

**BOŠTJAN M. ZUPANČIČ\***

**MEDNARODNA SODNA PRESOJA  
IN  
INTERNACIONALIZACIJA USTAVNEGA PRAVA**

**DAN USTAVNOSTI REPUBLIKE SLOVENIJE**

23. december 2004

Ljubljana

---

\* Boštjan M. Zupančič, dipl. iur. (Lab.), LL.M., S.J.D. (Harv.), profesor prava (Združene države in Slovenija), nekdanji podpredsednik Odbora ZN proti mučenju, nekdanji sodnik Ustavnega sodišče Republike Slovenije; predsednik Tretjega Senata Evropskega sodišča za človekove pravice v Strasbourgu. Copyright © 2004 B. M. Zupančič. Tukaj izraženi pogledi ne predstavljajo stališča nobene od zgornjih institucij.

## I.

### Dekonstrukcija kartezijanske premise glede prava

Ko govorimo o sodni presoji, o adjudikaciji -- torej o odločanju v pravno opredeljenem sporu, najprej pomislimo na vsebinska merila za meritorno presojo in na logični silogizem. Domnevamo, da ne more priti do ustrezne sodbe (logičnega sklepa), ne da bi bila ta že vnaprej *logično* vsebovana v abstraktnih merilih (v zgornji premisi logičnega silogizma). Tako projiciramo ta formalno *logični* postopek v adjudikacijo kot *družbeni* način razreševanja sporov. Dobimo napačen vtis, da je sodna presoja drugotna, adjektivna in samo ancilarna vsebinskim, materialnim merilom (materialna pravna pravila). Gre seveda za epistemološki izvor tega, kar sicer imenujemo vladavina prava.

Zgodovinsko pa je bil razvoj obrnjen. Kot bomo videli, je materialno pravo drugotni razvojni nasledek *postopka* presoje v sporih. Pravo kot družbeni proces se je začelo s hobbesovsko *politično* potrebo po mirnem reševanju sporov. Kopičenje vsebinskih kriterijev, torej tisto, kar danes doživljamo kot materialno pravo, z razvojnega vidika predstavlja zgodovinski stranski proizvod te temeljne družbene potrebe. Gre kajpak za preprečevanje regresije v anarhijo, v *bellum omnium contra omnes*, gre za politično in socialno stabilnost --, gre za potrebo po *kakršnemkoli* hitrem in dokončnem razsojanju v sporih. To se je lepo videlo prav pred nekaj tedni, ko so nemirne množice v Kijevu nestrpno čakale na odločbo ukrajinskega vrhovnega sodišča.

Politično, ideološko in z ustavnopravnega stališča lahko -- če se ne zavedamo skritih premis, ki smo jih z zgodovino sprejeli kot preveč same po sebi umevne --, tako kot Montesquieu, Beccaria in drugi razsvetljenski misleci, še naprej podlegamo osnovni zmoti. Del te zmote je tudi v mitu o obstoju materialne, meritorne, celo transcendentalne pravičnosti.

V času Razsvetljenstva so predvsem pod vplivom Montesquieuja domnevali, da *lahko* obstaja -- in da iz ideoloških razlogov zato *mora* obstajati jasna delitev dela (razmejitev pristojnosti) med zakonodajno in sodno vejo oblasti. Ta delitev dela se je s francosko revolucijo, ker naj bi zakonodajna veja kot edina predstavljala suverenost ljudstva, zakoličila

po kartezijansko-tektonski domnevno jasni črti razlikovanja med vsem abstraktno-zakonodajnim na eni ter sodnim, konkretizirajočim in konkretnim, na drugi strani. Fikcija o zakonodajni veji oblasti kot edini »legitimni« predstavnici »suverenega« ljudstva terja, naj ima izključno le ona pristojnost ustvarjati vsebinska *abstraktna* pravna merila za sojenje. Ta merila naj *in abstracto* in vnaprej določajo (determinirajo) vse situacije, ki jih nomotehnične abstrakcije sploh lahko predvidevajo.

Danes seveda vemo, da je ta dvesto let star in anahron abstraktno-preroški pristop k pretogi delitvi oblasti silno pomanjkljiv in marsikdaj zelo škodljiv. Sodnikom je po njem na voljo le naloga mehničnega konkretiziranja, tj. suženjska aplikacija teh abstraktnih kriterijev v konkretnih okoliščinah specifičnih primerov. Če bi ta mehanika delovala, bi lahko sodil računalnik, le da bi ta sodil bistveno hitreje. Vmesni teren med obema virtualnima skrajnostma je morda teren interpretacije, zlasti teleološke interpretacije. Če kdo misli, da je to le pravno-epistemološko vprašanje, naj se spomni referendumске odločbe bivše ekipe Ustavnega sodišča in tedanjih rabidnih reakcij orkestriranega tiska.<sup>1</sup>

Nasledki kartezijanske epistemologije, kajti v bistvu gre za ideološko togo stališče, ki se še danes kaže tudi v slovenski Ustavi – na primer pri določi o pristojnostih Ustavnega sodišča -- o ohranitvi razlikovanja po meji abstraktno - konkretno, so bili temeljiti.<sup>2</sup> Organski proces demokratičnega nastajanja prava se je odtujil sojenju, konkretnim sporom med konkretnimi ljudmi in tako svojemu empiričnemu viru. Postal je teoretično deduktiven, namesto da bi bil praktično induktiven.

Tudi obsedenost z abstraktno-dedukcijskimi kodifikacijami, ki naj bi izhajala iz demokratične premise o volji suverenega ljudstva, predstavljenega v nacionalni skupščini, je

---

<sup>1</sup> Globlje vprašanje, v katerega se tu ne moremo spustiti, je, ali je fikcija o delitvi oblasti po črti abstraktno - konkretno nujna iz demokratičnih razlogov. Javne raziskave pred sedmimi leti so na primer pokazale, da je bila kredibilnost Ustavnega sodišča bistveno višja kot pa kredibilnost izvršilnih politikov in Državnega zbora. Kateri od obeh je potem »legitimnejše« predstavljal voljo »suverenega« ljudstva? Moderna tehnika bi omogočala neposredno izražanje volje ljudstva ne le preko referendumov; sociološke raziskave v posameznih vprašanih precej natančneje povzemajo voljo ljudstva kot pa relativno oddaljena zakonodajna oblast. Zakaj torej vztrajati pri fikcijah iz 17. stoletja?

<sup>2</sup> Glej 160. člen Ustave RS (pristojnosti Ustavnega sodišča), zlasti izjemno alinejo 6, ki določa pristojnost v ustavnih pritožbah. Glej tudi 3. odstavek 1. člena Zakona o Ustavnem sodišču, ki sicer pove, da so odločbe Ustavnega sodišča obvezne, ne pove pa, za koga. Če bi ta člen določal, da so odločbe US obvezne tudi za vsa druga sodišča, kot *de facto* tudi so, bi bila omenjena prisiljena delitev na abstraktno in konkretno presežena. Podoben je problem z določbo 46. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah. Čeprav je vsakomur jasno,

bila v resnici značilna za razsvetljene samodržce. Z zakoniki vladarjev, kot so bili Napoleonov *Code Civil*, katerega 200-letnico so pravkar praznovali, pa zakonik Leopolda Toskanskega, *Landesgericht* Friderika II. Velikega itd., se je, če povzamemo von Savignyja, pretrgala popkovina med pravom in življenjem naroda.<sup>3</sup> Ti vladarji so hoteli vladati popolno in abstraktno. Sodna veja in juristi sploh s svojimi interpretacijami so jim bili močno napoti.

Današnja posledica francoske revolucije pa je, da stabilnost povsod v kontinentalni – iz očitnih razlogov pa še zlasti v osrednji in vzhodni Evropi trpita tako politična kot socialna stabilnost. Stabilnost trpi, ker jo tudi zaradi posledičnega pravnega formalizma – ta pa je posledica sodnikove *mehanične* vezanosti na formulo zakona - obremenjujejo slabo razrešeni, prepozno razrešeni ali pa sploh nerazrešeni spori. Opazka o socialni in politični nestabilnosti lahko velja za prvi neznaten spor o motenju posesti, pa vse do zadnjega in najvišjega spora med vejami oblasti pred ustavnim sodiščem. Kaj lahko družbeno skupnost bremeni bolj kot to, da dejansko in vsak dan znova prevladajo tisti, ki brezobzirno kršijo tako moralo kot pravo, pravični pa to tiho – kakopak -- prenašajo?

Biti pošten lahko postane sinonim za biti neumen. To nujno vodi v anomijo in celo v anarhijo. Medtem pa sodniki dobesedno plavajo v pravnem formalizmu, zaradi katerega med drugim nastajajo tudi metuzalemski sodni zaostanki. Glas razuma in zdrava pamet, ki bi spor lahko hitro in pravično razrešila – samo če bi sodnik res imel sodno oblast --, sta pogosto pozabljena.

Na koncu gre enostavno za to, da sodna oblast iz zgodovinskih razlogov v določeni državi nima poguma. Sama sebe in svoje oblasti ne jemlje dovolj resno. In obratno. Tega se sodna veja zvečine niti ne zaveda, ker pač domneva, da vzorci, katerih so se sodniki naučili na pravni fakulteti, veljajo še naprej. Toda ravno ti ustaljeni miselni vzorci sami – pa ne samo pri nas -- so v marsičem generacijsko obložena oblika sodne pohlevnosti. Kasneje se kažejo kot pravni formalizem, ozki pozitivizem, politična podredljivost itd. Zanimivo je na primer, da na Evropskem sodišču za človekove pravice še nisem videl pritožbe o nerazumnem zavlačevanju sodne presoje, ki bi prišla iz Združenega kraljestva ali jurisdikcij, ki so pod

---

da so *de facto* odločbe sodišča splošno (*erga omnes*) obvezne, pa ta 46. člen v prvem odstavku določa, da so odločbe Sodišča obvezne le *inter partes*.

<sup>3</sup> Te kodifikacije so bile v glavnem le sistematiziran povzetek (*restatement*) sodno-empiričnih materialnih pravil, ki so se nalagala v stoletjih sodne presoje konkretnih sporov.

njenim vplivom, ko pa vendar vemo, da je v anglosaškem sistemu proces precej bolj zahteven kot na kontinentu.

Sodna oblast sama sebe ne jemlje dovolj resno tudi zato, ker je drugi dve veji oblasti ne jemljeta resno. Pogosto je sploh ne jemljeta kot pravo oblast, ampak prej kot neke vrste besedni inženiring in virtualni sodni servis brez neposredne moči. Ko govorimo o prestižu, pa ne smemo pozabiti, da se na prehodu med generacijami posvečajo pravu najbistrejši in najsposobnejši, kot na primer v sistemu *Common Law* ali pa tudi ne. Že Max Weber je opozoril, da angleški pravni sistem deluje najbolje ravno zato, ker je bil od nekdaj prestižen. Da to povratno vpliva na pravno kulturo, je tudi jasno. Zato že zadnjih dvajset let ponavljam, da je to vprašanje treba pričeti zdraviti pri visokih vstopnih merilih za študij prava.

Najmanj, kar je v tem pogledu mogoče reči, je, da je opisani mit o jasni delitvi na abstraktno in konkretno sicer latentno, a akutno *politično* vprašanje. Izvira iz izvorne revolucionarne zablode o tem, da je pravni proces gola konkretizacija abstraktne ter politično »legitimne« zakonodajne volje suverenega naroda, predstavljenega v nacionalni skupščini. V temelju gre za značilno francosko nezaupanje do sodstva (*»gouvernement des juges«*). Kontinentalni pravni sistemi tako vsi po vrsti, zaradi vpliva francoske revolucije, plačujejo ceno za sodno arbitrarnost francoskega *»ancien régime«*. A s pričetkom dejavne ustavnosodne presoje se je na srečo marsikaj od tega, tudi v Sloveniji in v nekaterih pogledih celo predvsem v Sloveniji, pričelo spreminjati na bolje ...

A če se vrnemo več kot dve tisočletji v zgodovino, naletimo na prvo zapoved rimskega zakonika dvanajstih plošč, ki se glasi: *»Si in ius vocat, ito!«* »Če si poklican pred sodišče, pojdi!« Podreditev zasebnega spora sodni presoji je bila zavezujoča, še preden je sploh obstajal spremenjen pojem 'pravice' in njenega 'remedija.' Skrb na tej stopnji sploh ni bila predvsem v tem, da bi se 'delilo pravico' v *materialnem* smislu, temveč da se zagotovi *postopek* mirnega razsojanja. Kot rečeno, sodna presoja je bila od vsega začetka nadomestek za uporabo sile kot neposrednega in tako rekoč naravnega – pa čeprav primitivnega – sredstva za razreševanje sporov. Na tej podlagi se je razvilo običajno pravo, najprej v rimskem in kasneje v anglosaškem pravu. Govorimo o 2500 letih tradicije.

Prvobitni izvor tega, čemur danes pravimo pravo, je bil v celoti postopkoven. Šele zlagoma in postopno so ti obvezujoči postopki, v katerih so zasebni spori podvrženi

zavezujoči sodni razrešitvi (namesto rešitvi z orožjem), ustvarili potrebo po ustaljenih materialnih merilih meritorne presoje (načela, doktrine, pravila). Na ta način je tudi pojem 'pravice' v celoti drugoten. Podobno je metafizična, transcendentalna pa tudi vsakdanja ideja o 'pravičnosti' terciarna, se pravi zgodovinsko derivativna. Kot sledi iz Hobbesovih misli:

»Tej vojni vsakogar proti vsakomur sledi naslednje: namreč da nič ne more biti nepravilno. Pojmi o tem, kaj je prav in kaj narobe, kaj pravično in kaj nepravilno, tam ne obstajajo. Kjer ni skupne Moči, tam ni prava: kjer ni prava, tam nepravilnosti sploh ni.«<sup>4</sup>

Danes jemljemo pojmovanje o 'pravičnosti', 'pravu', 'pravici' itd., spomnimo se na primer »*Hlapca Jerneja in njegove pravice*«, za samoumevne in jih celo prežemamo z določenim transcendentalnim poudarkom. Vendar si je dobro priklicati v spomin, da so se pravi izvori te sprejete modrosti razvili – prav preko *postopka* razsojanja – iz popolnoma praktične potrebe po ohranjanju miru in harmonije znotraj katerekoli družbeno urejene skupine ljudi. Tudi najmanj temeljna, na primer plemenska delitev dela, zahteva nič manj kot ta minimum interpersonalne stabilnosti.

---

<sup>4</sup> Hobbes, Thomas, *LEVIATHAN*, XII, 62, para. 3, rubrika »In such a Warre, nothing is unjust.«

## II.

### Sodna presoja kot nadomestek za moč in nasilje

Sodna presoja -- torej dokončno in obvezno odločanje v sporih -- je temelj vsega pravnega. Ko se poglobimo v samo bistvo prava kot vidika poslovanja in vladanja v državi, kot kompleksnega, raznolikega, kulturno prepredenega in družbenopolitičnega fenomena, ugotovimo, da izhaja iz ene same potrebe. To najbolj osnovno družbeno potrebo in posledični zgodovinski proces njenega izpopolnjevanja, razdrugačenja, razvoja — imamo lahko za temeljni predpogoj kulture.

Gre torej za obstoj in za nadaljevanje civilizacije.

Naravni predpogoj katerekoli interpersonalne matrice, od družine do države, je najprej ustvariti in nato ohranjati mir pred nasiljem in harmonijo. Tudi najbolj primitivna plemenska skupnost si ne sme dopustiti, da bi sicer normalna in neogibna nestrinjanja, nesporazumi in spori med posamezniki privedli do ponovnega zdrsa, do regresije, do grobega fizičnega obračunavanja. To drži celo v skupinah ne-človeških primatov in celo nižjih živalskih vrst, kjer gospodujejo živali, ki ohranjajo svojo moč z nasilnim vzdrževanjem hierarhičnega reda, s tem tudi ohranjajo podrejenost in mir v odnosih. V zgodovini človeških družb pa se je ta preprosti in primitivni hierarhični red postopoma in zlagoma razvil v vedno večje aglomeracije oz. zbirne moči, se pravi v organizacijo države in oblike organizirane dejanske prevlade. Nanjo se bomo v nadaljevanju sklicevali s sintagmo 'red in mir.'

V jedru tega razvoja, ki je potekal vsaj nekaj deset tisočletij, leži potreba po obrambi pred stalno grožnjo regresije v tisto, kar je Hobbes v svojem *Levitanu* imenoval vojna vseh proti vsem (*bellum omnium contra omnes*),<sup>5</sup> in čemur Kitajci pravijo 'luan': kaos, anarhija, zmešnjava, nered.

---

<sup>5</sup> »Hereby it is manifest that during the time men live without a common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called Warre; and such a warre, as is of every man, against every man. For Warre consisteth not in Battell onely, or the act of fighting; but in a tract of time, wherein the Will to contend by Battell is sufficiently known: and therefore the notion of *Time*, is to be considered in the nature of Warre; as it is in the

Izhajamo torej iz premise, da je vojna vseh proti vsem naravno, primitivno in nagonsko stanje. Do nastanka države, njenega reda in miru je prišlo z združevanjem, urjenjem in krotjenjem prebivalstva. Tu se je, kot poudarja Nietzsche, prvinsko razpolagalo s 'surovim materialom' in 'pol-živalskostjo' članov združb. Zaradi svoje izurjenosti za boj in sposobnosti za organizacijo si je bilo mogoče podrediti tudi številčnejša, a neorganizirana prebivalstva.<sup>6</sup> Določena stopnja sposobnosti za organizacijo je bila predpogoj za vzpostavitev državne skupnosti in s tem njenega 'reda in miru'.

Tudi po vzpostavitvi državne strukture moči pa prvotno surovo stanje še vedno in samo od sebe teži k ponovni pojavnosti. Regresija kot odziv na fizično obračunavanje se zgodi takoj, ko 'red in mir', ki ga sicer izvaja organizirana moč države, zaradi revolucije ali vojne presahneti. Tedaj se zgodi, da kulturno izoblikovane zavore, inhibicije, prepustijo prostor biološko podedovanim živalskim nagonom. Normalen odziv na frustracijo je namreč agresija. To privede do regresije, do splošnega obračunavanja vseh z vsemi. Iz te anarhije na koncu izide tisti, ki je fizično najmočnejši – navadno zato, ker je najboljše organiziran. Toda vsaka državljanska ali mednarodna vojna je regresija v barbarstvo. V pravni govorici to kaže na odsotnost 'reda in miru' ter na potrebo po njegovi ponovni vzpostavitvi.

Zdrs na bitko vseh proti vsem je lahko le začasno poslabšanje uvodne stopnje v okviru normalne težje k kopičenju moči, tj. k primitivni biološki situaciji, v kateri sta moč in vpliv nad drugimi odvisna od brutalne fizične prevlade. Če takšnemu razvoju, denimo v modernih situacijah, ko države razpadejo, dopustimo neovirano nadaljevanje, nas to navadno privede k vzpostavitvi primitivnega samodržstva. Nedemokratičen režim pa ima vgrajen samouničevalni

---

nature of Weather. For as the nature of Foul weather, lyeth not in the showre or two of rain; but in an inclination thereto of many dayes together: So the nature of War, consisteth not in actuall fighting; but in the known disposition thereto, during all the time there is no assurance to the contrary. All other time is Peace.” (*Ibidem*, XII, 62, para. 2, rubrika “Out of Civil States, there is always Warre of every one against every one.”)

<sup>6</sup> “[T]he welding of a hitherto unchecked and shapeless populace into a firm form was not only instituted by an act of violence but also carried to its conclusion by nothing but act of violence – [...] the oldest “state” thus appeared as a fearful tyranny, as an oppressive and remorseless machine, and went on working until this raw material of people and semi-animals was at last not only thoroughly kneaded and pliant but also *formed*. I employed the word “state”: it is obvious what I meant – some pack of blond beasts of prey, a conqueror and master race which, organized for war and with *the ability to organize*, unhesitatingly lays its terrible claws upon *a populace perhaps tremendously superior in numbers* but still formless and nomad.” (Nietzsche, Friedrich, *Genealogy of Morals*, Second Essay, Walter Kaufmann (prev.), Random House, New York, 1969, Sec. 17, para. 1 in 2, p. 86 /poudarki dodani/.)



– »*self-destruct*« -- program. Polpretekla »diktatura proletariata« v vzhodni Evropi je najlepši dokaz za to.

Z vidika mednarodnih odnosov in mednarodnega prava je regresija na fizično obračunavanje in dejansko merjenje moči tragična. V temelju je neskladna s splošnimi dosežki civilizacije, etosa in kulture. Slednji so namreč ohranjeni prav v neokrnjenih zbirih moči. Ta sestop z ravni civilizacije in kulture, kot zgodovina in prav sedanji dogodki, nazadnje na primer v Ukrajini – žal ves čas nazorno kažejo, predstavlja za vsako človeško družbo venomer in vsemu navkljub navzoči možnost in nevarnost. Vsak razpad državnega 'reda in miru' – to je skorajda tautologija – ima neposredno posledico v splošni regresiji v brezvladje. Razpad Sovjetske zveze, na primer, je privedel do razpadov mnogih drugih državnih oblasti v vzhodni Evropi. Imeli smo veliko možnosti za opazovanje različnih stopenj regresije tako reda in miru kot tudi vladavine prava – od Albanije do Moldavije, Gruzije, Kazahstana, Srbije itd.

Ko pa je enkrat red in mir vzpostavljen, pridemo do naslednje naloge civilizirane skupnosti, to je do naloge vzpostavitve vladavine prava.

Funkcionalno je vladavina prava nasledek vzpostavitve mirne družbene skupnosti ter izvira iz samoumevnega pričakovanja posameznikov, da lahko svoje velike in majhne spore razrešujejo z moči logike, torej pravično – in ne po z logiko moči, to je neposredno fizično prevlado. Gre za vzpostavljanje splošnih načel, pravil in postopkov, ki so naperjeni zoper kakršni koli samovolji in zlorabi vzpostavljenega 'reda in miru'. Dokončno, učinkovito, predvidljivo, predvsem pa tudi prepričljivo razsojanje v sporih je temeljni namen 'vladavine prava'. Le logično dosledno razreševanje sporov ohranja socialno stabilnost na vse ravneh, od spora o motenju posesti pa do spora med vejami oblasti pred ustavnim sodiščem.

Najlepši izraz te težnje k 'vladavini prava' in prvi ustavi predstavlja *Magna Charta Libertatum* iz leta 1215. *Magna Charta*, ki je bila izraz pogajalskega premirja med kraljem Ivanom I. Brez dežele na eni strani in baroni na drugi strani. Sprti strani sta sklenili to vzorčno pogodbo o 'družbenem miru,' ker sta prišli do dejanskega spoznanja, da nadaljnje sovražnosti in prelivanja krvi ne bi imeli nobenega smisla. Tu sta bila pravo in politika logično nadaljevanje oz. alternativa državljanski vojni.

Vladavina prava pa je pogojena z redom in mirom, se pravi s prisilo državne oblasti. V načelu sodna odločba brez prisilne izvršbe ne pomeni kaj dosti. Ker temeljita red in mir na prevladi arbitrarne logike moči nad pravično močjo logike, vladavina prava pa nasprotno na prevladi predvidljive moči logike nad samovoljno logiko moči, pridemo do protislovnega, dinamično-dialektičnega stanja. V tem stanju naj bi pravična in razumna logika nadomestila samovoljno silo. Obenem pa je prav organizirana državna prisila ('red in mir') prvi pogoj za njeno pravno obvezno učinkovitost. Če bi vladavina prava temeljila le na logični in moralni prepričljivosti, tega protislovja ne bi bilo. Tako pa imamo opravka z antinomijo. Logika moči na eni ter moč logike na drugi strani, 'red in mir' na eni ter 'vladavina prava' na drugi strani -- sočasno pogojujejo in obenem izključujejo obstoj drug drugega.<sup>7</sup>

Sodna presoja kot način reševanja sporov temelji na logiki, to je na razumni uporabi pravnih dognanj, načel, doktrin, precedensov in pravil. Lahko pa se udejanji le pod pogojem, da obstaja dovolj obsežen zbir moči, ki omogoča njegovo praktično izvršbo. Sodna presoja je poskus elementarnega preokreta od prisiljevanja z nelogičnim nasiljem k logični prisili, od fizičnega boja k besedni in logični prevladi. Sodna presoja je v osredku te preobrazbe od naravnega vojnega stanja najprej k 'redu in miru' in potem k 'vladavini prava'. Sodna presoja po pravilih logike je zrcalna slika blokirane nasilja.

Dokončno pravno reševanje sporov je nujna storitev, ki jo zagotavlja država. Slednja mora to storitev zagotoviti nemudoma, potem ko ji uspe zaustaviti hobbesovsko 'vojno vseh proti vsem'. Če tega ne stori hitro in učinkovito, bodo nerazrešeni spori spet težili k fizičnemu in drugačnemu nasilnemu razreševanju. Vladavina prava torej ni stvar širokogrudnosti državnega režima. Vsak kralj v zgodovini je razumel, da s tem ohranja *socialno* stabilnost v državi. Magna Charta iz leta 1215 je pakt o *politični* stabilnosti v državi, temu pa danes služi predvsem odločna in kredibilna jurisdikcija ustavnega sodišča, ki je varuhinja tega pakta. Glede slednjega je značilno, da obveznost odločb ustavnega sodišča ne more temeljiti na fizični, ampak na moralni in politični – tudi na mednarodnopolitični – prisili. Prestiž in spoštovanje, ki ga drugi dve veji namenjata sodni kot najmanj nevarni veji

---

<sup>7</sup> Za pojem antinomije glej: Unger, Roberto Mangabeira, *KNOWLEDGE AND POLITICS*, The Free Press, New York and London, 1975, pp. 88-100.

oblasti, sta odličen lakmusov test za civiliziranost in kulturnost nekega pravnega in političnega okolja.

Brez učinkovite in hitre sodne presoje v vsakdanjih sporih pa sta red in mir spodkopana ne le s posledičnim opustošenjem človeških interesov in odnosov, temveč, če takšnemu nadvladovanju z brutalno fizično premočjo dopustimo neovirano nadaljevanje, z napredujočim vzpostavljanjem vsakršne oblike države znotraj države. Tu je tožilstvo s policijo tisto, ki igra vlogo imunskega sistema neka države. Sistemsko nekaznovanje zatekanja k sili in zlorabi vodi – podobno kot to vidimo pri organiziranem kriminalu – k izoblikovanju od države odtujenih naborov moči. Prek mafijskih konspiracij, korupcije in drugih načinov osmoze, tudi v stanjih normalnega 'reda in miru', ti odtujeni zbiri avtonomne moči težijo k zlitju s tisto državo, ki bi ji morala biti vladavina prava primarna skrb. Taka država potem rada degenerira v tako imenovano 'mafijsko državo.'

Celoten pravni proces je tako zgodovinsko kot funkcionalno sekundarni nadomestek instinktivnega primarnega nasilja. Če vladavina prava prevlada funkcionalno, tj. če deluje, dokler Nietzschejev »surovi material ljudi in pol-živali ni ne le popolnoma zgneten in upognjen, temveč tudi izoblikovan«, potem simbolično predstavlja kulturno zamenjavo logike moči z močjo logike. Logika moči je torej predpogoj moči logike. 'Red in mir' sta predpogoja za 'vladavino prava.'

Po drugi strani to tudi pomeni, da bo 'vladavina prava' onemogočila določene neomejene vidike 'reda in miru,' tj težnje po samovoljni uporabi državne oblasti. V tem smislu je 'vladavina prava' zanikanje 'prava in reda.' Odnos med arbitrarno logiko 'reda in miru' na eni strani ter dosledno logiko 'vladavine prava' na drugi strani je torej razmerje med dvema silama, ki sta, »čeprav vzajemno nasprotni, obenem druga za drugo nepogrešljivi«. <sup>8</sup> Tu niti ni pomembno, ali to imenujemo 'dialektično razmerje' ali 'antinomija'.

Vendar Hegel pravilno poudarja, da taka notranja protislovja predstavljajo dinamično silo napredka, tj, pravo gonilo zgodovine. To neprestano protislovno preigravanje in prerivanje med logiko 'reda in miru' na eni strani in 'vladavino prava' na drugi strani, torej med močjo na eni ter pravičnostjo na drugi strani – v ustavnopravni teoriji se to kaže v

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 13.

doktrini delitve oblasti sploh in še posebej v doktrini zavor in ravnovesij -, je očitno vsakemu pravniku, ki deluje v praksi. Področji ustavnih in človekovih pravic pa sta najbolj nazorno razvidni bojni polji teh nasprotij. Ko s Heglom pravimo, da je to protislovje gonilo napredka, imamo v mislih hektolitre krvi, ki je pretekla v vojnah in revolucijah za to, da bi se vzpostavila vladavina prava. V mislih pa imamo tudi manj dramatične hektolitre črnile, pozabljene za pravniška pisanja, v katerih je ta lajtmotiv tako ali drugače vseskozi prisoten.

Pravni red, tj. 'red in mir' v dinamični povezavi z 'vladavino prava,' pa predstavlja tudi imunski sistem, ki varuje družbeno telo pred infekcijami. Če imunski sistem ne reagira, različne oportunistične bakterije, nadlegujejo in spodkopavajo zdravje in stanovitnost celotne države. Tu razumeti moramo, da sta 'red in mir' na eni strani ter 'vladavina prava' na drugi strani dve protislovni plati iste medalje.

Med drugim to pomeni, da je vrnitev sodno ustvarjenega prava – preko sodnega nadzora (*judicial review*), preko ustavnih in preko mednarodnih sodišč – nekaj organskega in pristnega. Sodna presoja je pristni stik prava z 'življenjem naroda,' tj. z izkustveno družbeno dejanskostjo. Končno, a pomembno, se je ta stik z dejanskostjo izkazal kot pomemben prispevek k družbeni in politični stabilnosti povsod – nedavno tako v vzhodni kot tudi v zahodni Evropi –, kjer sodni nadzor, ki ga opravljajo ustavna sodišča zagotavlja odločilen sodni korektiv zakonodajnega delovanja in predvsem samovoljne zlorabe izvršne veje oblasti.

Vendar pa temeljna moralna dilema ostaja realna. Protislovje med 'vladavino prava' ter 'pravom in redom' ni razrešeno. Zato nenasilje temelji na nasilju države. To pa ima moralne posledice!

Moralne posledice ima zato, ker je pravičnost vsebovana v vladavini prava, vendarle okužena z nasiljem, ki izhaja iz logike moči, to je iz vzdrževanja 'reda in miru.' Samo pravičnost, ki bi bila sama po sebi in popolnoma prepričljiva, in ki torej ne bi potrebovala prisilne izvršbe, bi bila osvobojena te moralne hipoteke nasilja. Slednje pa je seveda nemogoče, ker absolutno prepričljive sodne odločbe ne more biti. Ne more je biti, ker bi njena prepričljivost lahko temeljila samo na očitnem razlikovanju med dobrim in zlim. Toda če bi tako razlikovanje obstajalo, do sporov ne bi niti prihajalo. Sociološko bi tu govorili o vrednotah, ki so stoodstotno deljene in asimilirane. Zlasti v današnjih družbah pa se dogaja

prav nasprotno. Masovno zatekanje k sodni presoji je posledica dejstva, da ljudem sploh ni več očitno, kaj je pošteno in prav in kaj ni. Govorimo o moralni relativizaciji in o anomiji. Takó nasilje še naprej deluje kot jamstvo za nenasilje. Tudi zaradi tega so sodni sistemi do skrajnosti preobremenjeni z logičnim razreševanjem tistega, kar bi po moralnih merilih in po zdravi pameti nikoli ne smelo priti pred sodišča, ampak bi se moralo razrešiti s sklicevanjem na vrednote, ki sta jim zapisani obe strani v potencialnem sporu. Kitajska pravna filozofija zelo dobro razume, da gre le v skrajni sili sklicevati se na tisto, kar je Max Weber imenoval razumna interpretacija prava – »*the rational law interpreting*«. Če bi bili stranki zapisani istim vrednotam, do večine sporov sploh ne bi moglo priti.

### III.

#### Spori v mednarodnih odnosih

Tragični dogodki 11. septembra 2002 so opozorili, kako *zelo* je civilizacija zaradi nasilnih interferenc v resnici ranljiva. Ta predvidljiva ranljivost – neposredna posledica diferenciacije v globalni delitvi dela, ki povzroča visoko stopnjo entropije in tako zahteva progresivno vedno bolj in bolj prefinjeno stopnjo mikroupravljanja in organizacije – izhaja iz prekomernega razhajanja v razvoju različnih civilizacij. Visoko spremenjeni vodeni sistemi so podvrženi intenzivni entropiji, tj. celo za preprosto vzdrževanje njihovega vodenega delovanja zahtevajo vedno več prefinjenega organizacijskega vložka. Visoko vodeni zaprti sistemi so zelo občutljivi na nered. Že sama odsotnost skrbnega vzdrževanja, če pustimo ob strani neposreden napad na njihovo delovanje in njihovo virtualno resničnost, lahko privede do njihovega popolnega sesutja. Primeri takšne izpostavljenosti se raztezajo od nestabilnosti računalniških sistemov do virtualne resničnosti tistega, kar se dogaja na velikih borzah.

Tako je intuitivno očitno, da so visoko razdrugačeni sistemi prirejani za okolje Durkheimove organske solidarnosti.<sup>9</sup> Durkheim je dejansko trdil, da bo visoka stopnja delitve dela ne le zahtevala, temveč tudi neposredno ustvarjala mirno in harmonično organsko solidarnost. Visoka spremenjenost delitve dela naj bi ljudi silila v to, da bi se zapisovali istim vrednotam. Ni se mu posvetilo, da bo omenjena solidarnost – če to sploh drži omejena le na okolje zahodne civilizacije in da bo izven tega prostora preveliko razhajanje z drugimi kulturami pozivalo k *nasilnemu* reševanju antagonizmov, ki so vrojeni v prekomerno razvojno razhajanje.

Jasen odgovor na prekomerno razhajanje v tem težavnem mednarodnem položaju je, da bi se produktivno kooptirala doslej izključena in nerazvita kulturna in ekonomska okolja. Razviti narodi bi morali ponuditi gospodarsko pomoč in druge vrste pomoči tistim, ki zaostajajo v svojih zmožnostih za sodelovanje. To bi bilo v kratkoročnem in še posebej v

---

<sup>9</sup> Glej: Durkheim, Emile, *THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY*, (G. Simpson prev.), The MacMillan Co., New York, 1933.

dolgoročnem interesu Zahoda.<sup>10</sup> Tudi tu seveda velja, da so vsa politična vprašanja navsezadnje moralna vprašanja. Ko govorimo o ozkih interesih in o moralni kratkovidnosti Zahoda, govorimo v resnici o majhnem osebnotnem formatu današnjih politikov. Govorimo čisto enostavno o nevelikodušnosti.

Z drugimi besedami, 'trk civilizacij' je sinonim za mednarodno konfliktno okolje. V tem okolju nasprotja vedno bolj ignorirajo. Do tega prihaja, ker temelji strukturalnih konfliktov izvirajo iz *dejanskih* neskladnosti kratkoročnih ekonomskih interesov. Če bi se, v zaznavanju teh antagonističnih stanj, politični in ekonomski protagonisti velikodušno zapisali bolj univerzalnim vrednotam in globlji dobronamernosti, če bi bili torej z drugimi besedami manj egoistični in kratkovidni, bi imeli skupni imenovalec, na čigar podlagi bi se vsaj na dolgi rok ti konflikti razreševali. Kot tako pogosto v življenju sploh, je tudi tu poštenost na dolgi rok veliko bolj pragmatična od navidez racionalnih ekonomističnih kalkulacij. Če bi člani nezahodnih civilizacij čutili, da na Zahodu obstaja globoko legitimna *moralna* prednost, s katero bi se lahko pozitivno poistovetili, bi bilo ta protislovja mogoče preseči. Prava moč neke kulture namreč izhaja predvsem iz tega, v kolikšni meri ta kultura predstavlja vzor drugim kulturam in za njihovo posledično pozitivno istovetenje z njo.<sup>11</sup> Brez pristne moralne pobude pa je na koncu edina alternativa svetovna vojna, ki verjetno vodi, kot običajno, h globalnemu zbiru moči.

Kot vsako drugo zatekanje v nasilje pa tudi napad 11. septembra izhaja – kaj je ta zaznava še tako neumestna – iz očitnega in nerazrešenega konflikta: trka med različnimi vrednotami, kulturami, veroizpovedmi in – pri koreninah vsega tega – različnimi stopnjami doseženega ekonomskega razvoja. Ali lahko zato v celoti podpremo Huntingtonovo teorijo 'trka civilizacij', je pa že drugo vprašanje. Dejstvo je, da je bil sam napad izraz očitnega in nerazrešenega *konflikta*. Ta zaznava je lahko odraz raznolikosti v intimno privzetih

---

<sup>10</sup> Glej delo Lesterja Thurowa z naslovom *FUTURE OF CAPITALISM: HOW TODAY'S ECONOMIC FORCES SHAPE TOMORROW'S WORLD*, Morrow & Co., New York, 1996. Po Thurowu je notranji problem liberalnega kapitalizma nezmožnost načrtovanja za več kot petletno obdobje 'povratka investicij'. 'Motiv dobička', ki je gonilna sila liberalnega kapitalizma, je po svoji naravi nezmožen dolgoročnih (in zato velikih) projektov. Pobudo bi tako lahko prevzela le država, če bi demokratični proces dejansko koval ustvarjalne voditelje z novimi idejami. Thurowo stališče je, da jih ne. Po njegovem mnenju neizprosno tonemo v novo obdobje srednjega veka.

<sup>11</sup> To misel dolgujem harvardskemu profesorju Karlu Deutschu s Kennedy School of Government. Podobne ideje zagovarja v zadnjem času Joseph Nye preko koncepta 'mehke moči' (*soft power*). Glej: Nye, Joseph, *SOFT POWER: the Means to Success in World Affairs*, PublicAffairs, New York, 2004 in Nye, Joseph S., *THE PARADOX OF THE AMERICAN POWER: WHY THE WORLD'S ONLY SUPERPOWER CAN'T GO IT ALONE*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

vrednotah, tj. islamskih proti zahodnim vendar je regresija na islamski fundamentalizem očitno posledica *realnih* ekonomskih in razvojnih neenakosti. Če Zahodu ne bo uspelo zmanjšati teh zakonitosti 'organsko' – preko moralno motivirane ekonomske vzajemnosti in z mednarodnim ekonomskim sodelovanjem –, bo neenakost v razvoju vodila k 'mehaničnemu', tj. nasilnemu razreševanju. Od vitalnosti zahodne civilizacije je potem, kot to poudarja Huntigton, odvisno, ali bo iz tega konflikta izšla kot zmagovita. Treba je tudi reči, da je glede tega Huntigton hudo pesimističen in da svetuje izogibanje neposrednemu trku z islamsko civilizacijo.

V našem sobesedilu pa nas predvsem zanima, zakaj v takšnih mednarodnih okoliščinah konfliktov ni mogoče razreševati z mehanizmom razsojanja. Odgovor je jasen. Ne obstaja prevladujoč zbir moči (globalna država), ki bi zagotavljal monopol prisile, torej mednarodni 'red in mir.' Tudi ne obstaja globalni mehanizem sodne presoje, ki bi razreševal mednarodne spore. Ker danes globalna vlada in globalni razsodnik ne obstajata, je zatekanje k nasilju v mednarodnih odnosih še vedno reden pojav. Z drugo besedo, ker ni nadnacionalne in zbirne 'logike moči,' tudi ni nadnacionalne in zbirne 'moči logike.' Ni mednarodne vladavine prava, ker ni mednarodnega nasilno vzpostavljenega reda in miru.

Tu se lahko vprašamo, ali bi mehanizem mednarodne sodne presoje lahko pripomogel k razreševanju konfliktov na globalni ravni. Razsojanje je namreč proces, preko katerega se spori razrešujejo s sklicevanjem na vrednote, ki so bolj univerzalne kot partikularne vrednote, izhajajoče iz nasprotujočih interesov strani v sporu. V mednarodnem pravu je govor o univerzalnosti človekovih pravic. To že kaže na potrebo po univerzalni hierarhiji vrednot.



#### IV.

### Mednarodna sodna presoja

Temeljna značilnost mednarodnih odnosov in mednarodnega prava vse od Westfalskega miru iz leta 1648 dalje je, da gre za odnose med suverenimi državami, se pravi za odnose na horizontalni ravni. Takšna ureditev je bila utemeljena z načelom *cuius regio, eius religio*, po katerem tisti, ki razpolaga z ozemljem, določa tudi veroizpoved. Omenjeno načelo je imelo svoj zgodovinski smisel, če se spomnimo, da je Westfalski mir končal t. i. tridesetletno versko vojno v Evropi. Zatem se je omenjeno načelo izključevanja drugih s svojega 'koščka zemlje' združilo s procesom ustvarjanja nacionalnih držav v 18. in 19. stoletju. Do danes se je to načelo obdržalo v mednarodnih odnosih kot prevladujoče.

Z drugimi besedami – govorimo o vprašanju suverenosti.

Povsem upravičeno pa se lahko vprašamo, ali ima to načelo, ki v svojem temelju izhaja iz fevdalističnega in partikularističnega dojetja sveta, še vedno pomen v času globalizacije oz. globalne delitve dela. Resnici na ljubo je treba priznati, da se je načelo suverenosti nekoliko razrahljalo v 19. in še posebej v 20. stoletju, ko je mednarodna skupnost za skupno upravljanje vedno bolj številnih medsebojno povezanih globalnih procesov, od vprašanja plovbe po mednarodnih rekah, telekomunikacij, intelektualne lastnine do sistema kolektivne varnosti in varstva človekovih pravic, pričela ustanavljati mednarodne organizacije.

A v temelju gre še vedno za sistem, ki deluje na horizontalni ravni. Brez pretiravanja lahko ugotovimo, da še naprej velja ugotovitev francoskega mednarodnega pravika Georges-a Scellea, ki je v tridesetih letih prejšnjega stoletja govoril o mehanizmu funkcionalnega podvajanja – *dédoublement fonctionnel* –, kar preprosto povedano pomeni, da izvajanje mednarodnih obveznosti, tudi tistih, ki izvirajo iz mednarodnih organizacij, še naprej sodi tako v domeno nacionalnih držav kot v domeno mednarodnih organizacij.<sup>12</sup> Vendar glede na dejstvo, da predvsem države razpolagajo z instrumenti prisilnega izvrševanja, to v resnici

pomeni, da se izvajanje *mednarodnih* obveznosti še vedno udejanja preko *nacionalnih* organov.

Nasprotno pa urejanje globalnih procesov, kot so varstvo planetarnega okolja, transnacionalni kriminal, korupcija in čezmejne finančne transakcije itd., vedno bolj zahtevajo tako nadnacionalno kot centralno urejanje zadev, to je urejanje, ki daleč presega državne okvire. S sistemskega stališča globalna delitev dela kar sama kliče po vzpostavljanju takšnih večjih agregacij moči to je takih, ki bi bile zmožne upravljanja kompleksnih *planetarnih* odnosov. A zaenkrat seveda še ne moremo govoriti o globalnem zbiru moči – globalni državi, ki bi razpolagala s prisilo izvrševanja obveznosti. Še najbolj se je v zadnjem času takšni dejavni ambiciji približalo delovanje Varnostnega sveta OZN. V okviru svojih pristojnosti varovanja svetovnega miru in varnosti se je Varnostni svet spopadal s problemi financiranja terorizma in širjenja orožja za množično uničevanje.<sup>13</sup> A kot kažejo pomanjkljivi konkretni rezultati – oziroma bolje rečeno: odsotnost teh rezultatov je domet delovanja Varnostnega sveta močno omejen z nacionalnimi interesi držav, izraženimi na horizontalni ravni mednarodnih odnosov.

Podobno tudi ne moremo govoriti o mednarodnem sodnem organu, ki bi razpolagal z globalno močjo sodne presoje. Izvirni greh za takšno stanje lahko najdemo na ustanovnem zasedanju OZN v San Franciscu leta 1945, ko so delegati – diplomatski predstavniki držav – zavrnili idejo o sodnem telesu, pristojnem za razreševanje pravnih sporov v okviru te organizacije. Namesto tega so pristali na rešitev, da je za pravno razlago Ustanovne listine OZN pristojen vsak organ znotraj svojih funkcij.<sup>14</sup> Nedvomno so jih k temu vodile bojzani o

---

<sup>12</sup> Glej: Scelle, Georges, "Le droit constitutionnel international", v *MÉLANGES RAYMOND CARRÉ DE MALBERG*, Librairie du recueil Sirey, 1933, Paris, pp. 503–515.

<sup>13</sup> Glej resoluciji Varnostnega sveta št. 1373 (2001) in 1540 (2004).

<sup>14</sup> Cf.: »In the course of the operations from day to day of the various organs of the Organization, it is inevitable that each organ will interpret such parts of the Charter as are applicable to its particular functions. This process is inherent in the functioning of any body which operates under an instrument defining its functions and powers. It will be manifested in the functioning of such a body as the General Assembly, the Security Council, or the International Court of Justice. [...] Difficulties may conceivably arise in the event that there should be a difference of opinion among the organs of the Organization concerning the correct interpretation of a *provision of the Charter*. Thus, two organs may conceivably hold and may express or even act upon different views. Under unitary forms of national government the final determination of such a question may be vested in the highest court or in some other national authority. However the nature of the organization and of its operation would not seem to be such as to invite the inclusion in the Charter of any provision of this nature. If two member state are at variance concerning the correct interpretation of the Charter, they are of course free to submit the dispute to the International Court of Justice as in the case of any other treaty. Similarly, it would be always open to the General Assembly or to the Security Council, in appropriate circumstances, to ask the International Court of Justice for an advisory opinion concerning the meaning of a provision of the Charter. [...] It is to be understood,

izgubi nacionalne suverenosti. Iz povojnih pripravljanih del (*travaux preparatoires*) današnjega 41. člena Konvencije o človekovih pravicah morda še bolj očitno izhaja, da se države podpisnice niso bile pripravljene podvreči *erga omnes* obveznosti odločb Evropskega sodišča za človekove pravice.<sup>15</sup>

Po drugi strani je zanimivo, da so v mednarodnih odnosih vedno bolj aktualne razprave o vzdrževanju reda in miru (*»law and order«*) v mednarodni skupnosti (tj. ustrezni 'reformi' OZN) ter o globalni 'vladavini prava',<sup>16</sup> kar z drugimi besedami pomeni, da prihaja do vedno globljega zavedanja o potrebi po dejanski vzpostavitvi obeh idej. Z zgoraj navedenimi zadržki pa lahko povsem logično pridemo do negativnega odgovora, da takšna globalna koncepta trenutno ne obstajata. In ne bosta obstajala, vse dokler ne bomo imeli globalne države in globalnega organa za razsojanje. Resnično globalna vladavina prava ne bo mogoča, dokler se nacionalne države ne bodo odpovedale 'suverenosti' in dale mednarodni sodni presoji moči za izvajanje njenih odločitev. Tu seveda govorimo o politični volji.

Zametki mednarodne 'vladavine prava' pa v okviru nekaterih mednarodnih organizacij vendarle obstajajo že zdaj. Ti zametki presegajo horizontalno logiko suverenih sporazumnosti ter predstavljajo novo težnjo k 'nacionalni' dimenziji v mednarodnih odnosih. A ta 'nacionalna' dimenzija ni nič drugega kot piramidalna zasnova nacionalnih pravnih redov, ki je v razrahljani obliki prilagojena mednarodnim okoliščinam. Zametki mednarodne 'vladavine

---

of course, that if an interpretation is made by any organ of the Organization or by a committee of jurists is not generally acceptable it will be without binding force.« (United Nations Conference of International Organization, Report of Rapporteur of Committee IV/2, San Francisco, 1945, Selected Documents, pp. 879-80, 1946 /poudarek dodan/.)

<sup>15</sup> 41. člen - *Pravično zadoščenje*. Če Sodišče ugotovi, da je prišlo do kršitve Konvencije ali njenih Protokolov, in če notranje pravo Visoke pogodbene stranke dovoljuje le delno zadoščenje, Sodišče oškodovani stranki, če je potrebno, nakloni pravično zadoščenje. Tekst v kurzivi (angl.: "if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made") je nerazumljivo in zavaja. V resnici predstavlja povsem neuporabno frazo, pobrano iz nekega predvojnega švicarsko-nemškega arbitražnega sporazuma. To frazo je nek bivši italijanski arbitražni sodnik - delegat predlagal kot kompromis. Do tega kompromisa pa je moralo priti, ko je bilo zavrnjeno prvotno predlagano besedilo, po katerem bi bile odločbe Evropskega sodišča *expressis verbis* obvezne in neposredno izvršljive v vseh državah podpisnicah. Če bi takrat do tega prišlo, bi imeli danes v Strasbourgu Evropsko ustavno sodišče. Evropsko sodišče danes (leta 2004) ne bi bilo zasuto s 46.000 pritožbami, do katerih prihaja, ker vsaj de jure (de facto je seveda res obratno) ne velja, da bi bili nacionalni sodni sistemi vezani na precedense Evropskega sodišča. Če bi bili, bi se ESČP lahko posvetilo pomembnim precedenčnim zadevam, kot to npr. velja za ameriško Vrhovno (kot ustavno) sodišče. Drug vidik tega problema so politični pritiski nekaterih držav podpisnic, ki se pokažejo v pomanjkljivem financiranju EKČP (manj kot 40.000.000 € na leto) pri 40.000 zadevah pripada --, v primerjavi z več sto milijonov evrov budgeta drugih mednarodnih sodišč. Slovenski prevod za angleško sintagmo *»benign neglect«* je verjetno *»namerno ignoriranje«*.

prava' so udejanjeni v obstoječih mednarodnih organih sodne presoje, predvsem v mednarodnih sodiščih za človekove pravice ter v mednarodnih kazenskih tribunalih in mednarodnem sodišču. Na ta način se v mednarodni skupnosti sicer spočenja mednarodna vladavin prava, toda mednarodni 'red in mir' sta še vedno utemeljena na 'funkcionalnem podvajanju' (*dédoublement fonctionnel*<sup>17</sup>), se pravi na disfunkcionalni, izključujoči in privilegirani vlogi nacionalnih držav. Iz tega na koncu sledijo dejanska merjenja moči.

Takšna ureditev, po kateri je 'vladavina prava' korak pred mednarodnim 'redom in mirom' – moč logike je en korak pred logiko moči --, se zdi presenetljiva iz našega uvodnega stališča, po katerem sta 'red in mir' pogoja za obstoj 'vladavine prava'. Seveda lahko odgovor iščemo v specifični strukturi mednarodnih odnosov, ki jim 'vlada' načelo suverenosti. To, danes provincialno načelo, zavira napredek mednarodnega 'reda in miru'.

Oblikovanje katerekoli družbene skupnosti, predvsem pa tudi mednarodne, namreč nujno terja tudi oblikovanje mehanizma za obvezno reševanje sporov. Dokler spore med subjekti posamezne družbene skupnosti rešujejo le s političnimi mehanizmi, je zdrs v hobbesovsko stanje vojne neizogiben. S systemskega stališča predpostavljajo politični mehanizmi reševanja sporov horizontalno reševanje med subjekti samimi, npr. s pogajanjem, kar lahko pri diametralno nasprotujočih partikularnih interesih privede do situacije, ko medsebojna rešitev spora med obema subjektoma *politično* ni mogoča.

Vzpostavitev družbene skupnosti mora zato, kot smo videli, zajemati *pravno* reševanje sporov, se pravi obstoj mehanizmov razsojanja, v katerih bo tretji subjekt razrešil spor s preseganjem partikularnih interesov strani v sporu, torej z vidika univerzalnih interesov družbene skupnosti. Očitno je, da takega mehanizma mednarodne sodne presoje ni težko vzpostaviti. Evropsko sodišče za človekove pravice s svojo nepogrešljivostjo in pripadom 46.000 pritožb je živ dokaz za to, da vladavina prava na mednarodni ravni deluje že petdeset let. Zatakne se seveda pri obveznosti odločb teh mednarodnih instanc. Kot pri vsaki sodni

---

<sup>16</sup> Glej govor generalnega sekretarja OZN Kofija Annana na letošnji 60. generalni skupščini OZN, 21. september 2004, *The Economist*, 20.–26. november 2004 in poročilo posebnega telesa za reformo OZN, 1. december 2004.

<sup>17</sup> Glej *supra*, op. št. 12.

odločbi, pa naj temelji na še tako prepričljivi pravni osnovi (»vladavina prava«), je obvezna izvršba (»red in mir«) njena sicer antinomična, a nepogrešljiva prvina.<sup>18</sup>

Mehanizmi sodne presoje preko graditve načel v posamičnih sporih, ki vsi stremijo k ohranjanju družbene skupnosti, razvijajo načelo vladavine prava in s tem, preprosto povedano, skrbijo za to, da univerzalnost prevladuje nad partikularnostjo in da družbeni mir prevladuje nad nedružbenim nasiljem. Ta preprosta logika velja tudi za mednarodno skupnost, ne glede na to, ali so subjekti v sporu države ali pa države in posameznik. Vzpostavitev mednarodnih sodišč in tribunalov izhaja iz tragičnih zgodovinskih izkušenj, v katerih hobbessovska vojna vseh proti vsem ni zajemala le primerov meddržavnega nasilja, temveč tudi nasilja držav preko njihovih agentov nad posamezniki. Ravno na tej podlagi so se razvila mednarodna sodišča za varstvo človekovih pravic in mednarodni kazenski tribunali in sodišča. Vsa omenjena mednarodna sodišča oz. tribunali delujejo na podlagi načel, ki so lastna mednarodni skupnosti (na univerzalni ali na regionalni ravni), kar pomeni, da stremijo k njihovem ohranjanju in k ohranjanju mednarodnega reda in miru. Tu moramo iskati razlog, zakaj je razvoj mednarodne vladavine prava korak pred mednarodno institucionalno ureditvijo, se pravi pred mednarodnim 'redom in mirom'. Kljub temu, da mednarodna skupnost temelji na 'partikularističnem' horizontalnem podvajanju,<sup>19</sup> je v njenem prvobitnem interesu, da spodbuja razvoj univerzalistične vladavine prava in mednarodnega razsojanja. *Zato je z vidika obstoja družbene skupnosti pravni diskurz razvojno naprednejši kot politični diskurz.*

---

<sup>18</sup> Glej ESČP primere *Metaxas c. Grèce*, ESČP, (Requête n° 8415/02), 27. maj 2004 ; *Burdov v. Russia*, (Application no. 59498/00), 7. maj 2002 ; *Jasiūnienė v. Lithuania* (Application no. 41510/98), 6. marec 2003. Iz te judikature jasno izhaja, da zmagovita stranka v civilnem sporu ni dolžna posebej zasledovati sodne izvršbe (*Metaxas*), oz. da je izvršitev sodne odločbe neodtujljiva prvina vladavine prava (druga dva primera).

<sup>19</sup> *Dédoublement fonctionnel*, glej *supra*, op. št 12

## V.

**Internacionalizacija ustavne presoje**

Zgornja ugotovitev ima večplasten pomen. Najmanj, kar lahko rečemo, je, da je za nadaljnji razvoj mednarodne skupnosti treba vzpodbujati razvoj in delovanje mednarodne vladavine prava in znotraj nje mednarodno sodno presojo. Hkrati pa to tudi pomeni, da se delovanje mednarodnih organov za razsojanje v funkcionalnem smislu bistveno razlikuje od mednarodnega političnega odločanja, medtem ko se v temelju *ne razlikuje* od razsojanja na ravni ustavnih sodišč. Oba pravna diskurza, mednarodni in ustavni, imata namreč za nalogo sodno presojo v imenu družbene skupnosti (pri čemer je seveda nacionalna družbena skupnost mnogo bolj strukturirana od mednarodne), kar nas privede k nadaljnji ugotovitvi.

Če preletimo judikaturu mednarodnih sodišč, pridemo do zanimivega sklepa, da so v določeni razvojni fazi vsa uporabila prijeme, ki izvirajo iz *ustavnopravnih* doktrin. Mednarodno sodišče pravice je tako pri odločanju o pravni osebnosti OZN uporabilo doktrino implicitnih pristojnosti (*implied powers*).<sup>20</sup> Evropsko sodišče pravice je v svoje delovanje vneslo lastnosti neposrednega<sup>21</sup> in prevladujočega učinka<sup>22</sup> svojih sodnih odločb. Nadalje je v delovanje Evropske unije vneslo koncepta človekovih pravic<sup>23</sup> in delitve oblasti med evropskimi institucijami.<sup>24</sup> Evropsko sodišče za človekove pravice v Strasbourgu pri razlagi več časa uporablja ustavnopravno doktrino o razumnosti (proporcionalnosti), Evropsko konvencijo za človekove pravice pa je označilo za ustavni instrument evropskega javnega reda<sup>25</sup> in odprlo možnost neposrednega učinka sodb v nacionalnih pravnih redih držav

---

<sup>20</sup> Primer *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11. april, 1949, p. 180.

<sup>21</sup> Primer 26–62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, 5. februar 1963, Sect. II/B (ECR 1963, p. 1).

<sup>22</sup> Primer 6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, 15. julij 1964 (ECR 1964, p. 585). Učinek prevlade (supremacy effect) je potrdilo in razvilo v nadaljnjih primerih, npr. v primeru 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*. Reference for a preliminary ruling: *Pretura di Susa – Italy*, 9. marec 1978, para. 4 (ECR 1978, p. 629).

<sup>23</sup> Primer 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17. december 1970, para. 3 (ECR 1970, p. 1125) in primer 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*, 14. maj 1974, para. 13 (ECR 1974, p. 491).

<sup>24</sup> Primer 22/70, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities, European Agreement on Road Transport*, 31. marec 1971, paras. 15–17 (ECR 1971, p. 263).

<sup>25</sup> Primer *Loizidou v. Turčija* (Preliminary Objections), 23. februar 1995, para 75.

članic.<sup>26</sup> Temu pristopu je, sicer manj izrecno, sledilo tudi Medameriško sodišče za človekove pravice, ki je medameriški sistem za varstvo človekovih pravic označilo za pravni red, izvirajoč iz niza višjih skupnih vrednot, Ameriško konvencijo za človekove pravice pa za dokument posebnega pomena.<sup>27</sup> Mednarodni kazenski tribunal za nekdanjo Jugoslavijo je svoje delovanje jasno opredelil kot pravno avtonomno in ločeno od političnih mednarodnih organov.<sup>28</sup> Podobno je Pritožbeno telo Svetovne trgovinske organizacije (STO) pričelo določati okvire pravnemu redu znotraj STO<sup>29</sup> in ga povezovati z drugimi področji mednarodnega prava.<sup>30</sup>

Povsem jasno je torej, da ima delovanje mednarodnih in nacionalnih organov razsojanja stične točke, kar je v prvi vrsti posledica njihovega delovanja znotraj okvira *skupnega pravnega diskurza*. Avtonomno pravno mišljenje zajema sorodno izoblikovana načela, doktrine in pravila. Ta pravni diskurz ima že približno dva tisoč petsto let tradicije in zgodovinsko izvira iz rimskega prava. Če primerjamo današnje pravno utemeljevanje z argumentacijo velikih rimskih pravnikov, kot so bili Pavel, Ulpijan, Iavolen, Cicero in drugi, bomo ugotovili, da se pravo *v svojem temelju* v vsem tem času bistveno ni spremenilo.

Tako tudi lažje razumemo, zakaj je delovanje nekega mednarodnega sodišča po svojem funkcionalnem okviru tako sorodno delovanju nacionalnega ustavnega sodišča. Delovanje obeh organov razsojanja je utemeljeno na istem pravnem diskurzu. Ta po svojem bistvu epistemološka ugotovitev pa nam pomaga tudi lažje razumeti, zakaj sta oba sodna organa pravzaprav funkcionalno primorana delovati kot zaveznika.

Seveda med obema vrstama organov razsojanja, kljub pravnemu diskurzu, obstajajo tudi razlike. Mednarodno sodišče vendarle deluje kot mednarodno, se pravi na podlagi mednarodnega pravnega dokumenta, in se zavzema za spoštovanje vrednot, ki so zapisane v njem. Ustavno sodišče deluje kot branik v nacionalni ustavi zapisanih vrednot in norm. Ni dvoma, da je mednarodno sodišče v nekem smislu nadrejeno ustavnemu sodišču, kar izhaja že

---

<sup>26</sup> Primer *Scozzari in Giunta v. Italija*, 13. julij 2000 in primer *Lucà v. Italija*, 27. februar 2001.

<sup>27</sup> *Constitutional Court Case, Competence, Judgment of September 24, 1999*, primer Ivcher Bronstein, Competence, 24. september 1999 in primer Hilaire, Preliminary Objections, 1. september 2001.

<sup>28</sup> Primer *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2. oktober 1995, para. 38.

<sup>29</sup> Primer *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, 4. oktober 1996.

<sup>30</sup> Primer *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, 4. oktober 1998 in primer *EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, 16. januar 1998.

iz dejstva, da je naloga mednarodnega sodišča ohranjati minimalne standarde širše mednarodne skupnosti. A povsem zmotno je to dejstvo obravnavati kot vprašanje prestiža. Gre predvsem za vprašanje različnih perspektiv, iz katerih delujeta obe sodišči. Mednarodno sodišče brani vrednote širše mednarodne skupnosti in v tem sobesedilu lahko zavzema drugačna stališča kot nacionalno ustavno sodišče. Po drugi strani pa je mednarodno sodišče preveč oddaljeno od domače dejanskosti, da bi bilo zmožno samostojno razsojati o nacionalnih primerih, ne da bi prej resno upoštevalo dejanske in pravne ugotovitve, do katerih so prišla nacionalna sodišča, še posebej ustavna in vrhovna sodišča, ki so kulturno in prostorsko bliže presoji domačih okoliščin.

Med obema vrstama sodišč tako obstajata stalen dialog in sodelovanje, ki imata zaradi zgornjih (ne)skladnosti širši sintetični vidik. Evropsko sodišče za človekove pravice je v več desetletjih obstoja na podlagi Evropske konvencije za človekove pravice razvilo izjemen korpus jurisprudence, ki hkrati predstavlja poseben pravni sistem. Ta vsebinsko in vrednostno zaokrožen sistem se zlagoma asimilira v domačo zakonodajo držav članic Sveta Evrope. Podpisnice Konvencije razpolagajo seveda z različnimi načini, kako te minimalne standarde človekovih pravic vnesti v lastne pravne sisteme. Ena najboljših poti je preko ustavnih sodišč teh držav.

Ustavna sodišča namreč neprestano preverjajo skladnost svojih pravnih sistemov z ustavo in z nadrejenimi določbami ustavnega pomena. Uporaba minimalnih kvaziustavnih standardov Evropskega sodišča torej predstavlja del njihovega izučenega *modus operandi*. Država z neodvisnim ustavnim sodiščem, ki mu je poznana jurisprudenca Evropskega sodišča, ima manjše možnosti, da bi bila obsojena za kršitev Konvencije. To še posebej velja, če ustava predvideva možnost posamične ustavne pritožbe. Neprestani sodni nadzor posamičnih ustavnih pritožb vodi k razvoju in nadaljnjemu notranjemu razlikovanju lastnega ustavnega prava države. Hkrati je ustavni razvoj v stalnem procesu harmonizacije – na analitični podlagi od primera do primera – z jurisprudenco Evropskega ustavnega sodišča za človekove pravice.



## VI. Sklep

Na koncu se vsiljuje sklep o pomenu pravnega diskurza -- torej avtonomnega pravnega mišljenja - za razvoj družbene skupnosti, nacionalne ali mednarodne. Ravno avtonomni pravni diskurz, ki s funkcionalnega stališča deluje v prid razvoju skupnosti bolj kot politični diskurz, je razvojno naprednejši. Medtem ko je pravni diskurz vedno vključujoč, lahko politični diskurz v določeni točki postane izključujoč. Gledano z mednarodnega stališča je potrebno stremeti k nadaljnjemu razvoju mednarodne vladavine prava.

Po našem mnenju – kar izkazuje tudi praksa Evropskega sodišča za človekove pravice - je najboljši način za doseganje tega cilja sodelovanje med mednarodnimi in ustavnimi sodišči. To privede do sintetičnih in harmonizacijskih pravnih učinkov, ki obogatijo oba pravna sistema. Na ta način presežemo zastarelo funkcionalno podvajanje (*dédoublement fonctionnel*), ki sicer predstavlja »suverenitetno« oviro v mednarodnih odnosih. Vrednote mednarodne skupnosti se najlepše odrazijo v nacionalnih pravnih sistemih prav preko medsebojnega dialoga z nacionalnimi ustavnimi sodišči in veliko manj preko dialoga z drugimi nacionalnimi institucijami, kot sta izvršna in zakonodajna oblast. Temeljni razlog za takšno rešitev je pravni diskurz, tj. govorjenje in razumevanje skupnega pravnega jezika, ki izhaja iz potrebe po logično doslednem reševanju sporov, s ciljem vzdrževanja obstoja širše družbene skupnosti.

S tem pa smo prišli še do enega sklepa. Za nadaljnji učinkovit razvoj mednarodne 'vladavine prava' ne smemo iskati rešitve v t. i. konstitucionalizaciji mednarodnega prava, temveč ravno nasprotno – v *vedno večji internacionalizaciji ustavnega prava*. Se pravi, mednarodna sodišča morajo svoje delovanje utemeljiti predvsem na pravnem diskurzu, vključno s sodelovanjem z ustavnimi sodišči, in ne toliko na horizontalni politični logiki mednarodnih odnosov.