v Caen Basse-Normandie in ATER na Univerzi v Havru. Pripravlja disertacijo na temo *poustavljanja pristojnosti v izrednih razmerah; pod vodstvom prof. Lauréline Fontaine*. Ravno tako je sodelavec Študijske in raziskovalne skupine temeljnega, mednarodnega in primerjalnega prava (GREDFIC, Univerza v Havru) in član CEDIN-a (Brazilija) in GRIB-a.

Predstavitev prevajalcev

Ivo Lah je leta 2009 diplomiral na Pravni fakulteti v Ljubljani. Trenutno je pripravnik na Višjem sodišču v Ljubljani.

Mag. Živa Nendl je zaposlena na Službi Vlade za razvoj in evropske zadeve, na Oddeku za pravno in jezikovno ureditev EU. Študirala je na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, na Univerzi v Nancy-ju v Franciji ter na podiplomski ustanovi College of Europe. Med predsedovanjem Slovenije Evropski uniji je delala na Stalnem predstavništvu RS pri Uradu Združenih narodov v Ženevi, leta 2009 pa je bila članica ekipe Pravne fakultete Univerze v Ljubljani na tekmovanju René Cassin iz poznavanja Evropske konvencije o človekovih pravicah, ki je dosegla najboljšo uvrstitev med slovenskimi ekipami doslej.

49 Glej v tem smislu Vincent Souty, *La res judiciaire dans l'Affaire du Génocide* (CIJ arrêt du 27 février 2007), *Annuario brasileiro de direito internacional*, III, Vol. I, Belo Horizonte, CEDIN, 2008, 191–207.

Vincent Souty

La Serbie face à la Cour Internationale de Justice

Un chat de Schrödinger ?

L'article étudie les arrêts adoptés par la CIJ dans lesquels la Serbie était partie, soit en tant que défendeur, soit en tant que requérant. Dans les affaires étudiées ici, le problème de la capacité de la Serbie à ester devant la Cour a été contestée à plusieurs reprises, et les réponses apportées par la CIJ soulèvent un certain nombre de questions. L'auteur se propose, dans une présentation synthétique de ces décisions, d'expliquer quel a été le raisonnement des juges dans les différents arrêts et de comprendre comment la Cour a pu arriver à des solutions contradictoires quant au problème de l'accès à la CIJ de la Serbie entre 1992 et 2000. Cet article est issu d'une conférence, organisée par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED) et donnée à l'Université de Caen, le 27 mai 2010. L'auteur tient à remercier Mlle Marie Rota pour ses conseils et relectures.

Mots-clés: Cour International de Justice, justice internationale, autorité de la chose jugée, jurisprudence, compétence de la Cour, *jus standi*

1. INTRODUCTION

En 1935, le physicien Erwin Schrödinger imagine une expérience afin de démontrer que les résultats de la théorie naissante de la physique quantique, qui ne posent pas de problèmes à l'échelle des particules, heurtent, dès qu'on les transpose à l'échelle macroscopique, le sens commun. Ils aboutissent en effet à des situations paradoxales. Schrödinger propose d'enfermer un chat dans une boîte dans laquelle se trouve un dispositif d'alarme qui, lorsqu'il détecte la désintégration d'un atome radioactif, provoque un mécanisme qui libère un poison tuant l'animal. La théorie quantique affirme que tant qu'aucune observation n'est effectuée, l'atome se présente simultanément dans deux états : il est à la fois désintégré, et intact. Par voie de conséquence, le poison est lui-même libéré, et non-libéré ; le chat, mort et vivant. Le seul moyen de faire tomber cette superposition d'état est d'observer le résultat de l'expérience, en l'occurrence, ouvrir la boîte. C'est l'observation qui va réduire cette superposition à un seul état : atome intact ou désintégré, chat mort ou vivant.

On pourrait penser le monde du droit herméétique à la théorie quantique. Toutefois, une comparaison entre la situation de la Serbie et celle dudit chat n'est peut-être pas dénuée d'intérêt ; elle permet au moins de soulever le paradoxe issu des différents arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires où cet État était partie. Dans ceux-ci, la Cour n'a pas hésité à considérer la Serbie¹ comme une particule quantique, se présentant dans une superposition d'états contradictoires au regard de la question du statut de cet État vis-à-vis de l'ONU entre 1992 et 2000. La qualité de membre de l'organisation donne en effet accès au prétoire

¹ Les vicissitudes de l'histoire récente de cette région des Balkans ont amené la Serbie à changer plusieurs fois de dénomination, en fonction des différentes sécessions des anciennes républiques fédérées. En essayant de suivre les étapes, on utilisera successivement les noms de « République Fédérale de Yougoslavie » (ci-après RFY, pour la période couvrant les années 1992 à 2003), « Serbie-et-Monténégro » (de février 2003 à juin 2006), puis de « Serbie » (depuis le 3 juin 2006).

de l'organe judiciaire principal des Nations unies, en vertu de l'article 35 du Statut de la CIJ.

Le problème du statut de la Serbie au regard de l'ONU entre 1992 et 2000 est issue de la prétention de cet État à s'affirmer continuateur de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie, à la suite des proclamations d'indépendance des autres républiques fédérées yougoslaves. Combattue par ces dernières, cette prétention, affirmée dès avril 1992², n'a pas été généralement acceptée par les États membres de l'ONU, ni par les organes de celle-ci³. C'est ainsi que l'Assemblée générale des Nations unies a invité, dès 1992, la RFY à présenter une nouvelle demande d'adhésion à l'Organisation⁴. Mais jusqu'en 2000, la future Serbie a constamment maintenu sa position d'État continuateur et s'est donc considérée liée par les accords internationaux signés par la Yougoslavie, et comme membre des institutions auxquelles celle-ci était partie. Après la chute du régime de Milošević, la RFY change de position, et le président Koštunica, nouvellement élu, présente une demande d'admission à l'ONU qui est acceptée le 1er novembre 2000.

Mais cette admission n'a pas levé le doute quant à la situation de la Serbie vis-à-vis de l'ONU pour la période antérieure. L'étude des différents arrêts rendus par la CIJ montre les errements de la Cour, qui n'a finalement pas réussi à dégager une solution univoque, se laissant enfermer dans les contraintes argumentatives de sa politique jurisprudentielle. Il s'agira dans cet article d'étudier les trois affaires qui ont impliqué l'État serbe, que ce soit en tant que défendeur ou en tant que requérant, et les solutions auxquelles a abouti la Cour en ce qui concerne le problème de sa compétence.

2 Dans une déclaration et une note, en date du 27 avril 1992, qui émanaient de la représentation diplomatique de la RFY, il était affirmé que celle-ci assurait la continuité de l'ex-Yougoslavie et respecterait les engagements souscrits par cette dernière. Cf. *infra* (n. 40).

3 Pour un résumé de la relation complexe entre la RFY et l'ONU, cf. Vojin Dimitrijević & Marko Milanović, 'The Strange Story of the Bosnian Genocide Case', *Leiden Journal of International Law* (2008) 21, 78.

4 Cf. Résolution 47/1 (1992) de l'Assemblée générale en date du 22 septembre 1992.

Dans la première affaire, *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Bosnie-Herzégovine a déposé une requête en mars 1993 par laquelle elle demande à la Cour de se prononcer sur le comportement de la RFY au regard de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁵. L'article IX de cette convention prévoit en effet la compétence à la CIJ pour connaître des différends portant sur les obligations des parties à ce traité⁶. Dans un premier arrêt rendu en 1996⁷, la Cour rejette les six exceptions préliminaires⁸ soulevées par la RFY et se reconnaît compétente pour juger au fond.

Ultérieurement, la RFY décide en 2001 de déposer une requête en révision de l'arrêt de 1996, sur le fondement de l'article 61 du Statut⁹.

5 Ci-après « Convention sur le Génocide », signée le 9 décembre 1948. C'était la première fois que la Cour était saisie d'un contentieux ayant trait à cette convention.

6 Convention sur le Génocide (n. 5), article IX : « différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation l'application ou l'exécution de la présente Convention y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend. »

7 *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, arrêt, *CIJ Recueil* 1996, p. 595

8 La RFY faisait valoir six arguments pour conclure à l'incompétence de la Cour en l'espèce : (1) la guerre civile de Yougoslavie excluait l'existence d'un différend international ; (2) le président de la Bosnie-Herzégovine n'avait pas la compétence pour saisir la Cour ; (3) la Bosnie-Herzégovine n'était pas partie à la Convention sur le Génocide ; (4) il n'existait pas de différend international au sens de l'article IX de la Convention sur le Génocide ; (5) le demandeur n'ayant adhéré à l'ONU que le 29 mars 1993, la requête devait être considérée irrecevable ; (6) et enfin, quand bien même la Cour aurait considéré que le demandeur avait adhéré à cette Convention dès le 29 décembre 1992, le Défendeur affirmait que toutes les demandes concernant des faits antérieurs à cette date échappaient au ressort de la Cour.

9 La révision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu

Elle demande alors à la Cour de réexaminer son arrêt, en vertu d'un fait nouveau apparu postérieurement au rendu du jugement, et dont la connaissance est susceptible d'amener à une solution différente : son adhésion à l'ONU le 1er novembre 2000. Selon la RFY, cette adhésion prouve qu'auparavant elle n'était pas membre de l'ONU, et qu'elle n'avait donc pas accès à la juridiction de la Cour. Par un arrêt de 2003¹⁰, la CIJ rejette la demande en considérant, de manière assez formaliste, qu'il ne s'agissait pas d'un « fait nouveau » au sens de l'article 61 du Statut. La Cour considère en effet que cette adhésion n'a pas rétrospectivement changé la position *sui generis* (sic) qui était celle de la RFY entre 1992 et 2000¹¹.

Parallèlement à cette requête en révision, la Serbie a présenté, en 2001, une « initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence » par laquelle elle demande à la Cour d'examiner à nouveau sa compétence, dans la procédure qui est alors pendante depuis l'arrêt de 1996. La CIJ accepte bien de réexaminer la question de sa compétence, et ce, avant même d'envisager la question de la violation de la Convention sur le génocide. Mais c'est pour finalement conclure, au bout de 141 paragraphes, que la question soulevée par la Serbie n'est pas nouvelle et que le principe de l'autorité de la chose jugée interdit que l'on puisse revenir dessus. Sa compétence confirmée, la Cour peut finalement juger au fond et condamnera la Serbie pour non-respect de son obligation de prévention du génocide¹².

La deuxième affaire, *Licéité de l'emploi de la force*, a été introduite par la RFY suite aux bombardements de l'OTAN de mars 1999. Le 29 avril de cette même année, la RFY assigne en justice

huit États membres de l'OTAN¹³ sur le fondement de l'article IX de la Convention sur le Génocide. Dans ses arrêts de 2004¹⁴, la CIJ rejette les requêtes serbes en constatant qu'au moment du dépôt de celles-ci, cet État n'était pas membre de l'ONU et n'avait donc pas accès à la Cour. Un an après la demande en révision de 2001, et en contradiction avec ce qu'elle avait alors sembler affirmé, au moins de manière implicite, la Cour considère désormais qu'avant son adhésion, en 2000, la RFY n'avait pas accès à la CIJ.

La troisième affaire, *Croatie c. Serbie, Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, est introduite par une requête de la Croatie le 2 juillet 1999 ; celle-ci allègue des violations de la Convention sur le génocide commises par la RFY. Dans son arrêt de 2008¹⁵, la Cour rejette les exceptions préliminaires soulevées par la Serbie¹⁶ et se reconnaît compétente pour trancher sur le fond le litige. L'affaire est toujours pendante.

Dans ces différents arrêts, alors même qu'elle considère une période identifiée, entre 1992 et 2000, la CIJ aboutit à différentes solutions au problème de savoir si la Serbie avait, ou non, accès à elle. Pour parer aux critiques, la Cour a tenté d'apporter une justification logique et théorique aux confusions introduites par les divergences des jurisprudences dans les deux dernières décisions, rendues en 2007 et 2008. A cet effet, afin de légitimer sa politique jurisprudentielle, elle utilise ses anciens arrêts comme

de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer.

- 10 Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 2003, p. 7
- 11 Cf. la décision sur la *Demande en révision* (n. 10), §71.
- 12 Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt, *CIJ Recueil* 2007.

13 Il s'agissait de la Belgique, du Canada, de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal et du Royaume-Uni.

14 Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 2004, p. 279.

15 Croatie c. Serbie, Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 2008.

16 À titre principal, la première exception préliminaire de la Serbie affirmait que, faute pour cet État d'avoir été membre de l'ONU avant 2000, il ne pouvait être attrait devant la Cour ; à titre subsidiaire, la Serbie affirmait que la Cour ne pouvait être compétente pour les faits antérieurs à la création de la RFY (27 avril 1992) et enfin, que certaines demandes spécifiques du requérant étaient sans objet.

autant de palimpsestes, en procédant à leur réécriture pour justifier ses solutions et permettre de garder une cohérence, qui ne se conçoit alors plus que formellement. Nous verrons dans une première partie comment la Cour a détourné la théorie de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) en réécrivant son arrêt de 1996 pour pouvoir retenir sa compétence dans l'affaire contre la Bosnie-Herzégovine. Dans une seconde partie, nous détaillerons les contorsions argumentatives utilisées par la Cour pour reconnaître sa compétence dans l'affaire contre la Croatie.

2. LA *RES JUDICATA* ET LA RÉÉCRITURE DE L'ARRÊT DE 1996

Dire d'une décision qu'elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée implique qu'une question déjà tranchée ne soit à nouveau soulevée par les mêmes parties devant une juridiction. La seule façon de remettre en cause un arrêt de la CIJ passe par l'article 61 de son Statut¹⁷. Du point de vue du droit international, la *res judicata* doit se comprendre dans l'optique de la préservation de la paix et de la sécurité juridique : il s'agit d'éviter qu'un point tranché ne soit indéfiniment débattu devant le juge international et par conséquent, d'assurer la capacité de la justice internationale à mettre un terme à un litige. Identifier si une question est revêtue de l'autorité de la chose jugée nécessite de constater la présence de trois éléments : un élément subjectif (il faut que soient concernées les mêmes parties) et deux éléments objectifs (on doit relever une identité de *demande* et une identité de *cause* venant supporter celle-ci¹⁸). La distinction entre les deux éléments objectifs est importante, puisqu'une seule demande peut être fondée sur différentes causes, sur différents arguments.

En l'espèce, il y a bien identité de parties au litige entre l'arrêt de 1996 et celui de 2007¹⁹, et également identité de demande : la Serbie affirme l'incompétence de la Cour pour connaître de cette affaire. C'est sur le dernier élément, l'identité de cause, que le débat se cristallise. Selon le défendeur, il s'agit d'une question nouvelle, puisque l'impossibilité pour lui d'accéder à la CIJ n'a pas été posée auparavant : en 1996, la Cour n'aurait répondu qu'aux six exceptions préliminaires soulevées par la RFY et ne se serait pas attachée au point de savoir si cet État pouvait ester devant la Cour. Le fait est qu'aucune des deux parties n'a soulevé cet argument lors des plaidoiries écrites ou orales qui ont précédé l'arrêt sur les exceptions préliminaires. D'une part, la Bosnie n'avait aucun intérêt à soulever ce point qui aurait impliqué l'irrecevabilité de sa requête ; d'autre part, la Serbie, en 1996, se prétendait État continuateur de la RFSY et, en tant que tel, membre de l'ONU et partie au Statut de la CIJ.

Dans un premier temps, la CIJ reconnaît d'ailleurs n'avoir répondu explicitement que sur les exceptions soulevées par le défendeur ; mais c'est pour rappeler aussitôt ce qu'elle affirmait avec force dans ses décisions de 2004²⁰ : la question de l'accès à la Cour est une question d'ordre public, et la juridiction doit s'assurer de la capacité des parties à ester devant elle avant même de se pencher sur les problèmes de compétence *ratione materiae*²¹. Elle conclut dès lors que ce point a été tranché, de manière implicite, lors de la phase préliminaire qui s'est achevée avec l'arrêt du 11 juillet 1996. En acceptant d'examiner les exceptions d'incompétence *ratione materiae* ou *tempore*, soulevées par la RFY, la Cour a formulé, implicitement, la conclusion selon laquelle elle considérait que le défenseur avait accès à elle²².

17 Cf. *supra* (n. 9).

18 C'est ce qui correspond à la motivation de la décision. Elle comprend non seulement la conclusion de ce qui a été exposé par le juge, mais encore les constatations qui l'ont amenée à sa conviction. Pour un aperçu exhaustif, cf. Leonardo Nemer Caldeira Brant, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 119, Paris, L.G.D.J., 2003.

19 La CIJ s'est, préalablement, efforcée de reconstituer l'historique du défendeur pour confirmer que la Serbie était l'État continuateur de l'ancienne RFY : cf. §§ 67 à 79 de l'arrêt de 2007.

20 Cf. l'arrêt éité de l'emploi de la Force (n. 14), § 36.

21 L'arrêt Licité de l'emploi de la Force (n. 14), § 122.

22 § 133: « n'est besoin pour elle, aux fins de la présente procédure, d'aller au-delà de cette conclusion en examinant par quel cheminement elle y est parvenue. [...] [L]fait est que la Cour n'aurait pu trancher l'affaire au fond si le Défendeur n'avait pas la capacité, en vertu du Statut, d'être partie à une procédure devant la Cour ». Elle ajoute : « la

Les trois éléments constitutifs de la *res judicata* sont donc identifiés, la Cour peut alors poursuivre l'examen de l'affaire au fond. D'un point de vue formel, le raisonnement est inattaquable. De nature pré-préliminaire, la question de l'accès d'un État à la CIJ, étant d'ordre public, peut être soulevée d'office par la Cour, opération censée être systématiquement – même implicitement – étudiée par la Cour.

Si l'argumentation de la CIJ dans cet arrêt de 2007 peut séduire d'un point de vue logique et formaliste, la contradiction flagrante des arrêts de 1996 et 2007 avec la solution dégagée en 2004 pose problème. Dans les espèces de 2004, la Cour a en effet affirmé que la RFY n'était pas membre de l'ONU, et donc pas partie au Statut de la CIJ, à la date du dépôt des requêtes serbes, en mars 1999. Or, cette décision de 2004 est la première qui analyse de manière claire et, semble-t-il, univoque, le statut de la RFY vis-à-vis de l'ONU entre 1992 et la date de son adhésion²³.

On peut alors légitimement s'interroger quant au raisonnement « implicitement » mené par la CIJ, et sur le fait de savoir si elle s'est réellement posée cette question de l'accès de la RFY à la Cour dans son arrêt de 1996. On peut d'abord s'étonner de l'absence de motivation explicite dans la décision de 1996. Le problème de la capacité du défendeur à comparaître devant la juridiction est en effet, selon la Cour, fondamental. Or l'article 56 §1 du Statut pose l'obligation de motiver ses arrêts²⁴. L'idée d'un raisonnement sous-entendu paraît difficilement conciliable avec cet article, comme l'ont justement remarqué

certaines juges²⁵. N'y a-t-il pas là un manquement de la part de la juridiction aux prescriptions de son propre Statut ? La réponse n'est pas si évidente. En effet, la Cour aurait pu faire valoir qu'aucune des deux parties au litige n'ayant soulevé ce problème d'accès, elle n'avait pas nécessairement besoin de présenter ses arguments de manière explicite dans son arrêt.

Toutefois, deux autres indices autrement plus convaincants viennent alimenter le doute. En premier lieu, on peut se référer aux déclarations jointes de sept des quinze juges de l'instance, dans lesquelles ils expriment leur désaccord, non pas forcément sur le dispositif (reconnaissance de la compétence de la Cour), mais sur le raisonnement retenu en l'espèce (l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de 1996)²⁶. Parmi eux, on remarque que les juges Ranjeva, Shi, Koroma et Kreća siégeaient déjà lors de la phase préliminaire de 1996. Les trois premiers affirment d'ailleurs dans leur opinion dissidente commune que la question de l'accès à la Cour du défendeur²⁷ :

was neither raised at any time by any of the Parties to the proceedings nor discussed directly or indirectly in the text of the 1996 Judgment.

Le juge ad hoc Kreća va plus loin, en affirmant que, non seulement la question de l'accès n'a pas été résolue dans l'arrêt portant sur les exceptions préliminaires, mais que, même²⁸ :

the Court's first position, embodied in the 1996 Judgment, could be characterized as that of clearly avoiding the question.

Surtout, et cela vient confirmer les affirmations des juges dissidents, aucun organe de l'ONU n'avait alors tranché la question du statut de la RFY vis-à-vis de l'ONU ; une grande confusion régnait d'ailleurs, comme l'a relevé la Cour à plusieurs reprises dans ses différents arrêts²⁹. Elle a qualifié en 2003 la position de défendeur par

décision de la Cour selon laquelle elle avait compétence en vertu de la Convention sur le génocide doit donc être interprétée comme comprenant implicitement la conclusion que toutes les conditions relatives à la capacité des États à se présenter devant elle étaient remplies ».

23 Cf. la décision éitée de l'emploi de la force (n. 14), § 91 : « Cour conclut que, au moment où il a déposé sa requête pour introduire la présente instance devant la Cour, le 29 avril 1999, le demandeur en l'espèce, la Serbie-et-Monténégro, n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, en cette qualité, partie au Statut de la Cour internationale de Justice. »

24 « L'arrêt est motivé » ; la version anglaise est plus parlante : « *The judgment shall state the reasons on which it is based* ».

25 Voir ainsi la déclaration du juge Skotnikov (p. 2), ainsi que l'opinion dissidente des juges Ranjeva, Shi et Koroma (p. 2, §3).

26 Il s'agit des juges Owada, Tomka, Skotnikov, Ranjeva, Shi, Koroma et du juge ad hoc.

27 Cf. *Joint dissenting opinion of judges Ranjeva, Shi and Koroma*, §3, p.2

28 Cf. *Separate opinion of Judge ad hoc Kreća*, §28, p.14.

29 Un aperçu sommaire de la situation est présenté aux paragraphes 88 à 99 de l'arrêt de 2007.

rapport à l'ONU de *sui generis*, expression qui fait plus ici allure de trompe-l'œil que de réel outil de catégorisation juridique. La Cour a soigneusement évité de se prononcer sur ce point jusqu'en 2004. Et si elle l'a alors fait, c'est parce que la Serbie l'a provoqué en cherchant délibérément à obtenir, dans ces affaires *Licéité de l'emploi de la force*, une déclaration d'incompétence, dans le but de pouvoir se servir de ces espèces pour pouvoir contester, ultérieurement, l'arrêt de 1996³⁰. Puisque la Cour, en 2004, a rejeté les requêtes de la Serbie-et-Monténégro en se basant sur le fait que cet État ne pouvait avoir eu accès à la Cour en 1999, *a fortiori*, on pouvait penser alors que l'ancienne RFY n'aurait pu, selon cette analyse, comparaître devant la Cour en 1996. Dès lors, tirer les conséquences de la position de 2004 aurait dû inciter la Cour à se déclarer, finalement, incompétente en 2007 et à reconnaître son erreur d'appréciation de 1996. Mais, politiquement parlant, il aurait été délicat pour la Cour de revenir, quatorze ans après l'introduction de l'instance par la Bosnie-Herzégovine sur sa décision de 1996, et de finalement déclarer la requête bosniaque irrecevable, alors qu'il s'agissait au surplus de la première affaire où la Convention sur le Génocide était invoquée.

Pour évacuer le problème tiré de l'incompatibilité entre l'arrêt de 1996 et ceux de 2004, la Cour va rappeler que l'article 59 de son Statut stipule que ses décisions ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé : l'autorité de la chose jugée ne vaut pas pour les tiers à la procédure. Puisque la Bosnie-Herzégovine n'était pas partie aux affaires de 2004, on ne peut lui opposer la solution retenue en l'espèce. Comme l'affirme Louis Delbez³¹, en droit international,

l'impossibilité pour la sentence de produire des effets à l'égard des États tiers découle du principe même qui est à la base du droit international et d'après lequel une norme n'est efficace qu'à l'égard des sujets qui ont pris part à sa création.

Pourtant, comme le remarque Georges Scelle³² :

[i]l est en droit international comme en droit interne, des décisions à caractère objectif qui valent pour tous les sujets de droit de la communauté internationale considérée.

Le problème soulevé ici concerne le point de savoir quelle peut être la portée d'une décision de la CIJ, lorsque celle-ci ne concerne pas les mêmes parties, mais que la question posée est la même que dans une autre espèce, et que la Cour y a déjà répondu.

Dans son arrêt de 2007, la Cour esquivait cette question. La pirouette argumentative de l'arrêt de 2007 et l'utilisation de l'autorité de la chose jugée lui permettent d'éviter l'écueil d'être placée devant ses propres contradictions. Du point de vue de la stricte logique juridique, on ne peut rien lui reprocher. Dans cet arrêt de 2007, elle pousse jusqu'à son extrême la traduction littérale de la maxime *res judicata pro veritate habetur* ; en l'espèce elle permet à deux vérités, inconciliables logiquement, de coexister : la Serbie avait et n'avait pas accès à la Cour entre 1992 et 2000. À sa décharge, on remarque toutefois que sa délicate position a pour origine un imbroglio juridique, né du problème de la succession de la Yougoslavie et de l'incapacité du système des Nations Unies à adopter une position claire et univoque.

3. UNE INSTRUMENTALISATION HABILE DE LA JURISPRUDENCE MAVROMMATIS

Le 2 juillet 1999, deux mois après le dépôt des requêtes serbo-monténégrines qui ont donné lieu aux arrêts de rejet de 2004, la Croatie saisit à son tour la Cour, à l'encontre de la RFY, pour violations de ses obligations en vertu de la Convention sur le Génocide. On pouvait légitimement s'interroger sur la position qu'adopterait la CIJ en l'espèce, et les commentateurs attendaient avec impatience cet arrêt portant sur les exceptions préliminaires soulevées par la Serbie. La Cour

30 Cette stratégie de défense de la Serbie se retourne-
ra d'ailleurs contre lui dans l'arrêt de 2008 (cf. *infra*).

31 Louis Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1960, p.136.

32 Georges Scelle, « Essai sur les sources formelles du droit international », *Mélanges Geny*, Paris, 1935, p. 426.

devait en effet prendre deux considérations en compte.

D'un côté, il lui était difficile, voire impossible, d'affirmer qu'à l'époque du dépôt de la requête croate, la Serbie avait finalement accès à la juridiction internationale. C'eût été en complet désaccord avec sa position de 2004. D'un autre côté, il n'était pas davantage concevable pour la Cour de rejeter la requête croate moins d'un an après avoir tranché au fond le litige soulevé par la Bosnie-Herzégovine, qui concernait des faits quasi-concomitants, dans un contexte similaire.

La Cour va donc opérer un subtil tour de passe-passe en dégageant une solution qui lui permette de concilier les solutions de 2004 (la Serbie n'avait pas accès à la Cour en 1999) avec la solution déagée en 1996-2007 (examen des violations alléguées à la Convention sur le génocide). Aussi, va-t-elle finalement se reconnaître compétente dans cette décision, dans laquelle elle va également essayer de mettre un terme à ses errements précédents, quitte à réinterpréter, réécrire ses arrêts antérieurs. Pour ce faire, la Cour suit un raisonnement ternaire.

Elle commence d'abord par regarder si, et depuis quand, la Serbie-et-Monténégro a accès à son prétoire. Selon la Cour, malgré la profusion de décisions rendues concernant le défendeur, aucun arrêt n'a établi une affirmation définitive à l'égard des parties. La Cour se réfère toujours ici à l'article 59 du Statut. Elle vient toutefois nuancer son propos en constatant qu'elle a déjà eu à traiter de la capacité de la Serbie à apparaître devant la Cour. Elle affirme alors qu'elle se doit d'opérer un travail de mise en cohérence de sa jurisprudence et ne peut s'écarter d'une solution que lorsque des circonstances particulières l'y obligent³³. En l'espèce, elle peut soit se référer aux arrêts de 1996-2007 et retenir sa compétence, soit se référer aux décisions de 2004 et rejeter la requête croate. Mais les décisions dans l'affaire *Bosnie contre Serbie* sont pour le moins lacunaires en ce qui concerne le problème de l'accès à la CIJ par la Serbie, alors que, inversement, dans les affaires *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a affirmé, sans ambiguïté, que la Serbie ne pouvait

valablement l'avoir saisi en avril 1999, faute pour elle de ne pas avoir alors été membre de l'ONU. La Cour est alors contrainte de reprendre sa solution de 2004, aucune circonstance particulière ne justifiant une solution différente, s'agissant de requêtes déposées à deux mois d'intervalle : la Serbie n'a accès à la CIJ que depuis le 1^{er} novembre 2000. La requête croate est donc a priori irrecevable car, comme la Cour le rappelle, sa compétence s'apprécie au jour du dépôt³⁴.

Mais après avoir réaffirmé ce principe, la CIJ va invoquer un *obiter dictum* de l'arrêt concernant l'*Affaire des concessions palestiniennes de Mavrommatis*³⁵, rendu par la Cour permanente de justice internationale en 1924. C'est le deuxième temps du raisonnement. La CPIJ avait alors considéré qu'un défaut procédural lors du dépôt de la requête pouvait être couvert au nom d'une bonne administration de la justice si, à la date de l'audience, le demandeur avait la faculté de déposer à nouveau une requête identique qui aurait alors été recevable. En l'espèce, la Cour considère que, quand bien même la requête croate aurait dû être rejetée en raison de l'impossibilité d'attirer la Serbie à la date du dépôt de la requête, ce défaut pourrait être contourné par le dépôt d'une requête identique, postérieure à l'admission du défendeur à l'ONU. Ainsi, si la Croatie avait déposé sa requête le 2 novembre 2000, la capacité de la Serbie à ester devant la Cour n'aurait pas été mise en doute³⁶. Dès lors, il lui reste à rechercher s'il existait, au moment du dépôt de la requête, une base de compétence *ratione materiae*³⁷. En l'espèce, la base de compétence invoquée par le requérant est tirée, une nouvelle fois, de l'article IX de la Convention sur le Génocide³⁸.

Durant le troisième temps de cette valse argumentative, la Cour va alors se pencher sur le statut de la Serbie à l'égard de ce traité. Dans ses plaidoiries, le défendeur remarque qu'il n'est devenu partie à la Convention, en posant par ailleurs une réserve à cet article IX, qu'en juin 2001,

33 Cf. §53 : « quoique ces décisions ne s'imposent pas à la Cour, celle-ci ne s'écartera pas de sa jurisprudence établie, sauf si elle estime avoir pour cela des raisons très particulières. »

34 Cf. §80 pour la justification de cette règle procédurale par la Cour.

35 CPIJ, *Affaire des concessions palestiniennes de Mavrommatis*, arrêt, série A, n°2, 1924

36 Cf. § 77.

37 Cf. § 91.

38 Cf. *infra* (n. 6).

soit deux ans après l'introduction de l'instance. La Cour ne pourrait donc pas se reconnaître compétente, quand bien même elle ferait application de la jurisprudence *Mavrommatis*. Mais, à l'invitation de la Croatie, la CIJ va décider d'examiner la déclaration, déjà mentionnée, d'avril 1992 par laquelle la RFY s'estimait liée par l'ensemble des traités signés par l'ex-Yougoslavie et va analyser sa portée juridique. La future Serbie déclarait alors³⁹ :

La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l'État et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international.

La Cour affirme alors de manière inopportunément obscure, et pour tout dire contestable au regard des règles de succession des États, que⁴⁰

la déclaration de 1992 doit être considérée comme ayant eu les effets d'une notification de succession à des traités.

Or, parmi ceux-ci, figurent notamment la Convention sur le génocide. Pour la majorité des juges, la Serbie y était donc partie depuis 1992.

Il serait alors inutile de rejeter la requête de la Croatie, puisque celle-ci pourrait, en vertu de la jurisprudence *Mavrommatis*, déposer une nouvelle requête tout à fait valablement. La Cour reconnaît donc sa compétence, et rejette la première exception préliminaire de la Serbie⁴¹. Cette solution, retenue dans cet arrêt de 2008, présente l'avantage de concilier les deux considérations initiales auxquelles la Cour avait

à faire face. Cela lui permet certes de laisser une impression de cohérence dans sa jurisprudence interne, mais n'est pas sans soulever quelques interrogations.

En premier lieu, la Cour reste muette sur la valeur de l'adhésion par la Serbie à la Convention sur le génocide et, surtout, sur la réserve à l'article IX que l'État a posé lors de cette adhésion en 2001. Étant donné que la Cour considère ici que la Serbie était liée à la Convention sur le génocide depuis 1992, l'adhésion et la réserve subséquente devraient donc être considérées comme nulles et non avenues. Dès lors, on peut se demander pourquoi la Cour n'a pas annulé de manière explicite la réserve serbe à l'article IX, les arguments en faveur de l'annulation ne manquant pas⁴². Ce silence de la Cour est d'autant plus dommageable que l'absence d'annulation de la réserve donne à penser que la Cour n'a pas vraiment appliqué la règle tirée de la jurisprudence *Mavrommatis* en matière de recevabilité des requêtes. Selon la règle traditionnelle, en effet, un défaut procédural initial pouvait être couvert si le demandeur avait pu, à tout moment, saisir la Cour de nouveau. En refusant de se prononcer sur l'adhésion et la réserve de 2001⁴³, la Cour laisse à penser qu'elle ne considère pas *ipso facto* l'adhésion de 2001 et la réserve qui lui est attachée comme nulles. Mais si cette réserve à l'article IX est valable, on ne voit pas, dès lors, comment la Cour peut retenir cette base de compétence *ratione materiae* en l'espèce. A moins de considérer, à la suite de Anne-Laure Vaurs-Chaumette⁴⁴ qui reprend le raisonnement du juge Abraham, que la Cour a en fait créé une règle nouvelle, qui assure au requérant un délai de régularisation de sa requête. Pour reprendre les mots du juge, « pour que la Cour se déclare compétente, il faut et il suffit que les conditions de sa compétence aient été réunies à un moment quelconque depuis l'introduction de l'instance »⁴⁵.

39 Déclaration reproduite notamment dans l'arrêt de 2008, cf. § 98.

40 On pourrait gloser sur le sens de cette proposition « considérer comme ayant les effets d'une notification ». Pourquoi ne pas la qualifier de notification de succession ? S'agit-il là d'une nouvelle catégorie d'acte juridique ?

41 Outre la première exception préliminaire, la Cour décide de rejeter également la troisième et considère la deuxième ne présente pas les caractères d'une exception préliminaire et sera étudié lors de la procédure au fond.

42 Cf. la déclaration individuelle du juge Bennouna notamment.

43 Cf. §96.

44 « "Si le fait l'accuse, le résultat l'excuse" : l'arrêt de la CIJ sur les exceptions préliminaires dans l'affaire Croatie/Serbie », *Annuaire de droit international*, vol. 54, 2008, CNRS éditions, 2009, pp. 275–304,

45 Cf. opinion individuelle du juge Abraham, § 54, emphase ajoutée.

En l'espèce, dès lors que la majorité a considéré que la Serbie était liée depuis 1992 à la Convention sur le Génocide, peu importe la validité juridique de l'adhésion et de la réserve de 2001. Le fait est qu'à un moment donné, entre la date de l'introduction de l'instance et la date du jugement, les conditions de recevabilité de la requête croate ont bien été réunies. Ce raisonnement, s'il était effectivement confirmé, ruinerait le principe de sécurité juridique et finalement mettrait à mal le principe de la bonne administration de la justice, qui justifiait la jurisprudence *Mavrommatis*. On peut toutefois espérer que cette interprétation plus qu'audacieuse du raisonnement de la Cour, tenue par le juge Abraham, ne soit qu'une extrapolation : ainsi, la Cour aurait simplement considéré implicitement que la réserve de 2001 n'avait pas de valeur juridique et aurait finalement appliqué de manière plus traditionnelle la règle tirée de la jurisprudence *Mavrommatis*⁴⁶.

En deuxième lieu, on peut se demander pourquoi la Cour n'a pas appliqué cette jurisprudence dès les affaires *Licité de l'emploi de la force* en 2004. En effet, on se trouvait alors exactement dans le même cas de figure, la Serbie étant alors requérant. Mais la CIJ prend soin dans cet arrêt de 2008 de justifier sa décision de 2004. Si elle s'est alors déclarée incompétente, c'est que la Serbie ne comptait pas remédier au défaut procédural constitué de l'impossibilité pour elle d'ester devant la CIJ. Il est ici difficile de lui donner tort sur ce point : « Il eût été, dans les circonstances particulières de ces affaires, dépourvu de justification, de la part de la Cour, de passer outre au défaut initial de capacité de la RFY à la saisir, pour le motif que ce défaut avait été couvert en cours d'instance. Si, dans la présente affaire, la Croatie demande à la Cour d'appliquer la jurisprudence issue de l'arrêt *Mavrommatis*, une telle demande n'avait pas été, et ne pouvait pas logiquement être, formulée par l'Etat requérant en 2004 ». Il était en effet clair que la Serbie n'avait pas l'intention de maintenir ses demandes sous la forme de nouvelles requêtes⁴⁷.

46 Cf. en ce sens, la déclaration du juge Benouna.

47 Stephan Wittich confirme en rappelant que la RFY n'a déposé qu'une seule page d'observations écrites ; cf. S. Wittich, 'Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the *Genocide Case*', (2007) 18 *European Journal of International Law* 591.

Toutefois, la Cour insiste ainsi largement sur le comportement de la Serbie dans les différentes affaires contentieuses et semble même vouloir la sanctionner pour son comportement dilatoire dans les procédures où elle était partie. Mais cela pose problème. D'abord, parce que la Cour est une juridiction qui, à ce titre, juge en droit, et ne doit pas faire payer à un État les conséquences de ses choix stratégiques, mêmes discutables⁴⁸. Peut-on reprocher à un État son argumentation, même si celle-ci varie avec le temps ? Un défendeur dans une instance antérieure peut-il soutenir une argumentation nouvelle et contraire à celle qu'il a exposée auparavant ? Ensuite et surtout, parce que de son côté, il est constant que la Croatie a toujours contesté la fameuse déclaration d'avril 1992 en lui déniait toute valeur juridique. On peut alors légitimement se demander pourquoi la CIJ décide de prendre en compte le comportement de la Serbie sans s'attacher à celui de la Croatie, qui ne pouvait ainsi prétendre pouvoir s'appuyer sur l'estoppel.

Une dernière remarque, enfin, concerne l'arrêt de 2007. Plutôt que de s'appuyer sur la *res judicata* de l'arrêt de 1996 et une argumentation lacunaire, on peut regretter que la Cour n'ait reconnu sa compétence sur la base des mêmes arguments que dans l'affaire croate, ce qui aurait permis, à tout le moins, d'obtenir une cohérence logique dans tous ces arrêts. Cette solution eût été envisageable si la Cour avait bien voulu abandonner une démarche relevant plus de la casuistique que d'un effort de systématisation des raisonnements tenus dans chaque espèce.

4. CONCLUSION

Pour chacune des trois affaires, la Cour juge en opportunité tout en essayant de justifier ses décisions antérieures *a posteriori*. Ce faisant, elle procède à une déformation de certains principes de la justice internationale, tant en ce qui concerne la portée de la théorie de l'autorité de la chose jugée que le problème de l'accès à la Cour, ou encore la nouvelle lecture de la jurisprudence *Mavrommatis*. La Cour perd ainsi l'occasion d'être le diseur de la vérité juridique internationale : après avoir lu l'ensemble des décisions, on se

48 Cf. en ce sens, l'opinion dissidente du juge Ranjeva.

perdrait en conjecture pour déterminer la situation de la Serbie vis-à-vis de l'Organisation des Nations unies entre l'implosion de la Yougoslavie et l'admission de novembre 2000.

La CIJ n'a pas voulu reconnaître qu'elle a commis une erreur en 1996, erreur d'autant plus excusable qu'elle était due à une situation inextricablement liée au manque de volonté des organes politiques de l'ONU. Elle semble par là se conforter dans une doctrine de l'infaillibilité du juge international, quitte à permettre à des réalités parallèles de coexister. L'arrêt de 2007 paraît d'autant plus injustifiable que d'autre biais existaient pour que la Cour puisse faire valoir sa compétence dans cette première affaire du génocide⁴⁹.

Malgré les contorsions argumentatives auxquelles se livre la CIJ, l'analyse comparée des décisions concernant le problème du statut de la Serbie au regard de l'ONU fait ressortir de manière implacable les contradictions logiques entre les différentes décisions. La Serbie avait et, simultanément, n'avait pas accès à la Cour durant la période 1992-2000. On en revient finalement à l'expérience de pensée de Schrödinger, avec ce chat à la fois mort et vivant, et dont la superposition d'état ne prendra fin qu'à l'issue, et en fonction, de l'observation. Il est finalement cocasse de constater que Schrödinger avait imaginé cette expérience pour mettre en évidence les problèmes soulevés par ce que l'on appelait l'*interprétation de Copenhague* de la physique quantique, courant de pensée qui refusait d'examiner les conséquences des résultats obtenus, dussent-ils choquer par les paradoxes qu'ils soulèvent, préférant ne s'attacher qu'à la pertinence des résultats obtenus.

Présentation de l'auteur

Vincent Souty est doctorant au CRDFED, Université de Caen Basse-Normandie et ATER à l'Université du Havre. Il rédige une thèse sur le thème « *La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception : essai de droit comparé* » sous la direction du Pr. Lauréline Fontaine. Il est également mem-

bre associé du Groupe de Recherche et d'études en Droit Fondamental, International et Comparé (GREDFIC, Université du Havre), et membre du CEDIN (Brésil), et du GRIB. Publications récentes : « *Nova razdelitev oblasti v bolivijski ustavi* » (« *La nouvelle dévolution des pouvoirs dans la Constitution bolivienne* »), *Revus – European Constitutionality Review* (2009) 9, pp. 139-146 (www.revus.eu) ; « *Comentario do Artigo 2 paragrafo 6* », in Leonardo NEMER C. BRANT (dir.), *Comentario da Carta das Nações Unidas*, éditions Del REY, Belo Horizonte, 2008, pp. 113-121 (en collaboration avec Marie ROTA) ; « *La res judicata dans l'Affaire du Génocide (C.I.J. arrêt du 27 février 2007* », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional III*, vol. 2, 2008.

49 Cf. en ce sens, Vincent Souty, « *La res judicata dans l'Affaire du Génocide (CIJ arrêt du 27 février 2007)* », in *Anuário brasileiro de direito internacional*, III, Vol.I, CEDIN, Belo Horizonte, 2008, pp. 191-207

Synopsis

Stefan Häußler

Critique of Emotions as Critique of Law

Psychoanalytical Legal Theories and the Reflection of Emotions
in Legal Philosophy

Key words: psychoanalytical legal theories, emotions in law, validity, Freud, Lacan, Legendre, Western legal thought, interpretation, legal positivism

Summary: 1. Introduction. – 2. Basics. – 3. The Law of the Unconscious. – 4. Openness for Contingencies. – 5. Elements for a Genealogy. – 6. Conclusion.

The contribution analyses and critically assesses explanations of psychoanalytically inspired theories on the interpretation and validity of law that received attention mainly in France and the United States. The author firstly offers an introduction to the basics of psychoanalytical legal theories that stem from the works of Sigmund Freud. He proceeds to the interpretation of the origins of law and its validity, as they were offered by Jacques Lacan and his pupil, psychoanalyst and legal historian Pierre Legendre. On this basis, he focuses on the idea in these theories, that there exists a parallel structure of “the Law” and “the law of the unconscious”: emotionally, both are characterised by the perceived loss of an imagined original perfection, be it of identification with the “mother” or of unattainable perfections of “justice” and “truth”. Through subjecting men to a frightening threat of solitude, this experience of loss also gives birth to individual desire, which is perceived by psychoanalysis as the decisive source of subjectivity. Finally, the author draws attention to the caveats of the legal anthropology regarding the limitations of the fixation on merely western legal thought.

The German text of this article is re-published from Jochen Bung, Brian Valerius & Sascha Ziemann (Eds.), *Normativität und Rechtskritik*, Stuttgart, Franz Steiner (ARSP Beiheft; 114), 2007, 217–225. The author thanks Martin Schulte, LL.M., for critical comments on a previous draft. Maja Smrkolj, LL.M., translated the original into Slovenian.

References

- Rudolf BERNET, 1994: Subjekt und Gesetz in der Ethik von Kant und Lacan. *Ethik und Psychoanalyse*. Eds. Hans-Dieter Gondek and Peter Widmer. Frankfurt/Main: Fischer.
- Franck CHAUMON, 2004: *Lacan: La loi, le sujet et la jouissance*. Paris: Michalon.
- Andreas DE BLOCK, 2005: Freud as an 'Evolutionary Psychiatrist' and the Foundations of Freudian Philosophy. *Philosophy, Psychiatry, & Psychology* (2005) 12. 315–324.
- Gilles DELEUZE in Félix GUATTARI, 1974: *Anti-Ödipus*. Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- Costas DOUZINAS, 1998: Law and the Emotions: Prolegomena for a Psychoanalytic Approach to Legal Study. *EUI Working Paper LAW* No. 98/8. URL: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/144> (15. 12. 2010).
- Neil DUXBURY, 1989: Exploring legal tradition: psychoanalytical theory and Roman law in modern continental jurisprudence. *Legal Studies* (1989) 9. 84–99.
- Christoph EBERHARD, 2005: Les Droits de l'Homme à l'Épreuve de la Contemporanéité. *Droits* (2005) 41. 219–234.
- Iring FETSCHER, 1997: *Rousseaus politische Philosophie*. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 7th Ed.
- Frank FLEERACKERS, 2000: *Affective Legal Analysis. On the Resolution of Conflict*. Berlin: Dunker & Humblot.
- Sigmund FREUD, 1913: *Totem und Tabu*. Leipzig and Vienna: H. Heller & Cie.
- 1915: Zeitgemässes über Krieg und Tod. *Imago* (1913) 4. 1–21.
 - 1921: *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, Leipzig/Vienna/Zürich: Internationaler Psychoanalytischer Verlag.
 - 1927: *Die Zukunft einer Illusion*. Leipzig, Vienna and Zürich: Internationaler Psychoanalytischer Verlag.
 - 1930: *Das Unbehagen in der Kultur*. Vienna: Internationaler Psychoanalytischer Verlag.
 - 1933: *Warum Krieg?* Paris: Institut international de coopération intellectuelle.
 - 1939: *Der Mann Moses und die monotheistische Religion*. Amsterdam: De Lange.
 - 1974: *Totem und Tabu. Studienausgabe*. Band IX. Frankfurt/Main: Fischer.
 - 1974a: *Der Mann Moses und die monotheistische Religion. Studienausgabe*. Band IX. Frankfurt/Main: Fischer.
 - 1974b: *Massenpsychologie und Ich-Analyse. Studienausgabe*. Band IX. Frankfurt/Main: Fischer.
- Marcel GAUCHET, 1985: *Le désenchantement du monde*. Paris: Gallimard.
- Peter GOODRICH, 1990: *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*. London: Weidenfeld & Nicolson.
- 1996: 'The Unconscious is a Jurist': Psychoanalysis and Law in the Work of Pierre Legendre. *Legal Studies Forum* (1996) 20. 195–228.
 - 1997: Maladies of the Legal Soul: Psychoanalysis and Interpretation in Law. *Washington and Lee Law Review* (1997) 54. 1035–1074.
- Alois HAHN, 1987: Identität und Selbstthematisierung. *Selbstthematisierung und Selbstzeugnis: Bekenntnis und Geständnis*. Eds. Alois Hahn and Volker Kapp. Frankfurt/Main: Suhrkamp. 9–24.
- Stefan HÄUSSLER, 2006: Der Ort der Sozialnorm: Zu einem topologischen Aspekt der Genealogie der Lacanschen Rechtsphilosophie. *Juridikum* 2006. 204–209.
- 2006a: Psychoanalytische Rechtstheorien. *Neue Theorien des Rechts*. Eds. Sonja Buckel, Ralph Christensen and Andreas Fischer-Lescano. Stuttgart: UTB. 305–321.
- Alexander HOLLERBACH, 1957: *Der Rechtsgedanke bei Schelling*. Frankfurt/Main: Klostermann.
- Olivier JOUANJAN, 2006: Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne: un essai d'explication. *Droits* 42. 153–161.
- Heinz D. KITTSSTEINER (1995): *Die Entstehung des modernen Gewissens*. Frankfurt/ Main: Insel.
- Jacques LACAN, 1997: *Die Psychosen. Seminar Buch III*. Berlin: Quadriga.
- Pierre LEGENDRE, 1995: The Other Dimension of Law. *Cardozo Law Review* (1995) 16. 943–962.
- 1996: *Id Efficit, Quod Figurat* (It is the Symbol which produces Effects). *Legal Studies Forum* (1996) 20. 247–263.
 - 2001: Der Tanz in der nichttanzenden Kultur. *Tumult* (2001) 26. 33–39.
 - 2001: Der 'Take-Off' des Westens ist ein Gerücht. *Tumult* (2001) 26. 102–118.
- Luuk Johannes VAN MIDDELAAR, 2002: *Politicide: de moord op de politiek in de Franse filosofie*. Amsterdam: Van Gennep, 3rd Ed.
- Wolfgang W. MÜLLER, 1990: *Das Symbol in der dogmatischen Theologie – Eine symboltheologische Studie anhand der Theorien bei K. Rahner, P. Tillich, P. Ricoeur und J. Lacan*. Frankfurt/Main and Bern: Lang.
- Ludwig J. PONGRATZ, 1983: *Hauptströmungen der Tiefenpsychologie*. Stuttgart: Kröner.

- Alain POTTAGE, 1992: Crime and Culture: The Relevance of the Psychoanalytical. *The Modern Law Review* (1992) 55. 421–438.
- Manfred SCHNEIDER, 2001: Es genügt nicht, Menschenfleisch herzustellen. *Tumult* (2001) 26. 45–53.
- Jean STAROBINSKI, 1989: Jean-Jacques Rousseau und die List der Begierde. *Drei Vorschläge, Rousseau zu lesen*. Eds. Jean Starobinski, Ernst Cassirer in Robert Darnton. Frankfurt/Main: Fischer-TB. 79–103.
- Leo STRAUSS, 1950: On the Spirit of Hobbes' Political Philosophy. *Revue Internationale de Philosophie* (1950) 4. 405–431.
- Markus VERWEYST, 2004: *Das Begehren der Anerkennung*. Frankfurt/Main and New York: Campus.
- Cornelia VISMANN (Ed.), 2001: *Pierre Legendre – Historiker, Psychoanalytiker, Jurist*. Berlin: Syndikat Verlag (Tumult. Zeitschrift für Verkehrswissenschaft; 26).
- Slavoj ŽIŽEK, 2003: *Die Puppe und der Zwerg: Das Christentum zwischen Perversion und Subversion*. Frankfurt/Main, Suhrkamp.

Author's short biography

Stefan Häußler holds degrees in law (Erstes Staatsexamen, Frankfurt am Main; Zweites Staatsexamen, Koblenz) and theory of law (European Academy of Legal Theory, Brussels). His doctoral research concentrates on the role of emotions in legal theory, esp. in the late 19th and early 20th century. While working as International Academic Program Development Officer at Göttingen University, he is also a part-time student of Canon Law at the University of Vienna.

Translator's short biography

Maja Smrkolj, LL.M., studied law at the Faculty of Law in Ljubljana and at the University of Heidelberg. Since 2006, she has been working as a research fellow at the Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg, where she is also preparing her doctoral thesis on EU and international law aspects of treaties concluded by EU Member States under the supervision of Armin von Bogdandy.

Synopsis

Riccardo Guastini

Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation

Key words: defeasibility, derogability, axiological gaps, normative gaps, interpretation, legal positivism

Summary: 1. Introduction. – 1.1. *Axiological Gap*. – 1.2. *Defeasibility (or Derogability) of Norms*. – 2. Three Examples. – 3. Twelve Conclusions. – 4. A Final Observation. – 4.1. *First Misunderstanding*. – 4.2. *Second Misunderstanding*.

In this paper, the author connects the concept of “axiological gap” and that of “defeasibility of norms” with the “realist” theory of legal interpretation. He gives three examples through which he demonstrates the process of defeating a norm and creating an axiological gap. In the process of interpretation, an interpreter first makes a value judgement that a normative disposition on its literal interpretation regulates cases it shouldn't. Then he proceeds by making a restrictive interpretation of the normative disposition in question. Distinguishing two classes of states of affairs, he introduces into the norm an implicit exception. This way he defeats the norm, i.e. he derogates it. With a non-literal interpretation he thus creates an (axiological) gap, which he must then fill with a new norm of a doctrinal origin. The author demonstrates that—just like the beauty is not in the world, but rather in the eyes of its interpreters—defeasibility and axiological gaps are not properties of legal orders or norms *per se* and do not exist prior to, but are rather the result of interpretation.

References

- Carlos E. ALCHOURRÓN, 1996a: Detachment and Defeasibility in Deontic Logic. *Studia logica* (1996) 57.
- 1996b: On Law and Logic. *Ratio Juris* 4 (1996) 9.
- 2000: Sobre derecho y lógica. Spanish transl. Jorge Rodríguez. *Isonomía* (2000) 13. 11–33. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>.
- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1971: *Normative Systems*. Vienna/New York: Springer (Library of Exact Philosophy; 5).
- 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires.
- 1996: Norma jurídica. *El derecho y la justicia*. Eds. Ernesto Garzón Valdéz and Francisco Javier Laporta. Madrid: Trotta (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía; 11).
- 2006: *Sistemi normativi*. Italian transl. Pierluigi Chiassoni and Giovanni Battista Ratti. Torino: Giappichelli.
- Robert ALEX, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales* (1986). Spanish transl. Manuel Atienza. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Manuel ATIENZA & Juan RUIZ MANERO, 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- 1998: *A Theory of Legal Sentences*. English transl. Dordrecht: Kluwer.
- Juan Carlos BAYÓN, 1991: *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- 2003a: ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Eds. Juan Carlos Bayón and Jorge Rodríguez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2003b: Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Eds. Juan Carlos Bayón and Jorge Rodríguez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Norberto BOBBIO, 1967: Essere e dover essere nella scienza giuridica. *Studi per una teoria generale del diritto*. Ed. Norberto Bobbio. Torino: Giappichelli. 1970.
- 1988: Bitak i trebanje u pravnoj znanosti. Croatian transl. Nikola Visković and Živko S. Anzulović. *Eseji iz teorije prava*. Split: Logos, 1988, 31–49.
- Eugenio BULYGIN, 2005: En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria. *Lagunas en el derecho*. Eds. Fernando Atria et al. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Riccardo CARACCILO, 2005: Una discusión sobre normas derrotables. *Discusiones* (2005) 5. 87–100. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- Genaro R. CARRIÓ, 1994: *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4th Edition. Buenos Aires.
- Bruno CELANO, 2002: 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili. *Ragion pratica* (2002) 18.
- 2005: ¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo? *Discusiones* (2005) 5. 101–128. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- Pierluigi CHIASSONI, 2007a: On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases. *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Eds. Paolo Comanducci and Riccardo Guaastini. Torino. URL: http://www.digita.unige.it/?page_id=354.
- 2007b: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- Enrico DICIOTTI, 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli.
- Ronald DWORKIN, 1978: *Taking Rights Seriously*. 2nd Edition. London.
- Letizia GIANFORMAGGIO, 1985: L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1985.
- Riccardo GUASTINI, 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Herbert L. A. HART, 1948: The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948) 49.
- 1961: *The Concept of Law*. Oxford.
- 1994: *Koncept prava*. Slovenian transl. Jelka Kernev Štrajn. Ljubljana: Krtina.
- Neil MACCORMICK, 1995: Defeasibility in Law and Logic. *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*. Eds. Zenon Bankowski et al. Dordrecht: Kluwer.
- José Juan MORESO, 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- 2005: Cristina Redondo sobre Razones y normas. *Discusiones* (2005) 5. 67–85. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- Pablo NAVARRO & Jorge RODRÍGUEZ, 2000: Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho* (2000) 13. 61–85. URL: <http://bib.cer>

- vantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml.
- Alessandro PACE, 2001: Metodi interpretativi e costituzionalismo. *Quaderni costituzionali* 2001.
- Giampaolo PARODI, 1996a: Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale. *Struttura dinamica dei sistemi giuridici*. Eds. Paolo Comanducci and Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli.
- 1996b: *La sentenza additiva a dispositivo generico*. Torino: Giappichelli.
- Chaim PERELMAN & Lucie OLBRECHTS-TYTECA, 1958: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: PUF.
- 1966: *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*. Italian transl. Torino: Einaudi.
- Giovanni Battista RATTI, 2007: Dos modelos de relevancia normativa. *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Eds. José Juan Moreso and Maria Cristina Redondo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- 2008: *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Maria Cristina REDONDO, 1997: Teorías del derecho e indeterminación normativa. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* (1997) 20. 177–196. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>.
- 1998: Reglas genuinas y positivismo jurídico. *Análisi e diritto* 1998. *Ricerche di giurisprudenza analitica*. Eds. Paolo Comanducci and Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli. URL: http://www.digita.unige.it/?page_id=354.
- 2005a: Razones y normas. *Discusiones* (2005) 5. 29–66. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- 2005b: Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso. *Discusiones* (2005) 5. 129–192. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- 2007: Positivismo excluyente, positivismo incluyente, y positivismo indiferente. *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Eds. José Juan Moreso and Maria Cristina Redondo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Jorge RODRÍGUEZ, 1999: Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* (1999) 22. 349–369. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>.
- 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- 2003: Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Eds. Juan Carlos Bayón and Jorge Rodríguez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2005: Introducción: «Normas y Razones: Aspectos lógicos y sustantivos». *Discusiones* (2005) 5. 9–27. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- Jorge RODRÍGUEZ & German SUCAR, 2003: Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Eds. Juan Carlos Bayón and Jorge Rodríguez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London.
- Juan RUÍZ MANERO, 2005: Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. *Lagunas en el derecho*. Eds. Fernando Atria et al. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Friderick SCHAUER, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Oxford University Press.
- Giovanni TARRELO, 1974: *Diritto, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino.
- 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Friedrich WAISMANN, 1945: Verifiability. *Proceedings of the Aristotelian Society* (1945) 19. URL: <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>.
- *
- United States of America. Supreme Court Decision: – *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 1 Cranch 137 (1803)

Author's short biography

Riccardo Guastini is Professor of philosophy of law and legal theory, and Director of the Giovanni Tarello Department of Legal Culture at the University of Genoa (Italy). He has authored many scientific articles and more than thirty books in various languages, including: L'interpretazione dei documenti normativi (Milano, 2004), Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto (Torino, 1996; Barcelona, 1999), Dalle fonti alle norme (Torino, 1990; Sao Paulo, 2005). A co-founder of two and a co-editor of three distinguished law journals – Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica, Ragion pratica and Materiali per una storia della cultura giuridica – he is also on the advisory boards of other eminent journals like Ars interpretandi, Diritto & questioni pubbliche, Doxa, Isonomía. He has been a member of the international advisory board of Revus since 2008.

Translator's short biography

Andrej Kristan is a co-editor of Revus. He holds degrees in law (Ljubljana), French legal studies (Poitiers), philosophy of law (Paris 2 Panthéon-Assas), history of legal institutions (Poitiers), legal argumentation (Alicante), and theory of law (European Academy of Legal Theory, Brussels). He is currently preparing his doctoral thesis at the Giovanni Tarello Department of Legal Culture at the Faculty of Law, University of Genoa.

Synopsis

Andraž Teršek, Matija Žgur

(Financial) Autonomy of the University

Key words: university, higher education, autonomy, freedom of science, fundamental constitutional right of schooling and education, financial policy, responsibility, rule of law

Summary: 1. Fundamental Question. – 2. (Autonomous) University as a Constitutional Category. – 3. Statutory Framework. – 4. (Positive) Obligations of the State and the Interference with the University's Autonomy. – 5. Preliminary Analysis of the Effects of Changes in Financing the Universities as the State's Obligation. – 6. Conclusion.

An autonomous university is a unique environment of scientific exploration, critical discourse and intellectual development. Because of its autonomy the university has enjoyed great reputation and has been instrumental in defining the cultural, scientific, educational, social and political landscape.

Today it seems that the foundations of university's autonomy are undermined. On the one hand, we see increased state interference with university's functioning. The state not only regulates funding, as is its constitutional obligation, but is also systematically regulating university's organizational, research and human resources policies. Constitutionality of such regulatory policy is legitimately questioned.

On the other hand, the autonomous status commits the university to act prudently, rationally, unarbitrarily. Too often it seems that the university itself abuses its privileged status. Autonomy, of course, does not grant a blank authorization for unconstitutional behaviour.

The article deals primarily with the question of when and why state's funding policy, or its change, can constitute unconstitutional behaviour. The legal status of university as a public institute is also questioned.

The Slovenian Constitution provides for autonomy of universities. Foremost this is a negative status right, allowing universities to decide freely on their organization and functioning. But it is also a positive status right, committing the state to provide for universities basic organizational framework. State's primary constitutional obligation is to ensure universities' formation as a legal entity. This obligation encompasses the duty to provide material conditions for the

autonomous functioning of the university. The state is obliged not only to regulate what it must, but also what it can be reasonably expected of it. However, it seems that the status of universities as public institutions is unconstitutional, since it enables the state to directly influence their organization and functioning. The state may and must regulate university's functioning only insofar as it is necessary to protect basic constitutional principles, rights and the public interest.

The Constitution provides that the manner of university's funding shall be regulated by statute. However, it also states that the manner in which human rights are exercised may be regulated by a statute where this is necessary due to the particular nature of an individual right. A strict and accurate control of state's funding policy must therefore be implemented. Even more so when funding is regulated by substatutory regulations. If these regulations determine rights and obligations anew, they may be regarded as unconstitutional. Also, if the state adopts such a policy of funding that without convincing and well-founded reasons discriminates one (or some) universities in comparison to others, such action may be considered as unconstitutional as well.

The Constitutional provision establishing universities autonomy is perhaps the most unambiguous of them all. It clearly demands that the university be autonomous. Any statutory regulation of universities funding must be conducted within constitutionally permissible boundaries. Substatutory regulations may not limit or reduce constitutionally or statutory guaranteed rights nor may they expand or aggravate responsibilities. Constitutionally, it seems that 'lump-sum' funding would be most appropriate. Complete freedom of internal allocation of funds seems to be the cornerstone of universities autonomy.

The basic premise for determining the relationship between the state and the university must be the realisation that it is an objective task of the state to provide for freedom of scientific endeavour. However, it is also clear that the constitution forbids for the question of university's autonomy to become one of positive law.

The Constitutional Court has so far formulated additional and important principles of state's responsibility for financing of the universities. The Courts decision in U-I-68/98 stipulates that the state is required to prevent the endangerment of public schooling programs because of lack of funds. It must not itself create such a danger by changing the policy or the scope of public schooling funding. The state is also required to provide public funds in accordance with the principles of equality and nondiscrimination. Considering specific circumstances under which different universities function, it would also be unconstitutional if state's policy, without well-founded and convincing reasons, indirectly discriminated one or some of them. Such action may consequently infringe the constitutional right of education and schooling. Although the state is compelled

to establish a single system of higher education, this may not be done in a way that improves or impairs the status of one or more universities. If the manner of university's state funding is suddenly, sistemically inadequately and uncompellingly altered to the extent that it significantly hardens or even disables its existence, such action may constitute an unfounded intervention into legitimate expectations of universities with regards to conservation and development of specific programs.

The article also examines Constitutional Courts decision in which the Court, in assessing the state's obligation of funding the public radiotelevision company, created criteria that is indirectly applicable to the issue of university's autonomy, its right of public funding, freedom of scientific and artistic endeavour and the right of schooling. Statutory principles and criteria as determined by the legislator regarding the state's role in financing the public radiotelevision company, are even more valid when it comes to the state's role in financing universities. The state is obliged to provide for legal independence of the university and to enable it to freely and effectively exercise its social role and tasks.

References

- Tomas EESTERMANN, Terhi NOKKALA, 2009: *University autonomy in Europe I: exploratory study*. Brussels: EUA Publications 2009.
- Albin IGLIČAR, 2005: Avtonomija univerze v luči slovenske in evropske ustave ter bolonjske deklaracije. *Revus – Revija za evropsko ustavnost* (2005) 5. URL: <http://www.revus.eu>.
- Magna charta universitatum. <http://www.magna-charta.org/home2.html>.
- Dragan MARUŠIČ, 1997: Kakšna univerza. 2000: *revija za krščanstvo in kulturo* (1997) 105.
- Alastair MOWBRAY, 2004: *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing.
- Dušan RADONJIČ, 2009: Kriza akademske zavesti. *Dnevnik* (30. october 2009). http://www.dnevnik.si/debate/pisma_bralcev/1042311067.
- Slavko SPLIČAL, 2010: Zaton univerze kot institucije javnosti. *Delo* (20. february 2010).
- Ivan SVETLIK, 1996: Avtonomija in integracija univerze *Slovenska smer*. Ed. Marko Crnkovič. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Lovro ŠTURM (Ed.), 2002: *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ljubljana: FPDEŠ.
- Andraž TERŠEK, 2009: *Ustavna demokracija in vladavina prava*. Koper: UP FAMNIT.
- 2007: *Svoboda izražanja*. Ljubljana: IDCSE.
- Danilo TÜRK, 2008: *Pomen akademske svobode v današnjem času*. <http://www.up-rs.si/up-rs/uprs.nsf/dokumentweb/4908CD023626618EC12574CD0031BA9E?OpenDocument>.
- *
- Slovenian Court Decisions. Constitutional Court (www.us-rs.si):
- U-I-22/94 (with dissenting opinion of Boštjan M. Zupančič) from 25th May 1995.
 - U-I-34/94 (with dissenting opinions of Boštjan M. Zupančič and Lojze Ude) from 22nd January 1998.
 - U-I-243/95 from 16th April 1998.
 - U-I-162/97 from 14th June 2001.
 - U-I-68/98 from 22th November 2001.
 - U-I-106/01 from 5th February 2004.
- Slovenian Court Decisions. Administrative Court (www.sodisce.si/ustrs):
- I U 2178/2009-16 from 7th July 2010.
- Slovenian Legislation (www.uradni-list.si):
- [Constitution of the Republic of Slovenia] *Ustava Republike Slovenije* from 23rd December 1992, *Uradni list RS*, No. 33/1991.
 - [Court of Auditors Act] *Zakon o računskem sodišču* from 3rd March 2001, *Uradni list RS*, No. 11/2001.

- [Radiotelevizija Slovenija Act] Zakon o Radioteleviziji Slovenija from 28th October 2005, *Uradni list RS*, No. 96/2005.
 - [Higher Education Act] Zakon o visokem šolstvu from 1st January 1994, *Uradni list RS*, No. 119/2006.
 - [Institutes Act] Zakon o zavodih from 30th March 1991, *Uradni list RS*, No. 12/1991.
- Slovenian Regulation:
- Nacionalni program visokega šolstva Republike Slovenije 2011-2020. Draft. http://www.mvzt.gov.si/fileadmin/mvzt.gov.si/pageuploads/pdf/odnosi_z_javnostmi/8.9.10_NPVS.pdf.
- Uredba o javnem financiranju visokošolskih zavodov in drugih zavodov. Draft. http://www.mvzt.gov.si/fileadmin/mvzt.gov.si/pageuploads/doc/dokumenti_visokosolstvo/zakonodaja_VS/Predlogi_predpisov/uredba-financ-2812.pdf.

Authors' short biographies

Andraž Teršek received his Diploma in Law from the Faculty of Law, University of Ljubljana (Faculty Award for Excellent Final Paper on Legitimacy). Master of Legal Science (Theory of Law and State and Sociology of Law) from the Faculty of Law, University of Ljubljana. Doctorate from Faculty of Law, University of Ljubljana (Constitutional Law). Assistant professor at the Chair of Theory and Sociology of Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana (1999-2008). Former assistant editor of Dignitas – The Slovenian Journal of Human Rights. Editor of collection of Papers Legal Questions about the Beginning and End of Life. Abortion and Euthanasia and Human Dignity and Mental Health. Author of numerous articles, essays and research papers, mostly written about constitutional law, constitutionalism and constitutional democracy, human rights, legality and legitimacy. Author of successful and notable initiatives for constitutional adjudication of the Slovenian Constitutional court. Author of the monograph Freedom of Expression (2007) in Constitutional Democracy and the Rule of Law (2009). Co-author of the monograph Preludium of democracy – civil society and the freedom of public communication. Member of the Slovenian Constitutional Law Association's managing board. Initiator, co-founder and co-editor of REVUS – European Constitutionality Review. Co-founder of the Club Revus – Centre for Studies on Democracy and European Constitutionality. He is a Researcher and Scholar at the University of Primorska, lecturing about law, freedom of expression, ethics and human rights. He is the of the Centre for Single Science and Development and the first president of the Colloquium of the University of Primorska.

Matija Žgur graduated with distinction in Law from the Faculty of Law, University of Ljubljana (final thesis: Political question doctrine). During his study there, he was a student member of the Editorial team of Slovenian Law Review. He published several articles in reviews and journals Revus – European Constitutionality Review, Pravna praksa and Slovenian Law Review. He moderated and coorganized professional round tables in cooperation with ELSA – Ljubljana and Student's Organization of the University of Primorska. He is the technical editor at Revus – European Constitutionality Review, and a researcher at the Centre for Single Science and Development, at the Primorska Institute for Natural Sciences and Technology, University of Primorska.

Synopsis

Vincent Souty

Serbia and the International Court of Justice

Another Example of a Schrödinger's Cat?

Key words: International Court of Justice, Serbia, international justice, *res judicata*, jurisprudence, jurisdiction, *jus standi*

Summary: 1. Introduction. – 2. *Res judicata* and Rewriting of the 1996 Opinion. – 3. An Instrumentalisation of the *Mavrommatis* Case. – 4. Conclusion.

The article examines the decisions adopted by the International Court of Justice in which Serbia was involved, either as defendant or as an applicant. In the cases studied, the problem of Serbia's access to the Court has been repeatedly questioned and the answers given by the ICJ raised a number of issues. This article proposes to explain what was the reasoning of judges in the different cases. It tries to understand how the Court ended up with solutions that lacks of consistency.

References

- Louis DELBEZ, 1960: *Les principes généraux du contentieux international*. Paris: LGDJ
- Vojin DIMITRIJEVIĆ & Marko MILANOVIĆ, 2008: The Strange Story of the Bosnian Genocide Case, *Leiden Journal of International Law* (2008) 21, 65–94.
- Leonardo NEMER CALDEIRA BRANT, 2003: L'autorité de la chose jugée en droit international public. Paris: LGDJ (Bibliothèque de droit international et communautaire; 119).
- Georges SCELLE, 1935: Essai sur les sources formelles du droit international. *Mélanges Geny*. Paris.
- Vincent SOUTY, 2008: La *res judicata* dans l'*Affaire du Génocide* (CIJ arrêt du 27 février 2007). *Anuário brasileiro de direito internacional*, III, Vol. I. Belo Horizonte: CEDIN. 191–207.
- Anne-Laure VAURS-CHAUMETTE, 2009: "Si le fait l'accuse, le résultat l'excuse" : l'arrêt de la CIJ sur les exceptions préliminaires dans l'affaire Croatie/Serbie. *Annuaire de droit international* 54. CNRS éditions. 275–304.
- Stephan WITTICH, 2007: Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the *Genocide* Case. *European Journal of international Law* (2007) 18, 591.
- *
- League of Nations. Permanent Court of International Justice (www.icj-cij.org/pcij/):
- *Mavrommatis Jerusalem Concessions*, Judgment of 26 March 1925, Collection of Judgments, series A, no 5.
- United Nations Organisation. General Assembly (www.untreaty.un.org/):
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948.
- United Nations Organisation. International Court of Justice (www.icj-cij.org/):

- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment, *I.C.J. Reports* 1996, p. 595.
- Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment, *I.C.J. Reports* 2003, p. 7.
- Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2004, p. 279.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2008, p. 412.

Author's short biography

Vincent Souty is a Ph.D. student at the Centre for research on Fundamental Rights and Legal Developments (CRDFED, University of Caen Basse-Normandie) and a teaching assistant at the University of Le Havre. He is writing a thesis on the entrenchment of emergency powers under the supervision of prof. Lauréline Fontaine. Among his recent publications, you will find another article on this subject: "La res judicata dans l'Affaire du Génocide (C.I.J. arrêt du 27 février 2007)", *Anuario Brasileiro de Direito internacional III*, vol. 2, 2008.

Translators' short biographies

Ivo Lah has graduated from the Faculty of Law in Ljubljana in 2009. He is currently an intern at the High Court of Ljubljana.

Živa Nendl, LL.M., works at the Government Office of the Republic of Slovenia for Development and European Affairs. She studied law at the University of Ljubljana, Université Nancy 2 and at the postgraduate institute College of Europe. During the Slovenian presidency of the Council of the European Union, she worked at the Permanent representation of the Republic of Slovenia to the United Nations Office in Geneva. She was also a member of the University of Ljubljana team preparing for the *Concours européen des droits de l'homme René Cassin*, which achieved the best result among the slovenian teams so far, namely the 4th place.

Letna vsebina 2009–2010

Številke v oklepaju označujejo številko revije Revus in strani v reviji.

Besedila so v celoti dosegljiva na spletnem naslovu: www.revus.eu

A

Manuel Atienza, **Argumentiranje in ustava** (9, 91–128)

Xavier Aurey, Aurore Catherine, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota, Antoine Siffert, Vincent Souty, **Hronika francuske ustavne prakse** (12, 179–194)
Januar 2009.-decembar 2009.

Chronique de jurisprudence constitutionnelle française (12, 95–212)
Janvier 2009-décembre 2009

B

Armin von Bogdandy, **Temeljna načela prava Unije** (12, 35–56)
Ustavno-teoretični in dogmatični oris

Eugenio Bulygin, **Sodba in ustvarjanje prava** (12, 121–136)

D

Luís Duarte d'Almeida, **Substance and Procedure in Criminal Law** (9, 177–186)
A Review of Boštjan M. Zupančič's *The Owl of Minerva*

Vsebina in postopek v kazenskem pravu (9, 147–156)
Boštjana M. Zupančiča *Minervina sova*

Tadej Dubrovnik, **Sistem volitev in pristojnosti predsednika republike v batiških državah in v Sloveniji** (12, 165–177)

E

Anže Erbežnik, **Vprašanje ekskluzije** (11, 183–208)
Primerjava Evropskega sodišča za človekove pravice ter slovenskega in hrvaškega sistema

G

Riccardo Guastini, **Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione** (14, 57–72)
Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje (14, 39–56)

H

Stefan Häußler, **Gefühlskritik als Rechtskritik** (14, 27–38)
Psychoanalytische Rechtstheorien und die Reflexion von Gefühlen in der Rechtsphilosophie

Psihoanalitični nauki o pravu in razmišljanje o čustvih v pravni filozofiji (14, 15–25)
Čustvena kritika kot kritika prava

J

Nora Jacobson, **Dostojanstvo in zdravje – pregled** (10, 35–52)

András Jakab, **Dvije suprotstavljeni paradigme kontinentalnoeuropskega ustavnopravnega mišljenja: Austrija i Njemačka** (12, 137–163)

K

Tanja Karakamiševa, **Human Rights in the Republic of Macedonia** (11, 151–166)
Seen Through the Lens of the Constitution and the Practice of Democracy

Rajko Knez, **Ustavno načelo enakosti ne dovoljuje slabšega položaja slovenskih državljanov** (9, 7–9)

Andrej Kristan, **Sodišču čast in vpliv** (12, 7–12)
Pomembnost ustavnopravnega vprašanja in legitimnost odločanja v preizkusnih senatih po ZUstS in ZUstS–A

Španska ustavnopravna kronika (11, 223–227)
Zakonski in ustavnosodni odziv na preobremenjenost ustavnega sodišča

Tri razsežnosti pravne države (9, 65–89)
Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča

L

Tea Logar, **Dostojanstvo: avtonomija ali omejitve?** (10, 53–60)
Prerez članka Stéphanie Hennette-Vauchez *A Human Dignity*

Etika vrlin, moralne dileme in abortus (13, 25–39)

O zborniku Človekovo dostojanstvo in bioetika (10, 61–66)
Vloga dostojanstva v bioetiki

Helena Lukman, **Resnicoljubnost na področju medicinske etike** (13, 11–24)

M

Andrej Marušič, **One Health Only** (10, 89–93)
Patricia Mindus, **Contemporary Debate on Citizenship** (9, 29–44)
Some Remarks on the Erased of Slovenia

Sodobna razprava o državljanstvu (9, 29–44)
Z opombo o slovenskih »izbrisanih«
Džaneta Mirašćić, Zlatan Begić, **Pravna priroda bosanskohercegovačkog pluralnog društva i najznačajnije specifičnosti njegovog savremenog ustavnog uređenja** (11, 73–96)

Nenad Mišćević, **The Dilemmas of Just War and the Institutional Pacifism** (13, 69–88)

N

Bosa Nenadić, **Ustavni sud Republike Srbije** (11, 127–150)
U svetlu Ustava iz 2006. godine

O

Luka Omladič, **Preveč etike?** (13, 7–9)

P

Rado Pišot, **Gibanje, šport in etika** (13, 41–51)
Med podrejenostjo in potrebo

Toni Pustovrh, **Izboljševanje zmogljivosti v poklicnem športu** (13, 53–68)
Goljufanje ali nova faza razvoja?

R

Ciril Ribičič, **Veličastnih sedem** (11, 167–181)
Cvetnik odločb slovenskega ustavnega sodišča

Saška Roškar, **Na drugi strani tišine** (10, 11–14)

Marie Rota, **Caselaw of the Interamerican Court of Human Rights** (9, 187–195)
Chronicle for the Year 2008

Sodna praksa Medameriškega sodišča za človekove pravice (9, 129–138)
Kronika za leto 2008

S

Branko Smerdel, **Parlamentarni sustav i stabilnost hrvatskog ustava** (11, 97–126)
Slijede li nakon predsjedničkih izbora nove promjene ustrojstva vlasti?

Vincent Souty, **La nouvelle dévolution des pouvoirs en Bolivie** (9, 197–203)

La Serbie face à la Cour Internationale de Justice (14, 97–106)
Un chat de Schrödinger ?

Nova razdelitev oblasti v bolivijski ustavi (9, 139–146)

Srbija pred Meddržavnim sodiščem v Haagu (14, 87–95)
Primer Schröedingerjevega mačka v pravu?

Š

Mijat Šuković, **Tri različita ustavna uređenja Crne Gore** (11, 9–43)
Od razbijanja šestočlane jugoslovenske federacije (1992.) do sada (2009.)
Dominika Švarc, **Uporabljenost mednarodnega humanitarnega prava v mirovnih operacijah** (9, 11–27)

T

Sanja Temnik, **Andrej Marušič: Za duševno zdravje jutri in dan zatem** (10, 67–75)
Telesno bolni in duševno zdravi? (10, 77–88)

Andraž Teršek, **Morala kot temelj in kriterij (vladavine) prava** (13, 89–110)

Suverenost, ljudstvo in človekove pravice (9, 45–64)

Prispevek k razumevanju konceptov

(Ustavno)pravna odgovornost države in družbe za kakovost duševnega zdravja (10, 15–24)

Andraž Teršek, Matija Žgur, **(Finančna) avtonomija univerze** (14, 73–85)

Luka Tičar, **Mobing kot motnja v komunikaciji pri delu in dejavnik duševnega zdravja in dostojanstva posameznika** (10, 111–119)

Kasim Trnka, **Specifičnosti ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine** (11, 45–71)

Nastanek – realizacija – perspektive

V

Vittorio Villa, **A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation** (12, 89–120)

Pragmatično usmerjeni nauk o pravnem razlaganju (12, 57–88)

W

David B. Wexler, **Uvajanje duševnega zdravja v pravo duševnega zdravja** (10, 95–109)

Terapevtska jurisprudenca

Z

Jan Zobec, **Referendum ni pravno sredstvo zoper odločbe ustavnega sodišča** (14, 7–13)

Boštjan M. Zupančič, **Dostojanstvo, anomija ... in prihodnost človekovih pravic** (10, 25–33)

Substance and Form in Criminal Law (11, 215–221)

A Reply to a Book Review by Luís Duarte d'Almeida

Vsebina in oblika v kazenskem pravu (11, 209–214)

Odgovor na knjižno oceno Luísa Duarteja d'Almeide

Table of Contents 2009–2010

The numbers in parentheses indicate the issue of *Revus* and pages in it.

All texts are fully accessible at: www.revus.eu

A

Manuel Atienza, **Argumentation and Constitution** (9: 91–128)

(in Slovenian translation from Spanish by Andrej Kristan)

Xavier Aurey, Aurore Catherine, Anne-Sophie Denolle, Marie Rota, Antoine Siffert,

Vincent Souty, **French Constitutional Law Chronicle** (12: 179–194, 195–212)

January 2009–December 2009

(in French original & Bosnian translation by Asja Žujo)

B

Armin von Bogdandy, **Founding Principles of Union Law** (12: 13–34, 35–56)

A Theoretical and Doctrinal Sketch

(in English original & Slovenian translation by Maja Smrkolj)

Eugenio Bulygin, **Judicial Decision and Creation of Law** (12: 121–136)

(in Slovenian translation from Spanish by Andrej Kristan)

D

Luís Duarte d'Almeida, **Substance and Procedure in**

Criminal Law (9: 147–156, 177–186)

A Review of Boštjan M. Zupančič's *The Owl of Minerva*

(in English original & Slovenian translation by Jan Jeram)

Tadej Dubrovnik, **System of Elections and Powers of a President of the Republic in**

Baltic States and in Slovenia (12: 165–177)

(in Slovenian)

E

Anže Erbežnik, **The Exclusionary Rule** (11: 183–208)

Comparison Between the ECHR and the Slovenian and Croat Systems

(in Slovenian)

G

Riccardo Guastini, **Defeasibility, Axiological Gaps,**

and Interpretation (14: 39–55, 57–72)

(in Italian original & Slovenian translation by Andrej Kristan)

H

Stefan Häußler, **Critique of Emotions as Critique of Law** (14: 15–25, 27–38)

Psychoanalytical Legal Theories and the Reflection of Emotions in
Legal Philosophy
(in German original & Slovenian translation by Maja Smrkolj)

J

Nora Jacobson, **Dignity and Health: A Review** (10: 35–52)
(in Slovenian translation from English by Katja Plauštajner)

András Jakab, **Two Opposing Paradigms of Continental European
Constitutional Thinking: Austria and Germany** (12: 137–163)
(in Croatian)

K

Tanja Karakamiševa, **Human Rights in the Republic of Macedonia** (11: 151–166)
Seen Through the Lens of the Constitution and the Practice of Democracy
(in English)

Rajko Knez, **The Constitutional Principle of Equality Does Not Allow a Worse
Position of Slovenian Citizens** (9: 7–9)
(in Slovenian)

Andrej Kristan, **Honour and Influence to the Court** (12: 7–12)
Importance of the constitutional question and the legitimacy of trial chamber
deliberation according to ZUstS and ZUstS–A
(in Slovenian)

Spanish Constitutional Law Chronicle (11: 223–227)
Statutory and Constitutional Courts' Interpretive Response to the Overload of the
Constitutional Court
(in Slovenian)

Three Dimensions of the Rule of Law (9: 65–89)
How Do Limitations of Private Access to Constitutional Justice Weaken
the Rule of Law
(in Slovenian)

L

Tea Logar, **Dignity: Authonomy or Restraint?** (10: 53–60)
Overview of the Stéphanie Hennette-Vauchez's Article *A Human Dignity*
(in Slovenian)

On the Human Dignity and Bioethics – Collection of Papers (10: 61–66)
The Role of Dignity in Bioethics
(in Slovenian)

Virtue Ethics, Moral Dilemmas, and Abortion (13: 25–39)
(in Slovenian)

Helena Lukman, **Truth-Telling in the Field of Medical Ethics** (13: 11–24)
(in Slovenian)

M

Andrej Marušič, **One Health Only** (10: 89–93)
(in English)

Patricia Mindus, **Contemporary Debate on Citizenship** (9: 29–44)
Some Remarks on the Erased of Slovenia
(in English original & Slovenian translation by Jernej Ogrin)

Džaneta Miraščić, Zlatan Begić, **Legal Nature of the Pluralistic Society of Bosnia and Herzegovina and the Most Important Specificities of the Current System** (11: 73–96)
(in Bosnian)

Nenad Mišćević, **The Dilemmas of Just War and the Institutional Pacifism** (13: 69–88)
(in English)

N

Bosa Nenadić, **Constitutional Court of Republic of Serbia** (11: 127–150)
In the Light of Constitution from the Year 2006
(in Serbian)

O

Luka Omladič, **Too Much Ethics?** (13: 7–9)
(in Slovenian)

P

Rado Pišot, **Human Movement, Sports and Ethics** (13: 41–51)
In-Between Subordination and Needs
(in Slovenian)

Toni Pustovrh, **Performance Enhancement in Professional Sports** (13: 53–68)
Cheating or a New Phase of Development?
(in Slovenian)

R

Ciril Ribičič, **The Magnificent Seven** (11: 167–181)
Chrestomathy of the Decisions of the Slovenian Constitutional Court
(in Slovenian)

Saška Roškar, **On the Other Side of Silence** (10: 11–14)
(in Slovenian)

Marie Rota, **Caselaw of the Interamerican Court of Human Rights** (9: 129–138, 187–195)

Chronicle for the Year 2008
(in English original & Slovenian translation by Živa Nendl)

S

Branko Smerdel, **Parliamentary System and the Stability of Croatian Constitution** (11: 97–126)

Shall the Presidential Elections be Followed by New Changes of the Organization of Government?

(in Croatian)

Vincent Souty, **New Devolution of Powers in the Constitution of Bolivia** (9: 139–146, 197–203)

(in French original & Slovenian translation by Mateja Rus Bassit)

Serbia and the international Court of Justice (14: 87–95, 97–106)

A Schrödinger's Cat?

(in French original & Slovenian translation by Ivo Lah and Živa Nendl)

Š

Mijat Šuković, **Three Different Constitutional Arrangements of Montenegro** (11: 9–43)

From the Breaking of the Six-member Yugoslav Federation (1992) until Today (2009)
(in Serbian)

Dominika Švarc, **Applicability of International Humanitarian Law in Peace Operations** (9: 11–27)

(in Slovenian)

T

Sanja Temnik, **Andrej Marušič: For Mental Health of Tomorrow and a Day After** (10: 67–75)

(in Slovenian)

Physically Ill and Mentally Healthy? (10: 77–88)

(in Slovenian)

Andraž Teršek, **Morality as the Foundation and Criterion of the Rule of Law** (13: 89–110)

(in Slovenian)

Sovereignty, the People and Human Rights (9: 45–64)

A Contribution to the Understanding of Concepts

(in Slovenian)

Constitutional Responsibility of the State and the Society for the Quality of Mental Health (10: 15–24)

(in Slovenian)

Andraž Teršek, Matija Žgur, **(Financial) Autonomy of the University** (14: 73–85)

(in Slovenian)

Luka Tičar, **Mobbing as a Disturbance in Communication at Work and as a Factor of Human's Mental Health** (10: 111–119)

(in Slovenian)

Kasim Trnka, **Specificities of the Constitutional Arrangement of Bosnia and Herzegovina** (11: 45–71)

Formation – Realization – Perspectives
(in Bosnian)

V

Vittorio Villa, **A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation** (12: 57–88, 89–120,)

(in English original & Slovenian translation by Tilen Štajnpihler)

W

David B. Wexler, **Putting Mental Health into Mental Health Law** (10: 95–109)

Therapeutic Jurisprudence
(in Slovenian)

Z

Jan Zobec, **Referendum Is Not a Legal Remedy Against Constitutional Court's Decisions** (14: 7–13)

(in Slovenian)

Boštjan M. Zupančič, **Dignity, Anomy ... and the Future of Human Rights** (10: 25–33)

(in Slovenian)

Substance and Form in Criminal Law (11: 209–214, 215–221)

A Reply to a Book Review by Luís Duarte d'Almeida

(in Slovenian original & English translation by Nastasja Suhadolnik)

Dvoletni seznam ključnih besed in besednih zvez 2009–2010

Številke označujejo številko revije Revus in strani članka v reviji, na katerega se ključna beseda ali besedna zveza nanaša.

A

abortus **13**, 25–39

tudi splav

glej etika (vrlin), morala, moralne dileme

Ameriška konvencija o človekovih pravicah **9**, 129–138

glej človekove pravice, Medameriško sodišče za človekove pravice (MAMŠČP)

odškodnina (63. člen) **9**, 129–138

pravica do osebne celovitosti (5. člen) **9**, 129–138

pravica do osebne prostosti in varnosti (7. člen) **9**, 129–138

pravica do življenja (4. člen) **9**, 129–138

prisilna izginotja **9**, 129–138

sodna jamstva in sodno varstvo (8. in 25. člen) **9**, 129–138

sojenje v razumnem roku **9**, 129–138

usmrtnice (izvensodne u.) **9**, 129–138

žrtve (drugotna ž. po MAMŠČP, posredna ž. po ESČP) **9**, 129–138

argumentativni obrazci **9**, 91–128

glej ustavnost, tehtanje

oblikovno, vsebnostno, učinkovito (pogovorno ali

govorno) pojmovanje argumentiranja **9**, 91–128

obrazec za podvzemanje dejstev pod pravila ravnanja **9**, 91–128

obrazec za prilagajanje pravil cilja **9**, 91–128

obrazec tehtanja za načela ravnanja **9**, 91–128

obrazec tehtanja za smernice **9**, 91–128

argumentiranje **9**, 91–128

glej argumentativni obrazci, pravo kot argumentiranje, ustavnost

poustavljanje pravnega reda **9**, 91–128

razsežnosti argumentiranja **9**, 91–128

tehtanje **9**, 91–128

ustavna (pravna) država **9**, 91–128

ustavno sodišče **9**, 91–128

ustavnosodno pravotvorje **9**, 91–128

Aristotel **13**, 25–39

glej etika (vrlin)

Avguštin **13**, 69–88

glej moralne dileme, pacifizem (institucionalni),

pravična vojna

Avstrija **12**, 137–163

glej Nemčija, ustavno sodišče

izvori prava **12**, 137–163

paradigma ustavnopravnega mišljenja **12**, 137–163

razlaganje ustave **12**, 137–163

temeljne pravice (razlaga) **12**, 137–163

ustavni nauk **12**, 137–163

ustavnopravno mišljenje **12**, 137–163

ustavnosodno pravotvorje **12**, 137–163

avtonomija **10**, 53–60; **13**, 11–24; **14**, 73–85

glej dostojanstvo, Slovenija, univerza

~ posameznika **10**, 53–60

~ univerze (finančna) **14**, 73–85

etika (vrlin) **13**, 11–24

Hennette-Vauchez, Stéphanie **10**, 53–60

odnos zdravnik – pacient **13**, 11–24

politika financiranja **14**, 73–85

pozitivne obveznosti države (doktrina) **14**, 73–85

resnicoljubnost **13**, 11–24

svoboda znanosti **14**, 73–85

temeljna (ustavna) pravica do šolanja in izobraževanja **14**, 73–85

avtorske in sorodne pravice (na internetu) **12**, 179–194

glej Francija, internet, ustavno sodišče

apatridi **9**, 29–44

tudi oseba brez države

glej izbrisani

status (začasnega ali stalnega) prebivalca **9**, 29–44

B

baltiške države **12**, 165–177

glej Estonija, Latvija, Litva

parlamentarni sistem **12**, 165–177

predsednik države (oz. republike; *tudi* šef države) **12**, 165–177

volitve (predsedniške) **12**, 165–177

bioetika **10**, 35–52, 61–66; **13**, 7–9, 11–24

glej človekove pravice, dostojanstvo, etika, UNESCO

medicinska etika **13**, 11–24

paternalizem **13**, 11–24

placebo **13**, 11–24

Splošna deklaracija o bioetiki in človekovih pravicah **13**, 7–9

zdravstveno varstvo in oskrba **10**, 35–52

biotehnologija **10**, 61–66

glej dostojanstvo

Bolivija **9**, 139–146

glej šef države

nova bolivijska ustava **9**, 139–146

predsednik države **9**, 139–146

delitev oblasti **9**, 139–146

samouprava **9**, 139–146

sodelovanje državljanov **9**, 139–146

sodelovanje javnih ustanov **9**, 139–146

zakonodajna skupščina (večetična) **9**, 139–146

ustavno sodišče (večetično) **9**, 139–146

vloga ljudstva **9**, 139–146

bolnišnična oskrba **10**, 77–88

duševno zdravje **10**, 77–88

telesno zdravje **10**, 77–88

psihološke potrebe oseb s telesno boleznijo **10**, 77–88

skrb za zdravje **10**, 77–88

Bosna in Hercegovina **11**, 45–71, 73–96

tudi Federacija BiH

glej daytonski sporazum

konstitutivni narodi **11**, 45–71, 73–96

liberalizem **11**, 73–96

multikulturalnost **11**, 73–96

pluralna družba **11**, 73–96

Republika Srbska **11**, 45–71

ustavna ureditev **11**, 45–71, 73–96

ustavni razvoj **11**, 45–71

Č

človekove pravice **9**, 29–44, 45–64, 91–128, 129–138; **10**,

25–33, 35–52, 61–66; **11**, 151–166, 183–208; **12**, 7–12, 13, 7–9, 11–24, 89–110, **14**, 7–13
glej dostojanstvo, Evropska konvencija o človekovih pravicah, Evropsko sodišče za človekove pravice, Makedonija, Medameriško sodišče za človekove pravice, morala, pravna država, Radbruch, Slovenija, suverenost, temeljne (ustavne) pravice
 Ameriška konvencija o človekovih pravicah **9**, 129–138
 ~ in svoboščine **9**, 45–64
 bioetika **10**, 35–52, 61–66; **13**, 7–9, 11–24
 dolžnosti (moralne) **10**, 25–33
 izbrisani **9**, 29–44
 manjšinske pravice (Slovenija) **11**, 167–181
 modeli ustavne demokracije (edninski, dvojniški, temeljski) **9**, 45–64
 oblast ljudstva **9**, 45–64
 odnos zdravnik – pacient **13**, 11–24
 pošten postopek **11**, 183–208
 Radbruchova formula **13**, 89–110
 tehtanje **9**, 91–128, **11**, 183–208, **14**, 7–13
 temelj in kriterij prava **13**, 89–110
 univerzalizacija **13**, 89–110
 ustavne spremembe **12**, 7–12
 ustavni razvoj **11**, 151–166
 varstvo ~ih ~ic (Makedonija) **11**, 151–166
 ZKP (Zakon o kazenskem postopku) **11**, 183–208
 človekovo dostojanstvo **10**, 15–24, 25–33, 35–52, 53–60, 61–66, 111–119; **13**, 11–24
glej dostojanstvo
 človeško izboljševanje **13**, 53–68
tudi doping
glej etika (in šport)
 pravičnost **13**, 53–68
 Črna gora **11**, 9–43
 neodvisnost **11**, 9–43
 referendum (o samostojnosti) **11**, 9–43
 ustavna ureditev **11**, 9–43
 ustavni razvoj **11**, 9–43
 čustva **14**, 15–25
glej psihoanalitični nauk o pravu, Freud, Lacan, Legendre
 izvor (in veljavnost) prava **14**, 15–25
 nezavedno **14**, 15–25
 nominalizem **14**, 15–25
 ojdipovski konflikt **14**, 15–25
 poželjen **14**, 15–25
 prahorda **14**, 15–25
 pravna antropologija **14**, 15–25
 pravni pozitivizem **14**, 15–25
 razlaga (interpretacija) **14**, 15–25
 temelj prava **14**, 15–25
 zahodno pravno mišljenje **14**, 15–25
 Zakon očeta **14**, 15–25

D

daytonski sporazum **11**, 45–71
glej Bosna in Hercegovina
 ustavni razvoj **11**, 45–71
 ustavna ureditev **11**, 45–71, 73–96
 konstitutivni narodi (konstitutivnost) **11**, 45–71, 73–96
 delitev oblasti **9**, 139–146, **11**, 167–181; **12**, 179–194
glej Bolivija, Francija, Slovenija, ustavno sodišče, ustavnosodno pravotvorje
 varstvo pravic **11**, 167–181
 demokratični mir **13**, 69–88
glej pravična vojna
 kozmopolitizem **13**, 69–88
 ohranjanje miru **13**, 69–88
 pacifizem **13**, 69–88
 determiniranost **13**, 53–68
glej etika in šport
 genska ~ **13**, 53–68
 prirojene prednosti **13**, 53–68
 diskriminacija **10**, 111–119

glej dostojanstvo, duševno zdravje, pozitivna diskriminacija, trpinčenje
 mobing **10**, 111–119
 nadlegovanje **10**, 111–119
 odškodnina **10**, 111–119
 dokaz(i) **11**, 183–208
 izvedeni ~ **11**, 183–208
 testimonialni in netestimonialni ~ **11**, 183–208
 izločitev (ekskluzija) nezakonitih ~ov **11**, 183–208
 človekove pravice **11**, 183–208
 Evropsko sodišče za človekove pravice **11**, 183–208
 Hrvaška **11**, 183–208
 pošten postopek **11**, 183–208
 pravica do molka **11**, 183–208
 privilegij zoper samoobtožbo **11**, 183–208
 Slovenija **11**, 183–208
 ZKP **11**, 183–208
 dolžnosti (moralne) **10**, 25–33
 človekove pravice **10**, 25–33
 ojdipizacija **10**, 25–33
 Zakon (očeta) **10**, 25–33
 doping **13**, 53–68
tudi človeško izboljševanje
glej etika (in šport)
 dostojanstvo **10**, 15–24, 25–33, 35–52, 53–60, 61–66, 111–119; **13**, 7–9, 11–24
tudi človekovo dostojanstvo
glej medicinska etika (etika in medicina), duševno zdravje, temeljne (ustavne) pravice
 avtonomija posameznika **10**, 53–60
 bioetika **10**, 35–52, 61–66; **13**, 7–9, 11–24
 biotehnologija **10**, 61–66
 diskriminacija **10**, 111–119
 Evropsko sodišče za človekove pravice **10**, 25–33
 Henette-Vauchez, Stéphanie **10**, 53–60
 nadlegovanje **10**, 111–119
 odnos zdravnik – pacient **13**, 11–24
 pozitivna obveznosti države (doktrina) **10**, 15–24
 pravičnost (družbena) **10**, 35–52
 trpinčenje **10**, 111–119
 ustavno sodišče **10**, 15–24
 dostop do sodišča **9**, 65–89; **11**, 223–227; **14**, 87–95
glej Meddržavno sodišče, pravna država, Slovenija, Srbija, Španija, ustavno sodišče
 ius standi (položaj stranke) **14**, 87–95
 mednarodna pravičnost **14**, 87–95
 načelo pravnomočnosti **14**, 87–95
 nauk o pravu (oblikovalni in razlikovalni pojmi) **9**, 65–89
 organski zakon o ustavnem sodišču LOTC 6/2007 z dne 24. maja 2007 **11**, 223–227
 pozitivna selekcija **11**, 223–227
 pristojnost Sodišča **14**, 87–95
 razlagalna odločba STC 155/2009 z dne 25. junija 2009 **11**, 223–227
 sodna praksa **14**, 87–95
 ustavna varstvena pritožba (kastilj. *el recurso de amparo constitucional*) **11**, 223–227
 ustavn nadzorski postopki **11**, 223–227
 ZUSt-A **9**, 65–89
 drugotna žrtev (po MAmSČP) **9**, 129–138
glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah
 posredna žrtev po ESČP **9**, 129–138
 družbena pravičnost **10**, 35–52
glej dostojanstvo, pravičnost
 državljan(stvo) **9**, 29–44
glej izbrisani
 apatrid (oseba brez države) **9**, 29–44
 pojem državljanstva (politični, pravni in sociološki) **9**, 29–44
 izključeni **9**, 29–44
 duševno zdravje **10**, 15–24, 67–75, 77–88, 89–93, 111–119
glej dostojanstvo, zdravje
 bolnišnična oskrba **10**, 77–88
 diskriminacija **10**, 111–119

- Marušič, Andrej 10, 11–14, 67–75, 89–93
 nadlegovanje 10, 111–119
 pozitivne obveznosti države (doktrina) 10, 15–24
 pravo duševnega zdravja 10, 95–109
 prisilno pridržanje na psihiatrični kliniki 10, 15–24
 psihološke potrebe oseb s telesno boleznijo 10, 77–88
 samomor, samomorilnost 10, 15–24, 67–75
 skrb za zdravje 10, 77–88
 sopojavnost motenj telesnega in duševnega delovanja 10, 89–93
 temeljne (ustavne) pravice (osebna svoboda, duševna integriteta, dostojanstvo, zdravje) 10, 15–24
 trpinčenje 10, 111–119
- E**
- enakopravnost 11, 167–181; 14, 73–85
glej Slovenija, temeljne pravice
 ~ žensk 11, 167–181
 politika financiranja 14, 73–85
 pozitivne obveznosti države 14, 73–85
 predhodna analiza vplivov spremembe zakonodaje 14, 73–85
 temeljna ustavna pravica do šolanja in izobraževanja 14, 73–85
 univerza 14, 73–85
 ustavno sodišče 11, 167–181; 14, 73–85
 varstvo pravic 11, 167–181
- Estonija 12, 165–177
glej baltiške države, Slovenija
 parlamentarni sistem 12, 165–177
 predsedniški sistem 12, 165–177
 šef države 12, 165–177
 volitve (predsedniške) 12, 165–177
- etika 13, 7–9, 11–24, 25–39, 41–51, 53–68, 69–88, 89–110
glej morala, pravičnost, Kant
 bioetika 10, 35–52, 61–66; 13, 7–9, 11–24
 doping 13, 53–68
 ~ in medicina 13, 11–24, 25–39
 ~ načel 13, 11–24
 ~ in pravo 13, 69–88, 89–110
 ~ in šport 13, 41–51, 53–68
 ~ vrlin 13, 11–24 (autonomija, resnicoljubnost); 13, 25–39 (abortus, moralne dileme); 13, 25–39, 69–88 (krepost, krepostna oseba)
 medicinska ~ 13, 11–24
 praktična ~ 13, 7–9
 vrednotenje 13, 25–39
- Evropska unija 12, 13–34
 temeljna načela 12, 13–34
 ustavni nauk 12, 13–34
 ustavno pravo 12, 13–34
- Evropsko sodišče za človekove pravice 9, 129–138; 10, 25–33; 11, 183–208
glej človekove pravice, Medameriško sodišče za človekove pravice
 dokaz(i) 11, 183–208
 dostojanstvo 10, 25–33
 izločitev (ekskluzija) nezakonitih dokazov 11, 183–208
 ojdipizacija 10, 25–33
 posredna žrtev po ESČP 9, 129–138
 pošten postopek 11, 183–208
 tehtanje 11, 183–208
- F**
- Federacija BiH 11, 45–71, 73–96
tudi Bosna in Hercegovina
 formula nevzdržnosti 13, 89–110
glej Radbruch, Radbruchova formula
 formula zanikanja 13, 89–110
glej Radbruch, Radbruchova formula
- Francija 12, 179–194
glej ustavno sodišče
 avtorske in sorodne pravice (na internetu) 12, 179–194
 delitev oblasti 12, 179–194
 internet 12, 179–194
 načelo enakosti 12, 179–194
 načelo iskrenosti in in jasnosti parlamentarne razprave 12, 179–194
 načelo razumljivosti zakona 12, 179–194
 razlagalne odločbe 12, 179–194
 razlagalni pridržki 12, 179–194
 ustavnosodno pravotvorje 12, 179–194
- Freud, Sigmund 14, 15–25
glej psihoanalitični nauki o pravu
 čustva 14, 15–25
 ojdipovski konflikt 14, 15–25
 nezavedno 14, 15–25
 nominalizem 14, 15–25
 poželenje 14, 15–25
 prahorda 14, 15–25
 razlaga (razlaganje) 14, 15–25
 simbolna kastracija 14, 15–25
 simbolni red 14, 15–25
 temelj (in kriterij) prava 14, 15–25
 zahodno pravno mišljenje 14, 15–25
 Zakon očeta 14, 15–25
- G**
- genska determiniranost 13, 53–68
tudi prirojene prednosti
glej determiniranost, etika in šport
- H**
- Habermas, Jürgen 13, 89–110
glej legitimnost (*tudi* vsebinska legitimnost prava)
 razpravna (diskurzna) teorija prava in demokracije 13, 89–110
 temeljne (ustavne) pravice 13, 89–110
 univerzalizacija 13, 89–110
- Hennette-Vauchez, Stéphanie 10, 53–60
glej dostojanstvo
 avtonomija posameznika 10, 53–60
A Human Dignitas 10, 53–60
- Hrvatska 11, 97–126, 183–208
glej človekove pravice, dokazi (izločitev; izvedeni; testimonialni in nestimonialni), Evropsko sodišče za človekove pravice, Slovenija
 parlamentarni sistem 11, 97–126
 pošten postopek 11, 183–208
 pravica do molka 11, 183–208
 predsedniški sistem 11, 97–126
 privilegij zoper samoobtožbo 11, 183–208
 stabilnost ustave 11, 97–126
- Hursthouse, Rosalind 13, 25–39
glej etika vrlin
 moralne dileme (mučne) 13, 25–39
 usmerjanje ravnanja 13, 25–39
 vrednotenje ravnanja 13, 25–39
- I**
- institucionalni pacifizem 13, 69–88
glej pacifizem 13, 69–88
 Avgustin 13, 69–88
 Kant, Immanuel 13, 69–88
 kozmopolitanizem 13, 69–88
 pravična vojna 13, 69–88
- internet 12, 179–194
glej Francija, avtorske in sorodne pravice
 ustavno sodišče 12, 179–194
- interpretacija 12, 57–88, 14, 39–56
tudi (pravno) razlaganje
glej nauk o razlaganju
ius standi (položaj stranke) 14, 87–95
glej Meddržavno sodišče, Srbija
 dostop do sodišča 14, 87–95
 načelo pravnomočnosti 14, 87–95

pravičnost (mednarodna) **14**, 87–95
 pristojnost sodišča **14**, 87–95
 izboljševanje zmogljivosti **13**, 53–68
glej človeško izboljševanje, pravičnost, etika in šport
 izbrisani **9**, 29–44; **11**, 167–181
tudi slovenski izbrisani
glej apatridi, Slovenija
 človekove pravice **9**, 29–44
 državljanstvo (politični, pravni in sociološki pojem) **9**, 29–44
 manjšinske pravice **11**, 167–181
 podanik **9**, 29–44
 pojem državljanstva (politični, pravni in sociološki) **9**, 29–44
 status (začasnega ali stalnega) prebivalca **9**, 29–44
 izključeni **9**, 29–44
glej izbrisani
 izločitev (ekskluzija) nezakonitih dokazov **11**, 183–208
glej dokaz(i), Evropsko sodišče za človekove pravice, Hrvaška, Slovenija
 izvedeni dokazi **11**, 183–208
 pojasnjevalna dolžnost **11**, 183–208
 pošten postopek **11**, 183–208
 privilegij zoper samoobtožbo **11**, 183–208
 testimonialni in netestimonialni dokazi **11**, 183–208
 ZKP (Zakon o kazenskem postopku) **11**, 183–208
 izrek **12**, 121–136
glej sodba
 izvedeni dokazi **11**, 183–208
glej dokaz(i), izločitev (ekskluzija) nezakonitih dokazov
 ZKP (Zakon o kazenskem postopku) **11**, 183–208
 izvensodne usmrtitve **9**, 129–138
glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah
 izvor (in veljavnost) prava **12**, 137–163; **14**, 15–25
glej Avstrija, psihoanalitični nauki o pravu, Nemčija, temelji in kriteriji prava
 čustva **14**, 15–25
 nezavedno **14**, 15–25
 nominalizem **14**, 15–25
 ojdipovski konflikt **14**, 15–25
 poželenje **14**, 15–25
 pravna antropologija **14**, 15–25
 pravni pozitivizem **14**, 15–25
 razlaga (interpretacija) **14**, 15–25
 temelji prava **14**, 15–25
 Zakon o četa **14**, 15–25

J

javno zdravje **10**, 67–75
glej Marušič, zdravje (duševno)
 celosten pristop k zdravju **10**, 89–93
 zakonska ureditev duševnega zdravja **10**, 67–75

K

Kant, Immanuel **13**, 11–24, 69–88
glej etika, kategorični imperativ, morala
 pacifizem (institucionalni) **13**, 69–88
 pravična vojna **13**, 69–88
 kategorični imperativ **13**, 11–24, 89–110
glej Kant
 konstitutivni narodi (konstitutivnost) **11**, 45–71, 73–96
glej Bosna in Hercegovina, daytonski sporazum
 liberalizem **11**, 73–96
 multikulturalnost **11**, 73–96
 pluralna družba **11**, 73–96
 ustavna ureditev **11**, 73–96
 ustavni razvoj **11**, 45–71
 kontekst **12**, 57–88
tudi pomenotvorne okoliščine
glej nauk o razlaganju
 kozmopolitizem **13**, 69–88
glej morala
 demokratični mir **13**, 69–88

pacifizem **13**, 69–88
 pravična vojna **13**, 69–88
 krepot(na oseba) **13**, 25–39, 69–88
glej etika (vrlin), moralne dileme

L

Lacan, Jacques **14**, 15–25
glej psihoanalitični nauki o pravu
 Latvija **12**, 165–177
glej baltiške države, Slovenija, šef države, volitve (predsedniške ~)
 parlamentarni sistem **12**, 165–177
 predsednik države **12**, 165–177
 predsedniški sistem **12**, 165–177
 legalnost **13**, 89–110
glej legitimnost, Radbruchova formula, temelji in kriteriji prava
 nadzaskonsko pravo **13**, 89–110
 zakonsko nepravo **13**, 89–110
 Legendre, Pierre **14**, 15–25
glej psihoanalitični nauki o pravu
 legitimnost (*tudi* vsebinska legitimnost prava) **12**, 7–12; **13**, 89–110
glej Radbruch, Habermas, legalnost, ustavno sodišče
 nadzaskonsko pravo **13**, 89–110
 Radbruchova formula **13**, 89–110
 temelji in kriteriji prava **13**, 89–110, **14**, 15–25
 zakonsko nepravo **13**, 89–110
 liberalizem **11**, 73–96
glej Bosna in Hercegovina, multikulturalnost
 pluralna družba **11**, 73–96
 konstitutivni narodi **11**, 73–96
 Litva **12**, 165–177
glej baltiške države, Slovenija, šef države, volitve (predsedniške ~)
 parlamentarni sistem **12**, 165–177
 predsednik države **12**, 165–177
 predsedniški sistem **12**, 165–177
 ločeno mnenje **14**, 7–13, 73–85
glej referendum (pravica do referenduma, prepoved referenduma), ustavno sodišče

M

Makedonija **11**, 151–166
glej človekove pravice
 mednarodni konflikt **11**, 151–166
 pravice in svoboščine **11**, 151–166
 ustavni razvoj **11**, 151–166
 varstvo pravic na mednarodni ravni **11**, 151–166
 manjšinske pravice **11**, 167–181
glej človekove pravice, izbrisani, Slovenija
 pozitivna diskriminacija **11**, 167–181
 varstvo pravic **11**, 167–181
 volilna pravica (dvojna) **11**, 167–181
 Marušič, Andrej **10**, 11–14, 67–75, 89–93
glej samomor, samomorilnost, zdravje (duševno z.; javno z.; telesno z.)
 celosten pristop k zdravju **10**, 89–93
 sopojavnost motenj telesnega in duševnega delovanja **10**, 89–93
 zakonska ureditev duševnega zdravja **10**, 67–75
 Medameriško sodišče za človekove pravice **9**, 129–138
glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah, človekove pravice, Evropsko sodišče za človekove pravice
 Meddržavno sodišče **14**, 87–95
glej Srbija
 dostop do sodišča **14**, 87–95
ius standi (*tudi* položaj stranke) **14**, 87–95
 načelo pravnomočnosti **14**, 87–95
 pravičnost (mednarodna) **14**, 87–95
 pristojnost sodišča **14**, 87–95
 sodna praksa **14**, 87–95

- medicina **10**, 95–109
glej zdravje
 pravo duševnega zdravja **10**, 95–109
 terapevtska jurisprudenca **10**, 95–109
 zdravstveno varstvo **10**, 95–109
- medicinska etika **13**, 11–24
glej dostojanstvo, etika (in medicina)
 bioetika **10**, 35–52, 61–66; **13**, 7–9, 11–24
 paternalizem **13**, 11–24
- mednacionalni konflikti **11**, 151–166
glej Makedonija
 ustavni razvoj **11**, 151–166
- mednarodna pravičnost **14**, 87–95
glej pravičnost, Meddržavno sodišče, Srbija
 dostop do sodišča **14**, 87–95
ius standi (položaj stranke) **14**, 87–95
 načelo pravnoomočnosti **14**, 87–95
 pristojnost Sodišča **14**, 87–95
 sodna praksa **14**, 87–95
- mednarodno humanitarno pravo **9**, 11–27
glej ženevske konvencije
 mirovne operacije **9**, 11–27
 oboroženi spopadi **9**, 11–27
 uporaba sile **9**, 11–27
- mirovne operacije **9**, 11–27
glej mednarodno humanitarno pravo
 oboroženi spopadi **9**, 11–27
 uporaba sile **9**, 11–27
 Ženevske konvencije **9**, 11–27
- mobing **10**, 111–119
tudi trpinčenje
glej dostojanstvo, duševno zdravje
 diskriminacija **10**, 111–119
 nadlegovanje **10**, 111–119
 odškodnina **10**, 111–119
- moralna **13**, 7–9, 25–39, 69–88, 89–110
glej človekove pravice, etika, Kant, moralne dileme,
 pravičnost, Radbruch, Radbruchova formula
 abortus **13**, 25–39
 kozmopolitizem **13**, 69–88
- moralna filozofija **13**, 7–9
- moralno zlo **13**, 25–39
 pacifizem **13**, 69–88
 pravična vojna **13**, 69–88
 temelj in kriterij prava **13**, 89–110
 univerzalizacija **13**, 89–110
- moralna filozofija **13**, 7–9
glej morala
- moralne dileme (mučne) **13**, 25–39, 69–88
glej etika (vrlin)
 abortus **13**, 25–39
 Avguštin **13**, 69–88
 Hursthouse, Rosalind **13**, 25–39
 krepost(na) oseba **13**, 25–39, 69–88
 pravična vojna **13**, 69–88
 usmerjanje ravnanja **13**, 25–39
 vrednotenje (ravnjanja) **13**, 25–39
- moralno zlo **13**, 25–39
glej morala
- multikulturalnost **11**, 73–96
glej Bosna in Hercegovina, pluralna družba
 konstitutivni narodi **11**, 73–96
 liberalizem **11**, 73–96
 ustavna ureditev **11**, 73–96
- N**
- načelo enakosti **12**, 179–194
glej Francija, temeljna načela
 ustavno sodišče **12**, 179–194
 ustavnosodno pravotvorje **12**, 179–194
- načelo iskrenosti in jasnosti parlamentarne razprave **12**, 179–194
glej Francija, parlament, temeljna načela
 ustavnosodno pravotvorje **12**, 179–194
- načelo postopnega uvajanja nove ureditve **14**, 73–85
glej univerza
 politika financiranja **14**, 73–85
 pozitivne obveznosti države **14**, 73–85
 pravna država **14**, 73–85
 predhodna analiza vplivov spremembe zakonodaja **14**, 73–85
 temeljna pravica do šolanja in izobraževanja **14**, 73–85
- načelo pravnoomočnosti **14**, 87–95
tudi pravnoomočnost
glej Meddržavno sodišče, Srbija
 dostop do sodišča **14**, 87–95
ius standi (položaj stranke) **14**, 87–95
 pravičnost (mednarodna)
 pristojnost Sodišča **14**, 87–95
- načelo razumljivosti zakona **12**, 179–194
tudi razumljivost zakona
glej Francija, parlament, temeljna načela
 ustavno sodišče **12**, 179–194
 ustavnosodno pravotvorje **12**, 179–194
- nadlegovanje **10**, 111–119
glej trpinčenje, diskriminacija
 dostojanstvo **10**, 111–119
 odškodnina **10**, 111–119
- nadzakonsko pravo **13**, 89–110
glej pravičnost, legalnost, legitimnost, Radbruch,
 Radbruchova formula
 temelj in kriterij prava **13**, 89–110
 zakonsko nepravno **13**, 89–110
 univerzalizacija **13**, 89–110
- nanosnik **12**, 57–88
tudi referenca
glej nauk o razlaganju
 kontekst (pomenotvorne okoliščine) **12**, 57–88
- nauk o pomenu **12**, 57–88
- nauk o razlaganju **12**, 57–88; **14**, 39–56
glej interpretacija, nauk o pomenu, nauk o pravu, pravno razlaganje
 formalistični ~ **12**, 57–88
 kontekst **12**, 57–88
 mešani ~ **12**, 57–88
 nanosnik **12**, 57–88
 pomenotvorne okoliščine (*tudi* kontekst) **12**, 57–88
 pomen prava **14**, 39–56
 pragmatični ~ **12**, 57–88
 pravne praznine (normativne in vrednostne) **14**, 87–95
 pravni pozitivizem **14**, 87–95
 proti-formalistični ~ **12**, 57–88
 realistični ~ **14**, 39–56
 uklonljivost, poizjemljivost ali delna razveljavljivost
 norm **14**, 39–56
 vrednotenje **14**, 87–95
- nauk o pomenu **12**, 57–88
glej nauk o razlaganju
 dinamični ~ **12**, 57–88
- nanosnik **12**, 57–88
 statični ~ **12**, 57–88
- nauk o pravu **9**, 65–89; **14**, 15–25
glej psihoanalitični, pravna država
 oblikovalni in razlikovalni pojmi ~a o pravu **9**, 65–89
 pravna država (oblikovalni in razlikovalni pojmi) **9**, 65–89
 stopnje pravne države (ničta, prva, druga in tretja) **9**, 65–89
 v svojem bistvu sporni pojmi (Gallie) **9**, 65–89
- Nemčija **12**, 137–163
glej Avstrija, ustavni nauk, ustavno sodišče
 izvor (in veljavnost) prava **12**, 137–163
 razlaga ustave (Avstrija, Nemčija) **12**, 137–163
 razlaga temeljnih ustavnih pravic (Avstrija, Nemčija) **12**, 137–163
 ustavnopravno mišljenje **12**, 137–163
 ustavnosodno pravotvorje **12**, 137–163
- neodvisnost **11**, 9–43
glej Črna gora, ustavni razvoj

referendum o samostojnosti 11, 9–43
 nezavedno 14, 15–25
glej psihoanalitični nauki o pravu, Freud, Lacan, Legendre
 čustva 14, 15–25
 izvor (in veljavnost) prava 14, 15–25
 ojdipovski konflikt 14, 15–25
 poželenje 14, 15–25
 simbolna kastracija 14, 15–25
 simbolni red 14, 15–25
 temelj prava 14, 15–25
 Zakon očeta 14, 15–25
 nominalizem 14, 15–25
glej psihoanalitični nauki o pravu, Freud, Lacan, Legendre
 čustva 14, 15–25
 izvor (in veljavnost) prava 14, 15–25
 pravni pozitivizem 14, 15–25
 razlaga (interpretacija) 14, 15–25
 simbolni red 14, 15–25
 temelj prava 14, 15–25
 zahodno pravno mišljenje 14, 15–25
 Zakon očeta 14, 15–25
 norme 12, 121–136; 14, 39–56
glej poizjemljivost, pravne praznine, pravni pozitivizem, ukлонljivost
 delna razveljavljivost 14, 39–56
 obveznost 12, 121–136
 obstajanje 12, 121–136
 poizjemljivost ~ 14, 39–56
 posamične norme 12, 121–136
 splošne norme 12, 121–136
 učinkovitost 12, 121–136
 ukлонljivost ~ 14, 39–56
 veljavnost 12, 121–136
 vplivnost 12, 121–136
 nova kazuistika 13, 11–24
glej etika

O

oblast ljudstva 9, 45–64
glej človekove pravice, Slovenija, suverenost (človekovih pravic in svoboščin), ustavna demokracija (modeli)
 oboroženi spopadi 9, 11–27
glej mednarodno humanitarno pravo
 mirovne operacije 9, 11–27
 uporaba sile 9, 11–27
 ženevske konvencije 9, 11–27
 obrazložitev 12, 7–12, 121–136
glej sodba (sestavni deli), ustavno sodišče (preizkusni senat)
 izrek 12, 121–136
 obveznost norm 12, 121–136
glej norme
 odnos zdravnik – pacient 13, 11–24
glej človekove pravice
 avtonomija 13, 11–24
 dostojanstvo 13, 11–24
 etika (medicinska) 13, 11–24
 resnicoljubnost 13, 11–24
 odškodnina 9, 129–138; 10, 111–119
 Ameriška konvencija o človekovih pravicah (63. člen) 9, 129–138
 diskriminacija 10, 111–119
 nadlegovanje 10, 111–119
 trpinčenje 10, 111–119
 ohranjanje miru 13, 69–88
tudi pacifizem
glej pravična vojna
 demokratični mir 13, 69–88
 ojdipizacija 10, 25–33
glej ojdipovski konflikt
 človekove pravice 10, 25–33
 dolžnosti (moralne) 10, 25–33

Evropsko sodišče za človekove pravice 10, 25–33
 ojdipovski konflikt 14, 15–25
glej ojdipizacija, psihoanalitični nauki o pravu
 čustva 14, 15–25
 Freud, Sigmund 14, 15–25
 izvor (in veljavnost) prava 14, 15–25
 nezavedno 14, 15–25
 poželenje 14, 15–25
 prahorda 14, 15–25
 simbolna kastracija 14, 15–25
 simbolni red 14, 15–25
 temelj prava 14, 15–25
 Zakon očeta 14, 15–25
 organski zakon o ustavnem sodišču LOTC 6/2007 z dne 24. maja 2007 (Španija) 11, 223–227
glej Španija, ustavna varstvena pritožba (kastilj. *el recurso de amparo constitucional*), ustavnonadzorski (ustavnovarstveni) postopki
 dostop do sodišča (ustavnega) 11, 223–227
 pozitivna selekcija 11, 223–227
 pripad zadev 11, 223–227
 razlagalna odločba STC 155/2009 z dne 25. junija 2009 11, 223–227
 oseba brez države 9, 29–44
tudi apatrid
glej izbrisani
 osebna celovitost posameznika 9, 129–138
glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah

P

pacifizem 13, 69–88
tudi ohranjanje miru 13, 69–88
glej morala
 Avguštín 13, 69–88
 demokratični mir 13, 69–88
 institucionalni ~ 13, 69–88
 Kant, Immanuel 13, 69–88
 kozmopolitizem 13, 69–88
 pravična vojna 13, 69–88
 parlament 12, 179–194
glej Francija, ustavnosodno pravotvorje
 načelo iskrenosti in jasnosti parlamentarne razprave 12, 179–194
 načelo razumljivosti zakona 12, 179–194
 parlamentarni sistem 11, 97–126; 12, 165–177
glej baltiške države, Estonija, Hrvaška, Latvija, Litva, Slovenija
 predsednik republike 12, 165–177
 predsedniški sistem 11, 97–126
 stabilnost ustave 11, 97–126
 šef države 12, 165–177
 ustavne spremembe 11, 97–126
 volitve (predsedniške) 12, 165–177
 paternalizem 13, 11–24
glej bioetika, medicinska etika
 nova kazuistika 13, 11–24
 resnicoljubnost 13, 11–24
 placebo 13, 11–24
glej bioetika, medicinska etika
 nova kazuistika 13, 11–24
 paternalizem 13, 11–24
 resnicoljubnost 13, 11–24
 pluralna družba 11, 73–96
glej Bosna in Hercegovina
 konstitutivni narodi 11, 73–96
 liberalizem 11, 73–96
 multikulturalnost 11, 73–96
 ustavna ureditev 11, 73–96
 podanik 9, 29–44
glej izbrisani, pojem državljanstva (politični, pravni in sociološki)
 podprejanje 9, 91–128
tudi podvzemanje
glej argumentativni obrazci

- pravila ravnanja **9**, 91–128
 podvzemanje **9**, 91–128
tudi podrejanje
glej argumentativni obrazci
 pravila ravnanja **9**, 91–128
 poizjemljivost norm **14**, 39–56
glej norme
 pojasnjevalna dolžnost **11**, 183–208
glej izločitev (ekskluzija) nezakonitih dokazov, pošten postopek
 politika financiranja **14**, 73–85
glej avtonomija univerze (finančna), univerza
 enakopravnost **14**, 73–85
 načelo postopnega uvajanja nove ureditve **14**, 73–85
 pozitivne obveznosti države **14**, 73–85
 predhodna analiza vplivov spremembe zakonodaje **14**, 73–85
 pomenotvorne okoliščine **12**, 57–88
tudi kontekst
glej nauk o razlaganju
 posredna žrtev po ESČP **9**, 129–138
glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah, drugotna žrtev (po MSČP), Evropsko sodišče za človekove pravice, Medameriško sodišče za človekove pravice
 pošten postopek **11**, 183–208
glej dokaz(i), Evropsko sodišče za človekove pravice, Hrvaška, Slovenija
 človekove pravice **11**, 183–208
 izločitev dokazov **11**, 183–208
 pojasnjevalna dolžnost **11**, 183–208
 pravica do molka **11**, 183–208
 privilegij zoper samoobtožbo **11**, 183–208
 tehtanje **11**, 183–208
 poustavljanje pravnega reda **9**, 91–128
glej novo ustavnštvo, ustavno sodišče
 pravo kot argumentiranje **9**, 91–128
 ustavna (pravna) država **9**, 91–128
 ustavnosodno pravotvorje **9**, 91–128
 pozitivna diskriminacija **11**, 167–181
glej diskriminacija, manjšinske pravice, Slovenija, ustavnosodno pravotvorje, ustavno sodišče
 varstvo pravic **11**, 167–181
 volilna pravica (dvojna) **11**, 167–181
 pozitivna selekcija **9**, 65–87; **11**, 223–227
glej Slovenija, Španija, ustavno sodišče
 dostop (posameznikov) do ustavnega sodišča **9**, 65–87, **11**, 223–227
 organski zakon o ustavnem sodišču LOTC 6/2007 z dne 24. maja 2007 **11**, 223–227
 razlagalna odločba STC 155/2009 z dne 25. junija 2009 **11**, 223–227
 ustavn nadzorski postopki **11**, 223–227
 ustavna varstvena pritožba (kastilj; *el recurso de amparo constitucional*) **11**, 223–227
 pozitivne obveznosti države **10**, 15–24; **14**, 73–85
glej temeljne (ustavne) pravice, pravna država
 avtonomija univerze (finančna) **14**, 73–85
 duševno zdravje **10**, 15–24
 enakopravnost **14**, 73–85
 načelo postopnega uvajanja nove ureditve **14**, 73–85
 politika financiranja **14**, 73–85
 prislilno pridržanje na psihiatrični kliniki **10**, 15–24
 šolanje in izobraževanje **14**, 73–85
 pozitivno pravo **13**, 89–110
 legitimnost (*tudi* vsebinska legitimnost prava) **13**, 89–110
 nadzakonsko pravo **13**, 89–110
 Radbruch, Gustav **13**, 89–110
 Radbruchova formula **13**, 89–110
 zakonsko nepravilo **13**, 89–110
 pravica **9**, 129–138; **11**, 183–208
glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah, Hrvaška, Medameriško sodišče za človekove pravice, Evropsko sodišče za človekove pravice, Slovenija
 ~ do molka **11**, 183–208
 ~ do osebne celovitosti po AKČP **9**, 129–138
 ~ do osebne prostosti in varnosti po AKČP **9**, 129–138
 ~ do življenja po AKČP **9**, 129–138
 privilegij zoper samoobtožbo **11**, 183–208
 pravice in svobode **11**, 151–166
tudi človekove pravice
glej Makedonija
 pravična vojna **13**, 25–39, 69–88
glej morala
 Avgustin **13**, 69–88
 Kant, Immanuel **13**, 69–88
 kozmopolitizem **13**, 69–88
 moralne dileme (mučne) **13**, 25–39, 69–88
 ohranjanje miru **13**, 69–88
 pacifizem (institucionalni) **13**, 69–88
 pravičnost **10**, 35–52; **13**, 53–68, 89–110; **14**, 87–95
glej Meddržavno sodišče, morala, temelj in kriterij prava
 dostojanstvo **10**, 35–52
 družena ~ **10**, 35–52
 etika športa **10**, 35–52
 izboljševanje zmogljivosti **10**, 35–52
 mednarodna ~ **14**, 87–95
 nadzakonsko pravo **10**, 35–52
 zakonsko nepravilo **10**, 35–52
 pravna država **9**, 65–89; **11**, 223–227; **14**, 73–85
glej človekove pravice, nauk o pravu, pozitivne obveznosti države, Slovenija, temeljne pravice, ustavna (pravna) država
 dostop (posameznikov) do ustavnega sodišča **9**, 65–89, **11**, 223–227
 načelo postopnega uvajanja nove zakonodaje **14**, 73–85
 oblikovalni in razlikovalni pojmi ~e ~e **9**, 65–89
 pozitivne obveznosti države **14**, 73–85
 predhodna analiza vplivov spremembe zakonodaje **14**, 73–85
 stopnje pravne države (ničta, prva, druga in tretja) **9**, 65–89
 univerza **14**, 73–85
 v svojem bistvu sporni pojmi **9**, 65–89
 pravne praznine **14**, 39–56
glej nauk o razlaganju, razlaganje (interpretacija)
 normative in vrednostne (ali aksiološke) ~ **14**, 39–56
 pravni pozitivizem **14**, 39–56
 razdruževanje **14**, 39–56
 uklonljivost, poizjemljivost ali delna razveljavljivost norm **14**, 39–56
 vrednotenje **14**, 39–56
 pravni pozitivizem **14**, 15–25, 39–56
glej nauk o razlaganju, pravno razlaganje
 črkobralna razlaga **14**, 39–56
 pravne praznine **14**, 39–56
 razlaga (interpretacija) **14**, 15–25
 realistični nauk o razlaganju **14**, 39–56
 temelj prava **14**, 15–25
 norm (uklonljivost, poizjemljivost ali delna razveljavljivost n.) **14**, 39–56
 vrednotenje **14**, 39–56
 pravno razlaganje **12**, 57–88; **14**, 39–56
tudi razlaganje (interpretacija)
glej nauk o razlaganju
 predsednik države (oz. republike) **9**, 139–146; **12**, 165–177
glej baltiške države, Bolivija, Slovenija, šef države
 parlamentarni sistem **12**, 165–177
 položaj ~a ~ (Bolivija) **9**, 139–146; (Estonija, Latvija, Litva, Slovenija) **12**, 165–177
 razdelitev oblasti **9**, 139–146
 volitve ~a ~ (Bolivija) **9**, 139–146; (Estonija, Latvija, Litva, Slovenija) **12**, 165–177
 zakonodajna skupščina (večetična) **9**, 139–146
 predsedniški sistem **11**, 97–126; **12**, 165–177
glej baltiške države, Estonija, Hrvaška, Latvija, Litva, predsednik države (oz. republike), Slovenija
 parlamentarni sistem **11**, 97–126

stabilnost ustave **11**, 97–126
 šef države **12**, 165–177
 volitve (predseniške) **12**, 165–177
 pripad zadev **11**, 223–227
 glej Španija
 dostop ustavnega sodišča (ustavnega) **11**, 223–227
 organski zakon o ustavnem sodišču *LOTČ 6/2007* z dne 24. maja 2007 **11**, 223–227
 razlagalna odločba *STC 155/2009* z dne 25. junija 2009 **11**, 223–227
 ustavnonadzorski postopki **11**, 223–227
 ustavna varstvena pritožba (kastilj. *el recurso de amparo constitucional*) **11**, 223–227
 prirojene pritožnosti **13**, 53–68
 tudi genska determiniranost
 glej etika in šport
 prisilna izginotja **9**, 129–138
 glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah, človekove pravice
 prisilno pridržanje na psihiatrični kliniki **10**, 15–24
 glej duševno zdravje, Slovenija, ustavno sodišče
 pozitivne obveznosti države (doktrina) **10**, 15–24
 temeljne človekove pravice **10**, 15–24
 pristojnost sodišča **14**, 87–95
 glej Meddržavno sodišče, Srbija
 dostop do sodišča **14**, 87–95
 ius standi (položaj stranke) **14**, 87–95
 načelo pravnomočnosti **14**, 87–95
 pravičnost (mednarodna) **14**, 87–95
 sodna praksa **14**, 87–95
 privilegij zoper samoobtožbo **11**, 183–208
 glej dokaz(i), Evropsko sodišče za človekove pravice, Hrvaška, Slovenija
 izločitev dokazov **11**, 183–208
 pošten postopek **11**, 183–208
 pravica do molka **11**, 183–208
 ZKP (Zakon o kazenskem postopku) **11**, 183–208
 psihoanalitični nauki o pravu **14**, 15–25
 glej nauk o pravu, Freud, Lacan, Legendre
 čustva **14**, 15–25
 izvor (in veljavnost) prava **14**, 15–25
 nezavedno **14**, 15–25
 ojdipov konflikt **14**, 15–25
 poželjenje **14**, 15–25
 prahorda **14**, 15–25
 pravna antropologija **14**, 15–25
 pravni pozitivizem **14**, 15–25
 razlaga (interpretacija) **14**, 15–25
 simbolna kastracija **14**, 15–25
 simbolni red **14**, 15–25
 temelj prava **14**, 15–25
 zahodno pravno mišljenje **14**, 15–25
 Zakon o četa **14**, 15–25
 psihološke potrebe oseb s telesno boleznijo **10**, 77–88
 glej zdravje (telesno; duševno)
 bolnišnična oskrba **10**, 77–88
 skrb za zdravje **10**, 77–88

R

Radbruch, Gustav **13**, 89–110
 glej legitimnost (*tudi* vsebinska legitimnost prava), morala
 formula nevzdržnosti **13**, 89–110
 formula zanikanja **13**, 89–110
 nadzakonsko pravo **13**, 89–110
 Radbruchova formula **13**, 89–110
 zakonsko nepravo **13**, 89–110
 Radbruchova formula **13**, 89–110
 glej Radbruch, legalnost, egitimnost (*tudi* vsebinska legitimnost prava), morala
 formula nevzdržnosti **13**, 89–110
 formula zanikanja **13**, 89–110
 nadzakonsko pravo **13**, 89–110
 temeljne pravice **13**, 89–110
 temelj in kriterij prava **13**, 89–110
 zakonsko nepravo **13**, 89–110
 razlaga (razlaganje) **12**, 137–163, 179–194; **14**, 39–56
 tudi interpretacija
 glej Freud, Lacan, Legendre, nauk o razlaganju, psihoanalitični nauki o pravu
 ojdipovski konflikt **14**, 39–56
 pomen prava **14**, 39–56
 pravne praznine **14**, 39–56
 pravni pozitivizem **14**, 39–56
 ~ ustave (Avstrija, Nemčija) **12**, 137–163
 ~ temeljnih ustavnih pravic (Avstrija, Nemčija) **12**, 137–163
 razdruževanje **14**, 39–56
 razlagalne odločbe **12**, 179–194
 razlagalni pridržki **12**, 179–194
 ustavnopravna ~ **12**, 137–163
 zahodno pravno mišljenje **14**, 39–56
 razlagalne odločbe **12**, 179–194
 glej Francija, razlaga, ustavno sodišče
 razlagalni pridržki **12**, 179–194
 glej Francija, razlaga, ustavno sodišče
 razpravna teorija prava in demokracije **13**, 89–110
 glej Habermas, legitimnost (*tudi* vsebinska legitimnost prava), temeljne (ustavne) pravice, univerzalizacija
 razumljivost zakona **12**, 179–194
 tudi načelo razumljivosti zakona
 glej Francija
 razveljavljivost norm **14**, 39–56
 glej norme
 referenca **12**, 57–88
 tudi nanosnik
 glej nauk o razlaganju
 referendum **11**, 9–43, 14, 7–13
 glej Črna gora, Slovenija
 ločeno mnenje **14**, 7–13
 neodvisnost **11**, 9–43
 ~ o samostojnosti **11**, 9–43
 pravica do ~a **14**, 7–13
 prepoved ~a **14**, 7–13
 ustavna ureditev **11**, 9–43
 ustavni razvoj **11**, 9–43
 Republika Srbska **11**, 45–71
 glej Bosna in Hercegovina
 resnicoljubnost **13**, 11–24
 glej etika (medicinska; vrlin)
 avtonomija **13**, 11–24
 odnos zdravnik – pacient **13**, 11–24
 paternalizem **13**, 11–24
 placebo **13**, 11–24

S

samomor(ilstvo) **10**, 15–24, 67–75, 89–93
 glej Marušič, zdravje (duševno)
 sopojavnost motenjen telesnega in duševnega delovanja **10**, 89–93
 zakonska ureditev duševnega zdravlja **10**, 67–75
 samouprava **9**, 139–146
 glej Bolivija
 nova bolivijska ustava **9**, 139–146
 predsednik države **9**, 139–146
 sodelovanje državljanov **9**, 139–146
 sodelovanje javnih ustanov **9**, 139–146
 zakonodajna skupščina (večetična) **9**, 139–146
 ustavno sodišče (večetično) **9**, 139–146
 vloga ljudstva **9**, 139–146
 simbolni red **14**, 15–25
 glej ojdipovski konflikt, psihoanalitični nauki o pravu, Freud, Lacan, Legendre, čustva **14**, 15–25
 izvor (in veljavnost) prava **14**, 15–25
 nezavedno **14**, 15–25
 poželjenje **14**, 15–25
 prahorda **14**, 15–25
 pravni pozitivizem **14**, 15–25

- simbolni red 14, 15–25
temelj prava 14, 15–25
Zakon o četa 14, 15–25
skrb za zdravje 10, 77–88
glej zdravje
bolnišnična oskrba 10, 77–88
duševno zdravje 10, 77–88
psihološke potrebe oseb s telesno boleznijo 10, 77–88
telesno zdravje 10, 77–88
Slovenija 9, 29–44, 45–64, 65–89; 11, 167–181, 183–208, 12, 165–177; 14, 7–13, 73–85
glej baltičske države, pravna država, ustavno sodišče
avtonomija univerze 14, 73–85
delitev oblasti 11, 167–181
dokaz(i) 11, 183–208
dostop do sodišča (ustavnega) 9, 65–89
enakopravnost (žensk) 11, 167–181
izbrisani 9, 29–44
izločitev dokazov 11, 183–208
manjšinske pravice 11, 167–181
oblast ljudstva 9, 45–64
parlamentarni sistem 12, 165–177
pojem državljanstva (politični, pravni in sociološki) 9, 29–44
pošten postopek 11, 183–208
pozitivna diskriminacija 11, 167–181
predsednik države 12, 165–177
predsedniške volitve 12, 165–177
prislino pridržanje na psihiatrični kliniki 10, 15–24
referendum 14, 7–13
status (začasnega ali stalnega) prebivalca 9, 29–44
suverenost 9, 45–64
šef države 12, 165–177
univerza 14, 73–85
ustavna demokracija (edninski, dvojniški, temeljski model) 9, 45–64
ustavnosodno pravotvorje 11, 167–181
volilna pravica (dvojna) 11, 167–181
volitve 12, 165–177
Srbija 11, 127–150; 14, 87–95
glej Meddržavno sodišče
ius standi (položaj stranke) 14, 87–95
dostop do sodišča 14, 87–95
pravičnost (mednarodna) 14, 87–95
pristojnost sodišča 14, 87–95
sodna praksa (Meddržavnega sodišča) 14, 87–95
ustavna pritožba 11, 127–150
ustavno pravosodje (sodišče) 11, 127–150
ustavnosodni nadzor nad predpisi 11, 127–150
volitve ustavnih sodnikov 11, 127–150
sodba 12, 121–136
glej sestavni deli sodbe
izrek 12, 121–136
obrazložitev 12, 121–136
sodelovanje državljanov 9, 139–146
glej Bolivija
nova bolivijska ustava 9, 139–146
predsednik države 9, 139–146
razdelitev oblasti 9, 139–146
samouprava 9, 139–146
sodelovanje javnih ustanov 9, 139–146
ustavno sodišče (večetično) 9, 139–146
vloga ljudstva 9, 139–146
zakonodajna skupščina (večetična) 9, 139–146
sodelovanje javnih ustanov 9, 139–146
glej Bolivija
nova bolivijska ustava 9, 139–146
predsednik države 9, 139–146
samouprava 9, 139–146
sodelovanje državljanov 9, 139–146
ustavno sodišče (večetično) 9, 139–146
vloga ljudstva 9, 139–146
zakonodajna skupščina (večetična) 9, 139–146
sodna jamstva in sodno varstvo 9, 129–138
glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah
sodna praksa 14, 87–95
glej Francija, Meddržavno sodišče, Slovenija, Srbija, Španija
dostop do sodišča 14, 87–95
ius standi (položaj stranke) 14, 87–95
načelo pravnomočnosti 14, 87–95
pravičnost (mednarodna)
pristojnost sodišča 14, 87–95
sojenje v razumnem roku 9, 129–138
glej Ameriška konvencija o človekovih pravicah
splav 13, 25–39
tudi abortus
glej moralne dileme (mučne)
Splošna deklaracija o bioetiki in človekovih pravicah 13, 7–9
glej bioetika
stabilnost ustave 11, 97–126
glej Hrvaška
parlamentarni sistem 11, 97–126
predsedniški sistem 11, 97–126
ustavne spremembe 11, 97–126
statični nauk o pomenu 12, 57–88
glej nauk o pomenu
status (začasnega ali stalnega) prebivalca 9, 29–44
glej Slovenija, izbrisani, pojem državljanstva (politični, pravni in sociološki)
suverenost 9, 45–64
glej Slovenija
državna ~ 9, 45–64
~ človekovih pravic in svobod 9, 45–64
~ ljudstva (tudi ljudska ~) 9, 45–64
~ naroda (tudi narodna ~) 9, 45–64
oblast ljudstva 9, 45–64
modeli ustavne demokracije (edninski, dvojniški, temeljski) 9, 45–64
svoboda umetniškega ustvarjanja 11, 167–181
glej Slovenija
temeljne pravice 11, 167–181
ustavno sodišče 11, 167–181
ustavnosodno pravotvorje 11, 167–181
varstvo pravic 11, 167–181
svoboda znanosti 14, 73–85
glej avtonomija (univerze), univerza, ustavno sodišče
Š
šef države 12, 165–177
tudi predsednik države (oz. republike)
glej Bolivija, Estonija, Litva, Latvija, Slovenija, volitve
parlamentarni sistem 12, 165–177
predsedniški sistem 12, 165–177
Španija 11, 223–227
dostop posameznikov do ustavnega sodišča 11, 223–227
pozitivna selekcija 11, 223–227
ustavnonadzorski postopki 11, 223–227
ustavna varstvena pritožba (kastilj. *el recurso de amparo constitucional*) 11, 223–227
šport 13, 41–51, 53–68
glej etika in ~
vrednote športa 13, 53–68
WADA 13, 53–68
T
tehtanje 9, 91–128; 11, 183–208; 14, 7–13
glej argumentativni obrazci, človekove pravice, dokaz(i),
argumentiranje (oblikovno, vsebinsko, učinkovito (pogovorno ali govorno) pojmovanje a.) 9, 91–128
Evropsko sodišče za človekove pravice 11, 183–208
pošten postopek 11, 183–208
~ človekovih (ustavnih) pravic
~ načel ravnanja 9, 91–128
~ poštenosti postopka 11, 183–208

- ~ smernic 9, 91–128
- telesno zdravje 10, 77–88, 89–93
- glej zdravje (duševno)
- bolnišnična oskrba 10, 77–88
- celotni pristop k zdravju 10, 89–93
- psihološke potrebe oseb s telesno boleznijo 10, 77–88
- skrb za zdravje 10, 77–88
- temelj (in kriterij) prava 13, 89–110; 14, 15–25
- glej Freud, Lacan, Legendre, legalnost, legitimnost, morala, pravičnost, psihoanalitični nauki o pravu, temeljne pravice
- čustva 14, 15–25
- izvor prava 14, 15–25
- nadzakonsko pravo 13, 89–110
- nominalizem 14, 15–25
- oјdipovski konflikt 14, 15–25
- pravna antropologija 14, 15–25
- pravni pozitivizem 14, 15–25
- razlaga (interpretacija) 14, 15–25
- simbolna kastracija 14, 15–25
- simbolni red 14, 15–25
- zahodno pravno mišljenje 14, 15–25
- zakonsko nepravo 13, 89–110
- temeljna (ustavna, tudi pravna) načela 12, 13–34, 179–194
- glej ustavno pravo, ustavno sodišče, ustavnosodno pravotvorje, Evropska unija, ustavni nauk
- načelo enakosti 12, 179–194
- načelo iskrenosti in jasnosti parlamentarne razprave 12, 179–194
- načelo razumljivosti zakona 12, 179–194
- naloge pravne znanosti 12, 13–34
- temeljne pravice 10, 15–24; 12, 137–163; 13, 89–110; 14, 73–85
- tudi temeljne (ustavne) pravice
- glej Avstrija, duševno zdravje, Nemčija, univerza, ustavnosodno pravotvorje
- avtonomija (univerze) 14, 73–85
- dostojanstvo 10, 15–24
- duševna integriteta 10, 15–24
- enakopravnost 11, 167–181, 14, 73–85
- Habermas, Jürgen 13, 89–110
- načelo postopnega uvajanja nove ureditve 14, 73–85
- pozitivne obveznosti države 10, 15–24, 14, 73–85
- prisilno pridržanje na psihiatrični kliniki 10, 15–24
- Radbruchova formula 13, 89–110
- razlaga ~ (Avstrija, Nemčija) 12, 137–163
- svoboda umetniškega ustvarjanja 11, 167–181
- temelj in kriterij prava 13, 89–110
- pravica do šolanja in izobraževanja 14, 73–85
- temeljne ustavne pravice
- glej temeljne pravice
- terapevtska jurisprudenca 10, 95–109
- glej medicina, pravo duševnega zdravja
- zdravstveno varstvo 10, 95–109
- trpinčenje 10, 111–119
- tudi mobing
- glej dostojanstvo, duševno zdravje, diskriminacija
- nadlegovanje 10, 111–119
- odškodnina 10, 111–119
- tujec 9, 29–44
- glej apatrid, državljanstvo, izbrisani
- U
- učinkovitost norm 12, 121–136
- glej norme
- uklonljivost norm 14, 39–56
- glej nauk o razlaganju (realistični), norme, pravne praznine (normativne in vrednotne)
- pravne praznine 14, 39–56
- pravni pozitivizem 14, 39–56
- vrednotenje 14, 39–56
- UNESCO
- glej bioetika
- univerza 14, 73–85
- glej avtonomija univerze (finančna), Slovenija, temeljne pravice
- enakopravnost 14, 73–85
- načelo postopnega uvajanja nove ureditve 14, 73–85
- politika financiranja 14, 73–85
- pozitivne obveznosti države (doktrina) 14, 73–85
- pravna država 14, 73–85
- predhodna analiza vplivov spremembe zakonodaje 14, 73–85
- svoboda znanosti 14, 73–85
- temeljna ustavna pravica do šolanja in izobraževanja 14, 73–85
- ustavno pravosodje, ustavno sodišče 14, 73–85
- visoko šolstvo 14, 73–85
- univerzalizacija 13, 89–110
- glej Habermas, človekove pravice
- morala 13, 89–110
- nadzakonsko pravo 13, 89–110
- razpravna teorija prava in demokracije 13, 89–110
- uporaba sile 9, 11–27
- glej mednarodno humanitarno pravo
- mirovne operacije 9, 11–27
- oboroženi spopadi 9, 11–27
- Zenevske konvencije 9, 11–27
- usmerjanje ravnanja 13, 25–39
- glej etika vrlin, moralne dileme
- Hursthouse, Rosalind 13, 25–39
- vrednotenje ravnanja 13, 25–39
- ustavna demokracija 9, 45–64
- glej Slovenija, suverenost, ustavna (pravna) država
- človekove pravice (in svoboščine) 9, 45–64
- modeli ~e ~e (edninski m., dvojniški m., temeljski m.)
- oblast ljudstva 9, 45–64
- ustavna (pravna) država 9, 91–128
- glej poustavljanje pravnega reda, pravna država, ustavnštvo
- argumentiranje (oblikovno, vsebnotno, učinkovito (pogovorno ali govorniško) pojmovanje a.) 9, 91–128
- ustavna demokracija (edninski, dvojniški, temeljski model) 9, 45–64
- ustavna pritožba 11, 127–150, 223–227
- glej Srbija, ustavnosodni nadzor nad predpisi, ustavno sodišče, ~ varstvena ~
- ustavna ureditev 11, 9–43, 73–96
- glej Bosna in Hercegovina, Crna gora
- daytonski sporazum 11, 45–71
- konstitutivni narodi 11, 73–96
- multikulturalnost 11, 73–96
- neodvisnost 11, 9–43
- pluralna družba 11, 73–96
- referendum o samostojnosti 11, 9–43
- ustavni razvoj 11, 9–43
- ustavna varstvena pritožba (kastilj. *el recurso de amparo constitucional*) 11, 223–227
- glej Španija, ustavna pritožba
- dostop posameznika do ustavnega sodišča 11, 223–227
- organski zakon o ustavnem sodišču LOTC 6/2007 z dne 24. maja 2007 11, 223–227
- pozitivna selekcija 11, 223–227
- razlagalna odločba STC 155/2009 z dne 25. junija 2009 11, 223–227
- ustavne spremembe 11, 97–126; 12, 7–12
- glej Hrvaška
- parlamentarni sistem 11, 97–126
- predsedniški sistem 11, 97–126
- stabilnost ustave 11, 97–126
- ustavno sodišče 12, 7–12
- človekove pravice 12, 7–12
- ustavni nauk 12, 13–34, 137–163
- glej Avstrija, Nemčija, Evropska unija, ustavnopravno mišljenje
- naloge pravne znanosti 12, 13–34
- temeljna (ustavna, tudi pravna) načela 12, 13–34
- ustavnopravna razlaga 12, 137–163
- ustavni razvoj 11, 9–43, 45–71, 151–166

- glej Bosna in Hercegovina, človekove pravice, Črna gora, Makedonija, ustavna ureditev
daytonski sporazum **11**, 45–71
konstitutivni narodi **11**, 45–71
mednacionalni konflikt **11**, 151–166
neodvisnost **11**, 9–43
referendum o samostojnosti **11**, 9–43
ustavništvo **9**, 91–128
glej argumentativni obrazci, poustavljanje pravnega reda, ustavno sodišče
argumentiranje (oblikovno, vsebnostno, učinkovito (pogovorno ali govorniško) pojmovanje a.) **9**, 91–128
pravo kot argumentiranje **9**, 91–128
ustavna (pravna) država **9**, 91–128
ustavnosodno pravotvorje **9**, 91–128
ustavnonadzorski postopki **11**, 223–227
glej ustavna varstvena pritožba (kastilj. *el recurso de amparo constitucional*)
organski zakon o ustavnem sodišču LOTC 6/2007 z dne 24. maja 2007 **11**, 223–227
razlagalna odločba STC 155/2009 z dne 25. junija 2009 **11**, 223–227
ustavnopravna razlaga **12**, 137–163
glej razlaga, ustavnopravno mišljenje, ustavni nauk
ustavno pravo **12**, 13–34
glej Evropska unija, temeljna (ustavna, tudi pravna) načela, ustavni nauk, naloge pravne znanosti **12**, 13–34
ustavnopravno mišljenje **12**, 137–163
glej Avstrija
glej Nemčija
glej ustavni nauk
glej ustavnopravna razlaga
paradigma ~ega ~a **12**, 137–163
razlaga temeljnih ustavnih pravic (Avstrija, Nemčija) **12**, 137–163
razlaga ustave (Avstrija, Nemčija) **12**, 137–163
ustavno sodišče **9**, 91–128, 139–146; **10**, 15–24; **11**, 127–150, 151–166, 167–181, 127–150; **12**, 7–12, 137–163, 179–194; **14**, 7–13, 73–85
glej Avstrija, Bolivija, delitev oblasti, Francija, ločeno mnenje, Nemčija, Slovenija, ustavništvo, Srbija, temeljna (ustavna, tudi pravna) načela, ustavnosodno pravotvorje
avtorske in sorodne pravice (na internetu) **12**, 179–194
dostojanstvo
enakopravnost **11**, 167–181, **14**, 73–85
internet **12**, 179–194
legitimnost (*tudi* vsebinska legitimnost prava) **12**, 7–12
načelo enakosti **12**, 179–194
načelo iskrenosti in jasnosti parlamentarne razprave **12**, 179–194
načelo razumljivosti zakona **12**, 179–194
oblikovno, vsebnostno, učinkovito (pogovorno ali govorniško) pojmovanje argumentiranja **9**, 91–128
pozitivna diskriminacija **11**, 167–181
pravo kot argumentiranje (razlogovanje)
prisilno pridržanje v psihiatrični bolnišnici **10**, 15–24
razlagalne odločbe **12**, 179–194
razlagalni pridržki **12**, 179–194
svoboda umetniškega ustvarjanja **11**, 167–181
svoboda znanosti **14**, 73–85
temeljna ustavna pravica do šolanja in izobraževanja **14**, 73–85
univerza **14**, 73–85
ustavna pritožba **11**, 127–150, 223–227
ustavne spremembe **12**, 7–12
ustavnosodni nadzor nad predpisi **11**, 127–150
varstvo pravic (na mednarodni ravni) **11**, 151–166, 167–181
večetično ~ (Bolivija) **9**, 139–146
volilna pravica (dvojna) **11**, 167–181
ustavnosodni nadzor nad predpisi **11**, 127–150
glej Srbija, ustavna pritožba, ustavno sodišče
ustavnosodno pravotvorje **9**, 91–128; **11**, 167–181; **12**, 137–163, 179–194
glej Avstrija, Francija, Nemčija, Slovenija, ustavništvo, temeljna (ustavna, tudi pravna) načela, temeljne pravice, ustavno sodišče
argumentiranje (oblikovno, vsebnostno, učinkovito (pogovorno ali govorniško) pojmovanje a.) **9**, 91–128
delitev oblasti **11**, 167–181, **12**, 179–194
načelo enakosti **12**, 179–194
načelo iskrenosti in jasnosti parlamentarne razprave **12**, 179–194
načelo razumljivosti zakona **12**, 179–194
parlament **12**, 179–194
poustavljanje pravnega reda **9**, 91–128
pozitivna diskriminacija **11**, 167–181
razlaga temeljnih ustavnih pravic (Avstrija, Nemčija) **12**, 137–163
svoboda umetniškega ustvarjanja **11**, 167–181
varstvo pravic **11**, 167–181
V
v svojem bistvu sporni pojmi (Gallie) **9**, 65–89
glej nauk o pravu (oblikovalni in razlikovalni pojmi), pravna država (stopnje pravne države; oblikovalni pojem pravne države; razlikovalni pojmi pravne države)
varstvo pravic **11**, 151–166, 167–181
glej Makedonija
enakopravnost **11**, 167–181, **14**, 73–85
manjšinske pravice **11**, 167–181
pozitivna diskriminacija **11**, 167–181
svoboda umetniškega ustvarjanja **11**, 167–181
ustavno sodišče **11**, 167–181
~ na mednarodni ravni **11**, 151–166
volilna pravica (dvojna) **11**, 167–181
veljavnost norm **12**, 121–136
glej norme
visoko šolstvo **14**, 73–85
glej univerza
volilna pravica (dvojna) **11**, 167–181
glej manjšinske pravice, Slovenija, volitve
pozitivna diskriminacija **11**, 167–181
ustavno sodišče **11**, 167–181
varstvo pravic **11**, 167–181
volitve **9**, 139–146; **11**, 127–150, 167–181; **12**, 165–177
glej baltiške države, Bolivija, Slovenija, Srbija, volilna pravica (dvojna)
predsedniške ~ (Bolivija) **9**, 139–146; (Estonija, Latvija, Litva, Slovenija) **12**, 165–177
~ ustavnih sodnikov (Srbija) **11**, 127–150
vplivnost norm **12**, 121–136
glej norme
vrednote športa **13**, 53–68
glej šport
vrednotenje **13**, 25–39; **14**, 39–56
glej etika vrlin, Hursthouse (~ ravnanja), moralne dileme, nauk o razlaganju
poizjemljivost norm **14**, 39–56
pravne praznine **14**, 39–56
pravni pozitivizem **14**, 39–56
razdruževanje **14**, 39–56
razveljavljivost norm (delna) **14**, 39–56
uklonljivost norm **14**, 39–56
W
WADA **13**, 53–68
glej šport
Z
zahodno pravno mišljenje **14**, 15–25
glej psihoanalitični nauki o pravu, Freud, Lacan, Legendre
izvor (in veljavnost) prava **14**, 15–25
nominalizem **14**, 15–25
razlaga (interpretacija) **14**, 15–25
temelj prava **14**, 15–25

- Zakon očeta **10**, 25–33; **14**, 15–25
glej psihoanalitični nauki o pravu, Freud, Lacan, Legendre
 dolžnosti (moralne) **10**, 25–33
 izvor (in veljavnost) prava **14**, 15–25
 nezavedno **14**, 15–25
 ojdipizacija **10**, 25–33
 ojdipovski konflikt **14**, 15–25
 poželenje **14**, 15–25
 prahorda **14**, 15–25
 razlaga **14**, 15–25
 simbolna kastracija **14**, 15–25
 simbolni red **14**, 15–25
 temelj prava **14**, 15–25
 zakonodajna skupščina (večetična) **9**, 139–146
glej Bolivija
 nova bolivijska ustava **9**, 139–146
 predsednik države **9**, 139–146
 delitev oblasti **9**, 139–146
 samouprava **9**, 139–146
 sodelovanje državljanov **9**, 139–146
 sodelovanje javnih ustanov **9**, 139–146
 ustavno sodišče (večetično) **9**, 139–146
 vloga ljudstva **9**, 139–146
 zakonska ureditev duševnega zdravlja **10**, 67–75, 89–93, 95–109
glej Marušič, pravo duševnega zdravlja, zdravje (duševno; javno)
 celostni pristop k zdravju **10**, 67–75, 89–93
 samomor(ilstvo) **10**, 67–75
 zakonsko nepravo **13**, 89–110
glej pravičnost, Radbruch, Radbruchova formula
 legalnost **13**, 89–110
 legitimnost **13**, 89–110
 temelj in kriterij prava **13**, 89–110
 nadzakonsko pravo **13**, 89–110
 zdravje **10**, 15–24, 67–75, 77–88, 89–93, 95–109
 bolnišnična oskrba **10**, 77–88
 celostni pristop k ~u **10**, 67–75, 89–93
 duševno ~ **10**, 15–24, 67–75, 77–88, 89–93, 111–119
 telesno ~ **10**, 77–88, 89–93
 javno ~ **10**, 67–75
 Marušič, Andrej **10**, 11–14, 67–75, 89–93
 medicina **10**, 95–109
 pravo duševnega zdravlja **10**, 95–109
 psihološke potrebe oseb s telesno boleznijo **10**, 77–88
 samomor(ilstvo) **10**, 15–24, 67–75, 89–93
 skrb za zdravje **10**, 77–88
 sopojava motenj telesnega in duševnega delovanja **10**, 89–93
 zakonska ureditev duševnega zdravlja **10**, 67–75
 zdravstveno varstvo **10**, 35–52, 95–109
 zdravstveno varstvo **10**, 35–52, 95–109
glej zdravje, medicina
 pravo duševnega zdravlja **10**, 95–109
 terapevtska jurisprudenca **10**, 95–109
 ~ in oskrba **10**, 35–52
 ZKP (Zakon o kazenskem postopku) **11**, 183–208
glej dokaz(i)
 človekove pravice **11**, 183–208
 izločitev (ekskluzija) nezakonitih dokazov **11**, 183–208
 izvedeni dokazi **11**, 183–208
 pravica do molka **11**, 183–208
 privilegij zoper samoobtožbo **11**, 183–208
 ZUstS-A (Zakon o ustavnem sodišču) **9**, 65–89; **12**, 7–12
 dostop (posameznikov) do ustavnega sodišča **9**, 65–89
 legitimnost odločanja v preizkusnih senatih US **12**, 7–12
 stopnje pravne države (ničta, prva, druga in tretja) **9**, 65–89

Ž

- ženevske konvencije **9**, 11–27
glej mednarodno humanitarno pravo
 mirovne operacije **9**, 11–27
 oboroženi spopadi **9**, 11–27
 uporaba sile **9**, 11–27
 žrtev **9**, 129–138
glej Medameriško sodišče za človekove pravice, Evropsko sodišče za človekove pravice
 drugotna ~ po MamŠČP **9**, 129–138
 posredna ~ po EŠČP **9**, 129–138

