

*Jure Spruk\**

## Pravna država in pravno načelo zaupanja v pravo

### 1. Uvod

Načelo zaupanja v pravo je ključna prvina pravne države in vladavine prava.<sup>1</sup> Gre za svojevrsten temelj vsega bistva pravnega urejanja najpomembnejših družbenih razmerij. Pomislimo. Slovar slovenskega knjižnega jezika (SSKJ) pojem »zaupanje« opredeljuje kot: 1. prepričanje, da je kdo sposoben, voljen narediti, kar se pričakuje, 2. prepričanje, da je kdo pošten, iskren in 3. prepričanje, da je kaj dobro in da bo dobro vplivalo na uresničitev določenih pričakovanj.<sup>2</sup> Iz podane definicije izhaja, da je zaupanje nekaj imanentno pozitivnega, pravzaprav nekaj, kar nujno potrebujemo za to, da lahko vzpostavimo vsaj minimalne standarde mirnega sobivanja med ljudmi. SSKJ ponuja tri možne definicije pojma, vsem trem pa je skupno prepričanje. Prepričanje ni enako dejstvu, je plod človekove subjektivne presoje in ne objektivne danosti, ki bi jo lahko izmerili, stehali ali kakorkoli drugače kvantificirali. Iz tega sledi, da prepričanja ali zaupanja ne moremo umetno fiksirati, saj gre za metafizično razsežnost medčloveških odnosov, v kateri ni vrednotno nevtralnih kriterijev pravilnosti, ki bi človeka prisilili k njegovemu spoštovanju. Seveda je možno človeka prepričevati, lahko tudi prepričati, vendar bo tudi prepričani posameznik

\* *Jure Spruk, doktor politološke znanosti, doktorski študent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, sprukjure@gmail.com.*

<sup>1</sup> Načeli pravne države je treba analitično razlikovati, tj. ne gre za sopomenki. Cilje njenega učinkovanja sicer lahko opredelimo kot skupne, toda zgodovinsko sta načeli izšli iz povsem različnih pravnih tradicij, pri čemer pravna država (nem. *Rechtsstaat*, fr. *état de droit*) poudarja vsebinske vidike načela, vladavina prava (angl. *rule of law*) pa procesne vidike. Prva je značilna za evropsko kontinentalno pravno tradicijo, druga pa za anglosaško. V članku bomo kljub razlikam pojma uporabljali kot vsebinsko in procesno sorodna.

<sup>2</sup> Dostopno na: <<https://fran.si/iskanje?View=1&Query=zaupanje>> (1. 2. 2022).

še naprej podvržen zunanjim vplivom v njegovem okolju, ki mu bodo prepričanje bodisi utrdili bodisi izničili. Pri tem niti ni pomembno, ali so nosilni razlogi za posamezno prepričanje odraz racionalnega razmisleka in argumentiranja ali pa gre za popolnoma iracionalne predstave o svetu, ki jih nikakor ne moremo podpreti z verodostojnimi podatki.<sup>3</sup> Sociološki vidik zaupanja torej poudarja predvsem neogibni kvalitativni vidik medčloveških odnosov, na podlagi katerih se lahko vzpostavijo prvi pogoji za nastanek kompleksnih vezi med ljudmi. V odsotnosti zaupanja ne more nastati niti družba ali politična skupnost niti pristna partnerska zveza med dvema človekoma.<sup>4</sup> Če omenjeni sociološki vidik zaupanja apliciramo na pravo, ugotovimo, da je zaupanje nujen prvi pogoj za učinkovanje pravnih pravil oziroma pravnega sistema kot celote. Če zaupanje v celoti izostane, tj. ga ne predpostavimo kot nujne lastnosti učinkovitega pravnega sistema, nam preostane le še prisila, ki naj jamči izvrševanje pravnih pravil. Analitična teorija prava, katere najodličnejši predstavnik ostaja Herbert Hart, je element prisile (prepričljivo) izločila iz koncepta prava, vendar to ne pomeni, da prisila nima deskriptivne vrednosti, kar še zlasti velja za moderno pravo, ki je neločljivo povezano z državo kot osrednjim pravotvornim akterjem. Prisilo lahko razumemo kot inherentno lastnost države, zaupanje pa je precej manj zanesljiva lastnost pravnih subjektov. Prisila se izvršuje fizično (mehanično), zaupanje pa ostaja v metafizični sferi. Pravna pravila se uzakonijo, gre za konkretne predpise, pravo nastaja tudi v sferi sodniškega odločanja (angl. *law in action*),<sup>5</sup> zaupanja pa na drugi strani ni mogoče zaukazati. Zaupanje se lahko zgolj pridobi, ne izsili. Zaupati v pravo ni enako kot pravo *de facto* spoštovati, v zaupanje v pravna pravila nas nihče ne more prisiliti, zato pa nas lahko močnejša sila prisili, da pravna pravila spoštujemo v vsakodnevem življenju. Zaupanje v pravo je sčasoma postalo eno od nepogrešljivih načel pravne države, za kar gre zasluga sodniškemu pravu, ki je skozi posamezne odločitve opredelilo vsebinske in procesne predpostavke tega načela. Temeljni namen načela zaupanja v pravo je pravzaprav zagotavljanje legitimnosti delovanja državne oblasti, ki ji klasična teorija države pripisuje monopol nad izvajanjem prisile. Zaupanje in prisila sta pomensko na različnih bregovih, v teoriji države pa se nujno prepleteta v smislu, da zaupanje v pravo hkrati pomeni tudi zaupanje v izvajanje prisile, ki jo odmerijo za ta namen *ex ante* pooblaščen državnih organi. Zaupanja v pravo ne moremo zvesti zgolj na raven legalnosti, saj gre hkrati tudi za zunajpravno vrednoto, ki se dviga nad splošne in posamične pravne akte države, ki jo lahko pri življenju ohranja le zadostno zaupanje njenih državljanov. Na tej točki je osrednje stičišče pravnega in moralnega, tj. normativnega jedra države, ki preprečuje razgradnjo

<sup>3</sup> Iz antične filozofije poznamo kvalitativno delitev na mnenje (*doxa*) in znanstveno podprto znanje (*episteme*). Prvo izhaja iz hitrega, nekritičnega in površnega razmisleka, drugo pa predpostavlja dolgotrajno, vztrajno in natančno kritično mišljenje, ki zahteva teoretično znanje (*theoria*).

<sup>4</sup> Izraz »pristna« uporabljamo, ker je lahko partnerska zveza tudi vsiljena oziroma izhaja iz groženj in (posameznikovega ali sistemskega) nasilja, kjer bi bilo povsem zgrešeno govoriti o zaupanju, kot izhaja iz besedila.

<sup>5</sup> Oboje je seveda odraz delovanja državnih organov, zakonodajnih ali sodnih.

politične skupnosti oziroma, kot bi rekel Leonid Pitamic, da se pravni red prekucne.<sup>6</sup> V članku bomo pokazali na pomen pravnega načela zaupanja v pravo za delovanje pravne države, brez katere ustavna demokracija ostane brez vsebinskih in procesnih vodil, s katerimi pravo dobi vlogo formalnega izenačevalca v družbi neenakih posameznikov, s čimer omogoči njihovo integracijo v politično skupnost. Funkcionalni vidik prava je v tem pogledu neločljivi del teorije (moderne) države, saj nam pojasni instrumentalno vlogo prava pri zasledovanju javno postavljenih ciljev.

## 2. Temeljni postulati pravne države in vladavine prava

### 2.1. Zgodovinski nastavki modernega načela pravne države in vladavine prava

Načelo pravne države (tudi vladavine prava) velja za eno najpomembnejših lastnosti moderne države. Gre za načelo, ki daje teoriji moderne države oporno točko, s katere je mogoče kar najbolj jasno očrtati posebnosti moderne države v razmerju do njenih srednjeveških ali antičnih predhodnic. Seveda so se tudi v predmodernih obdobjih izoblikovale določene teorije, ki so poudarjale pomen spoštovanja pravnih pravil za obstoj politične skupnosti in zagotavljanja pravičnosti v razmerjih med ljudmi in oblastjo, toda šele z moderno državo je bil vzpostavljen institucionalni okvir, znotraj katerega sta se izčistili doktrini konstitucionalizma in pravne države oziroma vladavine prava, ki sta ideološko sovpadli z razsvetlenskima idealoma svobode in enakosti.<sup>7</sup> Ideja o vladavini zakonov je nastala že v antiki in jo lahko najdemo pri najeminentnejših predstavnikih antične filozofije. Ko Aristotel v Nikomahovi etiki razpravlja o pravičnosti, se ne more izogniti navezavi na spoštovanje zakonov. Še več, pravičnost je neposredno vezana na spoštovanje zakonov, saj je pravično vse, kar je v skladu z zakonitostjo in enakostjo, in krivično, kar krši načela zakonitosti in enakosti.<sup>8</sup> Za Aristotela je bistvo obstoja zakonov v ohranjanju politične skupnosti (*polis*), ki človeku edina omogoča preživetje. Aristotel v Politiki ugotavlja, da zunaj politične skupnosti lahko preživi le zver ali bog, izvzetje človeka iz družbe ter posledično iz spoštovanja zakonov in pravičnosti pomeni njegovo ponižanje na raven zveri.<sup>9</sup> Aristotel v zakone polaga velike upe, saj v njih prepoznava temeljno formo, skozi katero državna oblast ustvarja pogoje za človeško sobivanje. Naposled je Aristotel kot pravično opredelil tisto, kar »ustvarja in ohranja blaginjo ali sestavine blaginje v državljanski skupnosti«.<sup>10</sup> Izbrane besede pomenu spoštovanja pravnih pravil je namenil tudi

<sup>6</sup> Pitamic, 2019, str. 17.

<sup>7</sup> Konstitucionalizem in vladavina prava sta analitično ločena koncepta, ki pa sta v liberalno-demokratskih političnih sistemih tesno prepletena. Podrobneje o njunih stičnih točkah in tenzijah v Gargarella, 2021, str. 425–442.

<sup>8</sup> Aristotel, 2002, str. 154.

<sup>9</sup> Aristotle, 1995, str. 11.

<sup>10</sup> Prav tam, str. 155.

Aristotelov učitelj Platon, ki je v Zakonih v usta Atenca položil zahtevo, po kateri bi vladarsko mesto v politični skupnosti pripadlo tistemu, ki bi najbolj vdano ubogal zapisane zakone.<sup>11</sup> Pot v propad države je namreč tlakovana z odrekanjem avtoritete zakonom, blaginja državljanov pa je mogoča le tam, kjer je oblast sužnja zakona.<sup>12</sup> Kljub vsej pozornosti, ki sta jo Platon in Aristotel namenila zakonom, pa njuna predstava o vladavini prava precej odstopa od moderne različice tega načela. Grška klasična filozofija izrecno ne določi ideala države, v kateri bi oblast delovala na podlagi predhodno določenih in znanih zakonov, tj. nearbitrarno, je pa v njej mogoče najti substanco tega ideala, kot je na primer tudi Herodotov opis splošne suverenosti prava kot odlike svobodnih grških mestnih držav.<sup>13</sup> Herodotova fiksijska figura Otan je v svojem zagovoru demokracije poudarila štiri prednosti atenske demokracije: 1. enakost pred zakonom (*isonomia*), 2. izbiro magistratov z žrebom, 3. odgovornost državnih uradnikov in 4. odločanje v ljudski skupščini,<sup>14</sup> ki kot bistveno lastnost atenske demokracije izkazujejo preprečevanje kopičenja moči tiranov, ne pa zaščiti posameznika pred krivično sodbo ljudstva.<sup>15</sup> Platonove in Aristotelove zapise o vladavini prava je treba razumeti v kontekstu njune kritike demokracije. Platon je do demokracije gojil veliko zamero, demokratična večina je na smrt obsodila njegovega učitelja Sokrata, ki je ostal zvest lastnemu nauku o spoštovanju zakonov, ki jih sprejme oblast, ne glede na njihovo morebitno nepravilnost.<sup>16</sup> Osrednja lastnost atenske demokratične ideologije je *isonomia*, tj. ideal, po katerem so bogati in revni obravnavani enako in nihče ni nad zakonom,<sup>17</sup> oba, tako Platon kot Aristotel, pa sta prepoznavala lastnost pravnih pravil, ki niti nam ni tuja, in sicer njihovo (relativno) nedoločnost, ki preprečuje mehanično uporabo zakonov in zanemarjanje specifičnih okoliščin vsakega primera posebej.<sup>18</sup> Zato je Aristotel predlagal razširitev pravnosti na polje moralnosti, kar pa je že v domeni antičnega naravnega prava. Aristotel je osnoval še nato v srednjem veku vplivno idejo o izvorni (naravni) neenakosti, ki uči, da so nekateri posamezniki rojeni za vode-

<sup>11</sup> Platon, 1997, str. 1402.

<sup>12</sup> Prav tam.

<sup>13</sup> Kelly, 1992, str. 24–25.

<sup>14</sup> Ljudska skupščina (eklezija) je odločala o državnih politiki. Sestavljali so jo moški državljani, starejši od 20 let, zborovanje pa je bilo sklicano 40-krat na leto, v začetnih obdobjih demokracije na mestnem trgu (*agora*), pozneje na griču Pniks v bližini Akropole. Skupščina je izvajala nadzor nad državnimi uradniki prek postopka, imenovanega *eisangelia*, s katerim so državljani lahko zoper njih vlagali obtožbe zaradi izdaje ali zarote proti državi. Obtožnica je lahko doletela tudi zasebnike. Podrobneje o atenskih institucijah v Thorley, 1998.

<sup>15</sup> Lanni, 2021, str. 25.

<sup>16</sup> Prim. D'Amato, 2010.

<sup>17</sup> Lanni, 2021, str. 26.

<sup>18</sup> Težave mehanične (neživljenjske) uporabe pravnih pravil ponazarjata Cicerov rek *Summum ius, summa iniuria* in Ulpijanov rek *Apices iuris non sunt iura*. Podrobnejša razlaga obeh rekov v Kranjc, 2006, str. 33 in 235.

nje, drugi pa za uboganje. To idejo je neusmiljeno kritiziral Thomas Hobbes, ko je v 17. stoletju postavljaj temelje moderne teorije družbene pogodbe. Moderni kontraktualizem izhaja iz ravno nasprotno podmene ali naravnega zakona kot Aristotel, in sicer ljudje so si po naravi enaki. Če je prva dolžnost človeka, ki živi v civilni družbi, da prispeva k miru, potem je naravna enakost ljudi edini smiseln zametek politične teorije, saj le ta vodi k oblikovanju soglasja o tem, kdo naj vodi in kdo sledi. V stanju, v katerem si nekateri ljudje prilaščajo več časti, kot jo priznavajo drugim ljudem,<sup>19</sup> ni mogoče vzpostaviti miru.<sup>20</sup> *A priori* neenakomerno porazdeljene časti netijo nasilje, ki preprečuje vzpostavitev državne oblasti, tj. ključnega političnega dejanja, s katerim ljudje preidejo od naravnega stanja k civilni družbi. To je razumsko dejanje, ki množstvo pretvori v eno osebo, ki odtlej govori in deluje v imenu vseh, čeprav avtorji njegovih besed in dejanj ostajajo podaniki.<sup>21</sup> S Hobbesom si pozitivno pravo začne utirati mesto nad naravnim pravom, čeprav slednje še vedno ostaja vsebinsko merilo v določenih okoliščinah. (Moderno) naravno pravo je pravzaprav izhodišče za Hobbesovo pogodbeno teorijo (naravna enakost), res pa z vsemogočnim Leviatanom pozitivno pravo dobi zaveznika, ki mu pomaga prevzeti primat. Z osredinjanjem na zapovedi zakonodajalca se pravo otrese metafizičnih predstav,<sup>22</sup> s tem pa nakaže nadaljnjo pot razvoja (zakonskega) pozitivizma.<sup>23</sup> Hobbesa s tradicijo pravnega pozitivizma povezuje razumevanje prava kot ukaza suverene oblasti (imperativna teorija), ki jo pozneje prevzamejo vodilni teoretiki pravnega pozitivizma v 19. stoletju, vključno z Johnom Austinom. Z vidika načela vladavine prava je Hobbesovo razumevanje prava kot neločljivega dela oblasne strukture močno oddaljena od modernega pojmovanja tega načela (vključno z načelom pravne države), ki predpostavlja vsaj relativno avtonomnost prava, ki naj državno oblast (predvsem) omejuje.<sup>24</sup> Pojmovanje prava, ki je zlizano z državno oblastjo oziroma med njima ni mogoče najti niti analitične niti sociološke ločnice, vodi do uporabe pravnih pravil kot gole tehnike za utrditev oblasti. Politična teorija ab-

<sup>19</sup> Hobbes je v odklanjanju enakosti prepoznal napuh, ki ga krščanska teologija določa kot naglavni greh.

<sup>20</sup> Hobbes, 2006, str. 108.

<sup>21</sup> Hobbes, 1651/1996, str. 114.

<sup>22</sup> Novak, 2013, str. 226.

<sup>23</sup> Pozitivistična teorija prava je pomemben del teorije moderne države. Posebej v kontinentalni pravni tradiciji pozitivizem začne prevladovati v 19. stoletju, tako imenovanem stoletju kodifikacij, ko prav v navezavi na moč zakona nastane nemška doktrina *Rechtsstaat*. Podrobneje o zakonskem pozitivizmu v Pavčnik, 2007, str. 659–663. Podrobneje o tradiciji civilnega prava v Merryman in Perez-Perdomo, 2018.

<sup>24</sup> Za ostrega kritika Hobbesove imperativne teorije velja Matthew Hale, ki je zagovarjal od kraljeve oblasti ločeno naravno pravo kot temelj angleškega *common law*, kot sta ga že pred njim utemeljila Edward Coke in John Selden. Z vidika teorije prava gre za trk med od politike postavljenega prava v obliki volje zakonodajalca in sodniškim pravom (angl. *judge made law*) v obliki posamičnih sodb, ki jih sprejemajo od krone neodvisni sodniki. V zgodovini teorije prava Coke, Selden in Hale veljajo za utemeljitelje zgodovinskega pravoznanstva. Podrobneje o tem v Berman, 1994.

solutizma in pravna teorija zakonskega pozitivizma hodita z roko v roki. Moderna država je bila rojena, ko je odmrll na fevdalizem apliciran absolutizem. Angleži so z absolutističnimi tendencami monarha opravili v državljanski vojni v 17. stoletju,<sup>25</sup> na kontinentu pa je bilo treba do končne odprave fevdalizma čakati vse do 19. stoletja.<sup>26</sup> V navezavi na Hobbesovo pravno in politično misel je treba opozoriti na kontekst, ki ga je zaznamovala angleška državljanska vojna. Obdobje med letoma 1560 in 1648 je navrglo izrazito instrumentalno pojmovanje države, ki se je osredinjalo predvsem na varovanje življenja in lastnine, človekove pravice pa so bile drugotnega pomena.<sup>27</sup> Človekove pravice so pravno obliko dobile šele po uspehah meščanskih revolucijah – v Angliji so razglasili Listino pravic (1689), v ZDA Virginijsko deklaracijo o pravicah (1776) in v Franciji Deklaracijo o pravicah človeka in državljana (1789).

## 2.2. *Konstitucionalizem in prvine pravne države*

Rojstvo moderne države je odločilno zaznamovala doktrina konstitucionalizma in znotraj nje načelo vladavine prava oziroma pravne države. Nosilna ideja konstitucionalizma je ideja omejene državne oblasti, ki so jo zoper arbitrarno oblast usmerili meščanski revolucionarji, sprva v Angliji že v 17. stoletju. Splošnejši trend proti podvrženju izvrševanja oblasti na podlagi prava se je sicer sprožil v drugi polovici 18. stoletja, ko se je (predmoderno) deskriptivno-politično pojmovanje ustave začelo umikati normativno-pravnemu pojmovanju, kar je vodilo do razumevanja prava kot regulatorja vzpostavitve in izvrševanja državne oblasti, s čimer je koncept ustave postal normativno izrazito zaznamovan in ideologiziran.<sup>28</sup> Nicola Matteucci kot najstarejšo lastnost konstitucionalizma navaja vladavino, ki jo omejuje pravo, kar razume kot nasprotje med oblastjo in racionalnostjo zakonov,<sup>29</sup> s čimer se poraja najučinkovitejša obramba pred golo silo.<sup>30</sup> Moderna država je tako pravna država, saj se zaveže k regulaciji političnih, družbenih in gospodarskih procesov na podlagi veljavnih zakonov.<sup>31</sup> S tem ko pravo dobi moč, da nastopi proti

<sup>25</sup> Monarhija je preživela meščansko revolucijo, toda Slavna revolucija iz leta 1688 je prinesla uvedbo ustavne monarhije, ki ponazarja politični kompromis med tradicionalisti (monarhija) in progresivnim meščanstvom (supremacija parlamenta).

<sup>26</sup> Na ozemlju slovenskih dežel znotraj habsburške monarhije je do odprave fevdalnih razmerij z zemljiško odvezo prišlo šele v letu 1848. Podrobneje o tem v Vilfan, 1991, str. 113.

<sup>27</sup> Van Creveld, 1999, str. 189.

<sup>28</sup> Grimm, 2016, str. 89.

<sup>29</sup> Tu se postavlja vprašanje, ali iracionalni zakonodajalec sprejema racionalne zakone oziroma ali je zakon racionalen *per se* ali je racionalna šele njegova razlaga. Vprašanje je kompleksno in si zasluži posebno obravnavo.

<sup>30</sup> Matteucci, 1999, str. 262–263. Matteucci sodno oblast opredeljuje kot protipol izvršilne oblasti, ki je pristojna razlagati pravne omejitve, kot izhajajo iz ustave. Izkušnje iz 20. stoletja so sicer pokazale, da je treba omejevati tudi zakonodajno oblast (primer nacistične Nemčije).

<sup>31</sup> Reinhard, 2017, str. 20.

državni oblasti, se mora spremeniti v karseda objektiven sistem splošno obligatornih pravil, kar pomeni, da je pravu treba priznati določeno raven avtonomije v razmerju do politike. Ta avtonomija ni absolutna,<sup>32</sup> vendar je v modernem pravu dovolj močno izgrajena, da preprečuje njegovo instrumentalizacijo s strani politike,<sup>33</sup> kar izhaja iz specifičnih lastnosti prava (na primer formalizem, monopolistična narava pravnega jezika, naraščajoče število izobraženih pravnikov).<sup>34</sup> Moderno pravo je sistemsko povezano z moderno državo. Država kot organizirana oblast in pravo kot sistem vrednostno utemeljenih pravil se namreč medsebojno vzpostavljata. Zato je moderno pravo združljivo le s političnim sistemom, ki omogoča uveljavljanje vsebinskih in procesnih lastnosti modernega prava in s tem posledično pravne države oziroma vladavine prava.<sup>35</sup> Ko govorimo o pravni državi oziroma vladavini prava, moramo razjasniti njune vsebinske in procesne lastnosti, brez katerih ni mogoče razlikovati med vladavino s pomočjo prava, kar predpostavlja (zgolj) instrumentalni vidik prava, in vladavino prava, ki nujno vsebuje tudi intrinzični vidik prava, v katerem spoštovanje prava *per se* velja za vrednoto.

### 2.2.1. Vsebinske prvine pravne države

Brian Tamanaha kot trdo vsebinsko jedro vladavine prava,<sup>36</sup> tj. tistih vsebinskih lastnosti, ki jih vsebujejo vse sicer medsebojno tekmujoče definicije,<sup>37</sup> poudarja temeljne človekove pravice, demokracijo in kriterije pravičnosti.<sup>38</sup> Temeljne človekove pravice so zgodovinsko izšle iz meščanskih revolucij, ko se je v duhu liberalne politične doktrine v ospredje vrednotnih prioritet postavila človekova svoboda,<sup>39</sup> sprva predvsem v negativnem smislu, tj. svoboda »od«, kar kaže na poudarjanje vertikalnega vidika razmerja med državno oblastjo in posameznikom oziroma zaščite slednjega pred arbitrarnim poseganjem državne oblasti v njegovo življenje, zdravje in lastnino.<sup>40</sup> Z razvojem administrativne države se je sčasoma razvil še horizontalni vidik svobode, ki obravnava razmerja med posamezniki kot (formalno) enakimi, kar je bilo še posebej pomembno v času vzpona kapitalizma in z njim povezanega razvoja civilnopravnih institutov. Poudarek na formalni enakosti, ki so jo v svoji naravnopravniški maniri spodbujale listine in deklaracije o univerzalnih človekovih pravicah, pa je na stran potisnil drugo plat pravic – dolžnosti.

<sup>32</sup> Prim. Perenič, 1981.

<sup>33</sup> Podrobneje o razmerju med pravom in politiko v Cerar, 2001.

<sup>34</sup> Cerar, 2004, str. 174.

<sup>35</sup> Cerar, 2001, str. 207–208.

<sup>36</sup> Avtorji iz angloameriškega prostora uporabljajo besedno zvezo *rule of law* tako za vsebinske kot tudi procesne vidike načela, čeprav je poudarek predvsem na slednjih.

<sup>37</sup> Prim. Miličić, 1998, str. 150–151.

<sup>38</sup> Tamanaha, 2007, str. 3.

<sup>39</sup> Podrobneje o ideološkem izvoru načela pravne države in vladavine prava v Cerar, 2009; in Spruk, 2021.

<sup>40</sup> John Locke je v Dveh razpravah o vladi vse troje naštetu pomensko združil z besedo *property*.

Paolo Grossi v tem vidi ključno pomanjkljivost modernih listin in deklaracij, saj so ti akti preveč odmaknjeni od družbene stvarnosti, v kateri prevladuje huda (ekonomska) neenakost.<sup>41</sup> Uvajanje seznamov dolžnosti bi pomenilo socializacijo prava,<sup>42</sup> s čimer bi pravo postalo bolj družbeno odzivno, tj. od naravnopravniških višav bi se spustilo na zemeljska tla pozitivnega prava, ki ni objekt odkrivanja, temveč produkt ustvarjanja.

Spoštovanje temeljnih človekovih pravic je v današnjih ustavnih demokracijah uveljavljen kriterij presoje legitimnosti delovanja državne oblasti. V samem bistvu gre za vprašanje spoštovanja človekove avtonomije oziroma spoštovanja njegove individualnosti, kar je še posebej poudarjeno v zavezi s spoštovanjem človekovega dostojanstva. Hrbtna stran posameznikove avtonomije pa je njegova socialnost oziroma njegova neizogibna vpetost v družbene odnose. Avtonomija je pravzaprav zgolj sterilna fraza, če posameznik hkrati nima na voljo učinkovitega socialnega okolja, ki učinkuje kot katalizator njegove integracije. Ljudje smo si po svojih lastnostih in interesih različni, kar upošteva načelo avtonomije, toda vsaka uspešno delujoča politična skupnost mora nagovoriti tudi enakost med nami. Če smo del iste politične skupnosti, potem za nas vse veljajo enaki zakoni, vendar ob tem velja tudi maksima, ki nas napeljuje na obravnavanje različnosti z različnimi rešitvami. Osrednji pravni katalizator posameznikove integracije je načelo socialne države, ki skuša presegati socialno-ekonomske razlike med ljudmi v smislu, da država kot svojo aktivno dolžnost sprejme vzpostavljanje »dejanskih enakih možnosti za vse, tudi za tiste, ki si zaradi šibkejšega položaja nasproti drugim tega niso zmožni zagotoviti sami«. <sup>43</sup> Za učinkovito uresničevanje človekovih pravic je pomembno, da so navedene možnosti tako formalne kot tudi dejanske.<sup>44</sup> Ko razpravljamo o temeljnih človekovih pravicah in pravičnosti oziroma njuni socialno inkluzivni razsežnosti, nas pot neizogibno vodi k demokraciji. Tesna povezava med pravno državo (tudi vladavino prava) in demokracijo izhaja iz uporabe demokratičnih postopkov (na primer zakonodajni postopek) za vsebinsko popolnitev pravne države.<sup>45</sup> Ob tem je treba poudariti, da v sodobnih ustavnih demokracijah nosilec zakonodajne oblasti nima več ekskluzivne pristojnosti ustvarjanja prava, saj del te pristojnosti pripada sodni oblasti, kar izhaja iz sodnikove vloge pri razlagi zakonskih določil, ki jih sicer sprejme zakonodajalec. Večinski del sodobne teorije prava je prepričljivo ovrgel razsvetlenski ideal odkrivanja prava,<sup>46</sup> ki je predpostavil zgolj

<sup>41</sup> Grossi, 2009, str. 108.

<sup>42</sup> Prav tam.

<sup>43</sup> Kresal, 2010, str. 92.

<sup>44</sup> Prav tam.

<sup>45</sup> Pavčnik, 2009, str. 36.

<sup>46</sup> Posebno obravnavo si zasluži Ronald Dworkin, ki namesto ustvarjanja prava zagovarja njegovo odkrivanje. Dworkinove teorije ne smemo razumeti skozi prizmo teorije prava iz 19. stoletja, temveč kot izvirno kritiko pravnega pozitivizma v luči tematike razmerja med pravom in moralo. Med temeljna Dworkinova dela uvrščamo *Taking Rights Seriously* (1978), *A Matter of Principle* (1985) in *Law's Empire* (1986). Za izčrpno študijo o Dworkinovi teoriji prava glej v Novak, 2011, str. 11–92.



mehanično uporabo posamičnih pravnih pravil, sodnikovo vlogo pri sojenju pa zreduciral na povsem razosebljenega birokrata brez kakršnekoli ustvarjalne vloge pri uporabi (razlagi) zakonov. Osrednji navdih za tako razumevanje sodnikove vloge so njegovi zagovorniki našli v Montesquieujevem delu *O duhu zakona*, v katerem se je izrisala podoba sodnika kot posrednika, ki zgolj izgovarja besede zakona. Ta podoba je bila skladna s tedanjo predpostavko o svobodni državi, ki je zahtevala togo vezanost sodnika na zakon z namenom, da bi tako zagotovili kar največjo svobodo državljanov po logiki, kar je za sodnika suženjstvo, je za državljana svoboda.<sup>47</sup> Zagovorniki takih pogledov na sodnikovo vlogo so izražali predvsem globoko nezaupanje do »naravnopravniške svobode sodnika pri sojenju, ki ga je poganjala evropska kontinentalna izkušnja podrejanja sodne oblasti kraljevi oblasti v času absolutizma.<sup>48</sup> Opisana podoba sodnika je kaj hitro prišla na tnilo ostre kritike tistih, ki so opazili očiten razkorak med idealizirano podobo sodnika in dejanskimi pristopi odločanja v sodnih zadevah. V lucidnosti kritike so prednjačili pionirji svobodnopravnega gibanja, s Hermannom Kantorowiczem na čelu. Svobodnopravniki so zahtevali priznanje o nedoločnosti in nepopolnosti zakona ter posledično priznanje neizogibnega sodnikovega vrednotenja, kar sodnika pretvori od hlapca zakona do zakonodajalčevega partnerja pri sprejemanju zakonodaje.<sup>49</sup> Je Kantorowicz v uvodnem odstavku *Boja za pravno znanost* podal še danes znameniti klišejski opis pravnikarja, kot ga je proizvedla podoba sodnika, v katerega je usmeril svojo kritiko, v naslednjem odstavku pa je že nakazal prepletenost te podobe z absolutističnimi političnimi vzorci.

»Ta ideal, ki ga Rimljani dobrega obdobja niso poznali, je nastal v časih globokega političnega propada, pod tiranijo božanskih cesarjev. [...] Šele centralistična uradniška država modernega absolutizma je bizantinskemu idealu spet dala veljavnost, v Montesquieujevem nauku o delitvi sodne in zakonodajne oblasti pa zaželeno utemeljitev.«<sup>50</sup>

Če zakonodajalec in sodnik soustvarjata pravo, je doktrina delitve oblasti, kot jo je opisal Montesquieu, očitno zmotna, saj izhaja iz strogega ločevanja pristojnosti med parlamentom in sodišči. Ob tem je gladko prezrl nepopolnost in nedoločnost zakona, s čimer je zakonodajalca prikazal kot vsemogočnega nosilca oblasti, ki zlahka vnaprej predvidi prihodnje življenjske okoliščine in v abstraktno pravno normo že ob njenem nastanku vnese zadostne pojmovne okvirje, v katere je mogoče z naravoslovno zanesljivostjo umestiti konkretne življenjske primere, o katerih sodniki odločajo. Z drugimi besedami, doktrina delitve oblasti v vsej svoji togosti v kombinaciji s pojmovno jurisprudenco pred-

<sup>47</sup> Novak, 2015, str. 68.

<sup>48</sup> Večje zaupanje so uživali sodniki v angleškem sistemu *common law*, kar lahko razumemo kot posledico večstoletnega procesa izgrajevanja ravnotežja med sodno in izvršilno oblastjo. Začetki tega procesa segajo v 13. stoletje k *Magni Charti Libertatum*.

<sup>49</sup> Prav tam, str. 84.

<sup>50</sup> Kantorowicz, 2020, str. 65.

postavlja odsotnost pravnih praznin, na kar je Kantorowicz jedko odgovoril, da je v zakonih praznin prav toliko, kolikor je v njih besed.<sup>51</sup> Priznanje obstoja pravnih praznin ima daljnosežne posledice za teorijo moderne države, saj zahteva rahljanje doktrine delitve oblasti, ki je pomemben steber modernega konstitucionalizma. Priznanje pravnih praznin pomeni priznanje o nepopolnosti prava, to pa vodi do logičnega spoznanja, da sodnik ne odloča vedno niti na podlagi zakona niti na podlagi logičnih izpeljav, ter da sodnik ni vedno podrejen zakonodajalcu, kar zamaje doktrino delitve oblasti in predružači razumevanje sodniškega odločanja.<sup>52</sup> Zavedanje o trhlosti doktrine delitve oblasti je še posebej pomembno za ustavno demokracijo, v kateri *prima facie* prihaja do nasprotujočih si posledic delovanja demokracije kot večinskega odločanja v politično oblikovanem parlamentu in ustavnosti kot braniku ustavno določenih pravic posameznika, ki jih institucionalno brani sodna oblast in ustavno sodišče kot vrhovni razlagalec ustave. Kot v vsaki demokraciji<sup>53</sup> tudi v ustavni demokraciji oblast izhaja iz ljudstva (suverenost ljudstva), ki svojo oblast izvršuje bodisi posredno prek voljenih predstavnikov v parlamentu bodisi neposredno (na primer z referendumskim odločanjem). Načelo demokratičnosti med drugim predpostavlja, da je oblast deljena (načelo delitve oblasti) in uravnotežena (sistem zavor in ravnesij,<sup>54</sup> kar je usmerjeno zoper zgoščanje politične moči v državi, toda predvsem načelo delitve oblasti je dodobra razrahljano, saj je pravotvorje porazdeljeno med sodno in zakonodajno oblast. Ustavno demokracijo od klasične demokracije razlikuje (tudi) poudarek prve na človekovih pravicah in svoboščinah, tj. na ustavno varovanih pravicah in svoboščinah posameznika, ki ga varujeta tako pred politično oblikovano večino v parlamentu kot tudi pred večinsko odločitvijo, ki bi se oblikovala znotraj ljudstva. Ideja ustavnosti je smiselno dopolnilo sodobne (liberalne) demokracije, ki med svoje osrednje vrednote postavlja človekovo svobodo in dostojanstvo,<sup>55</sup> pred demokratično oblikovano voljo državne oblasti ali ljudstva pa ustava ne varuje zgolj posameznika, temveč tudi različne manjšine. Vladavina večine je zato v ustavni demokraciji sprejemljiva le v toliko, kolikor ne vodi v zatiranje manjšin, hkrati pa manjšini omogoča, da tudi sama postane del večine.<sup>56</sup> Taka načela so v 20. stoletju postala neločljivi del teorije države, ki je skušala tako preprečiti ponovitev totalitarnih režimov, kakršni so se oblikovali v nacistični Nemčiji, fašistični Italiji in komunistični Sovjetski zvezi. V teorijo liberalne države je bila umeščena institucija ustavnega sodišča kot vrhovnega razlagalca ustave, s čimer je bilo sklenjeno obdobje supremacije parlamenta, ki je pred tem sam presojal o kršitvah ustavnih določil. Evropska ustavna sodišča so po zgledu ameriškega vrhovnega sodišča dobila pristojnost

<sup>51</sup> Prav tam, str. 73.

<sup>52</sup> Novak, 2020, str. 30.

<sup>53</sup> Podrobneje o različnih modelih demokracije v Held, 2006.

<sup>54</sup> Grad, Kaučič in Zagorc, 2016, str. 118.

<sup>55</sup> Podrobneje o razvoju liberalne demokracije v Macpherson, 2012.

<sup>56</sup> Sajó in Uitz, 2017, str. 124.

ustavnosodnega nadzora (angl. *judicial review*), na podlagi katere smejo v okviru tako imenovane abstraktne presoje zadržati, razveljaviti ali odpraviti zakone, ki jih poprej sprejmejo zakonodajalci. V pravni in politični teoriji je ta pristojnost predmet številnih polemik predvsem z vidika legitimnosti take pristojnosti ustavnih sodišč,<sup>57</sup> pri čemer se nasprotniki sklicujejo predvsem na načelo demokratičnosti,<sup>58</sup> zagovorniki pa na imperativ varovanja pravic posameznika.<sup>59</sup> Vsekakor obstoj ustavnih sodišč s takimi pristojnostmi še izraziteje spodnaša doktrino delitve oblasti, dodatno pa jo slabi še pomik ustavnega sodišča od pasivnega k aktivnemu zakonodajalcu, kar zahtevajo predvsem zagovorniki novoustavnštva.<sup>60</sup> Ustavna demokracija ne omejuje zgolj državne oblasti, ampak tudi demokracijo v izvornem pomenu pojma kot oblast ljudstva. Vir politične oblasti je sicer pri ljudstvu, toda to ljudstvo nima na svoji strani suverenosti. Suverena je dejansko ustava in ne ljudska volja, katere moč se konča tam, kjer se začnejo pravice posameznika.<sup>61</sup> Na tej točki pravica nadvlada večino, pravo pa politiko.<sup>62</sup> V ustavah so zapisane temeljne vrednote, ki jih neka politična skupnost sprejme kot konstitutivne gradnike države. Ko se načelo pravne države sklicuje na pravičnost, se sklicuje na vrednotna merila, kakršna dopušča ustava. Vsebinska zamejenost pravičnosti na ustavni dokument kaže na njeno kontekstualno pogojenost oziroma na konkretne politične, ekonomske in kulturne značilnosti politične skupnosti. Uvedba kriterijev pravičnosti v pravo je odraz konvencionalnega in racionalnega pristopa k urejanju družbenih razmerij. Ti kriteriji so dogovorjeni in kot taki nimajo moči objektivne resnice, čeprav jih sprejema in ponotranji velika večina ljudi, na delovanje katerih se ti kriteriji nanašajo. Človeška praksa ne more potrjevati pravilnosti metafizičnih načel, lahko jih zgolj povzdigne na raven učinkovitih pravnih (ali moralnih) pravil. Hans Kelsen je odločno zavračal možnosti dostopanja človeškega razuma do absolutnih vrednot, zato so vsakokratne konkretne rešitve problema pravičnosti lahko po svoji naravi zgolj relativne.<sup>63</sup> Kelsen je kot odločen nasprotnik naravnopravne teorije iskal »čisto« teorijo prava, tj. teorijo, očiščeno vsakršnih primesi pristranosti. Čistost teorije je metodološki pristop, s katerim je Kelsen pravo »očistil« socioloških in naravnopravnih pritiklin, tj. kavzalnega znanstvenega pristopa, ki pravo opazuje skozi naravoslovna očala, in naravnega prava, ki v pravo vnaša politične in etične postulate.<sup>64</sup> Motiv za iskanje absolutne pravičnosti po Kelsnu izhaja iz človeške tendence po absolutnem opravičevanju

<sup>57</sup> Klasično delo na tem področju je Bickel, 1962.

<sup>58</sup> Prim. Ackerman, 1993; Tushnet, 1999; Waldron, 2006; Bellamy, 2009.

<sup>59</sup> Prim. Dworkin, 1978; Ely, 1980; Fallon, 2008; Harel in Kahana, 2010.

<sup>60</sup> Prim. Stone Sweet, 2000; Hirschl, 2004.

<sup>61</sup> Prim. Krygier, 2021.

<sup>62</sup> Razmerje med pravom in politiko je kompleksno in ga ni mogoče ubesediti v enem stavku, zato postavljena trditev ne zajema celotne razsežnosti omenjenega razmerja.

<sup>63</sup> Kelsen, 2016, str. 26.

<sup>64</sup> Pavčnik, 2015, str. 22.

lastnih dejanj, kar pa njegovo iskanje potisne bodisi na polje religije, kjer je absolutno merilo bog, bodisi na polje (naravoslovne) znanosti, kjer pa je merilo objektivna resnica v obliki znanstveno podprtih trditev.<sup>65</sup> Kelsenovo odklanjanje absolutnih vrednot je treba razumeti v luči njegove metodološke rigoroznosti, s katero je skušal začrtati meje pravne avtonomije. Izza takih poskusov razjasnjevanja avtonomije prava vedno znova zazeva preprosta in ključna ugotovitev, tj. da pravo ustvarjajo, spreminjajo in uporabljajo ljudje, ki jih ne vodi zgolj razum, temveč tudi čustva. Kelsen absolutnim vrednotam in iz njih izpeljanim definicijam pravičnosti ne zaupa, ker jih razume kot prazne obrazce,<sup>66</sup> s katerimi je mogoče upravičiti vsak poljuben družbeni red.<sup>67</sup> To lahko razumemo kot svarilo pred uzurpacijo prava in nanj pripete definicije absolutne pravičnosti, ki bi v imenu pravice in resnice skušala legitimirati zatiralni režim. Težava pravičnosti ni pri uporabi tega pojma, temveč v njenem pojmovanju. Pravni rek *iustitia est fundamentum regnorum* pravičnost opisuje kot temelj kraljestva (države), kar pomeni, da je obstoj države in družbenega reda pogojen s pravičnim urejanjem odnosov med ljudmi,<sup>68</sup> vendar vsebine pravičnosti ni mogoče izolirati od postavljenega prava, ki edino vzpostavlja pravne kriterije pravičnosti, na podlagi katerih se urejajo družbena razmerja.<sup>69</sup> Od tod izhaja povezava med pravičnostjo in pravom, ki se lahko kot temelj države in družbe spreminjata le skupaj. Pri reševanju konkretnih pravnih vprašanj se miselni tok razdvoji na analizo postavljenega prava in načelo pravičnosti, iz česar izhaja, da mora biti sodba hkrati pravilna in pravična,<sup>70</sup> vendar lahko moralna načela v pravno presojo uvede le predhodno pravno pravilo, s čimer moralno načelo kot izvirno zunajpravni kriterij postane del prava. Iskanje absolutnih vrednot (in z njimi povezanih resnic) ni zgolj naivno, temveč je lahko tudi nevarno. Če nekaj razumemo kot absolutno, bomo to razumeli kot nepremostljivo. Absoluten zakon je lahko le božji zakon ali naravni zakon, nikakor pa ne človeški. Absolutno je hkrati tudi samoumevno in ta samoumevnost je lahko usodna, če je posamezna pravna ureditev ogrožena. Ustavna demokracija svoje vrednotne temelje črpa iz spoštovanja človekovih pravic in svoboščin ter demokratičnega institucionalnega ogrodja, ki ta temelj ohranja čvrstega. Pridobitve ustavne demokracije so plod človeškega dela in so v tem smislu tudi ranljive, saj nobena absolutna avtoriteta ne jamči njihove zaščite. Vrednotam ustavne demokracije so zavezani vsi nosilci državne oblasti, vendar še posebno odgovornost za njihovo zaščito nosi ustavno sodišče kot vrhovni varuh ustavnosti in zakonitosti. V sodobni pravni državi

<sup>65</sup> Kelsen, 2016, str. 26–27.

<sup>66</sup> Kelsen jih je poimenoval vsebinsko prazni pravičnostni obrazci (vsakemu svoje, povračilno načelo, pravičnost kot enakost, enakost pred zakonom, komunistična enakost in zlato pravilo).

<sup>67</sup> Prav tam, str. 27.

<sup>68</sup> Kranjc, 2006, str. 134.

<sup>69</sup> Zamislimo si družbena razmerja v srednjem veku, ki bi jih na podlagi današnjih kriterijev pravičnosti zlahka označili za nepravične, toda taka označba bi izkazovala naše pogrezanje v zgodovinski absurd presojanja stanja iz preteklosti na podlagi kriterijev, ki tedaj niso niti obstajali.

<sup>70</sup> Stammler, 1923, str. 305.

je pristojnost presojanja o pravičnosti in krivičnosti zakona v pristojnosti ustavnega sodišča,<sup>71</sup> zato je tudi maksima *lex iniusta non est lex* vezana na ustavo in ne subjektivno presojo posameznika.

### 2.2.2. Procesne prvine pravne države

Procesne predpostavke pravne države (vladavine prava) se zdijo manj usodne kot vsebinske, toda ta ocena je povsem napačna, kar ponazarja že dodobra utrjeno spoznanje, da je procedura mati demokracije. Procesne predpostavke služijo kot izhodišče na poti k vsebinskim ciljem pravne države, kot so spoštovanje temeljnih človekovih pravic, demokracija in pravičnost. V pravni državi so pravni subjekti obravnavni enako (načelo pravne enakosti) na podlagi predvidljivih in vnaprej določenih pravnih kršitev ter postopkih,<sup>72</sup> po katerih državni organi presojujejo morebitne kršitve, ob prav tako vnaprej opredeljenih pravnih posledicah za ugotovljeno kršitev pravnih pravil.<sup>73</sup> Pravna država nadalje predpostavlja, da so pravice in dolžnosti pravnih subjektov določene z zakonom, pri čemer so najpomembnejše med njimi zapisane v ustavi ali primerljivih ustavnih dokumentih kot temeljne pravice, in določitev pravnih sredstev, s katerimi pravni subjekti lahko uveljavljajo pravice.<sup>74</sup> Če drži, da velik del vloge, ki jo ima vladavina prava, pripade izločanju samovoljnih dejavnikov iz državne oblasti,<sup>75</sup> je to načelo ključno instrumentalno orodje vsake demokracije, s katerim ta preprečuje nastanek avtokracije ali totalitarizma. Pravo, ki je načelno, splošno, enako za vse, vnaprej predvideno, določno in enotno udejanjano, utira pot prevladi moči logike nad logiko moči.<sup>76</sup> V take procesne varovalke se polaga velike upe, na katere se bolj kot kontinentalna *Rechtsstaat* sklicuje angloameriški *rule of law*, čeprav se zdi, da med njima vendarle obstaja več podobnosti kot razlik. Doktrini sta izvorno predstavljali dve nasprotni ideji svobode in dve različni politični viziji, toda po drugi svetovni vojni sta se začeli zblíževati,<sup>77</sup> kar nam pokaže, kako tesno so povezani politični procesi in pravnoteoretični modeli. Joseph Raz prepričljivo pokaže na težavno plat (z analitičnega vidika) množičnega sklicevanja na neki politični ideal, ki z izvornim pomenom nima veliko skupnega, na primeru vladavine prava, v katerega se je po drugi svetovni vojni projiciralo vse tedaj prevladujoče ideale.<sup>78</sup> S tem se ustvarja podlaga za

<sup>71</sup> Prav tam, str. 137.

<sup>72</sup> Kot osrednje načelo v (kazensko)pravni literaturi prevladuje načelo *nullum crimen sine lege poena certa*.

<sup>73</sup> Pavčnik, 2009, str. 32.

<sup>74</sup> Prav tam.

<sup>75</sup> Zupančič, 1994, str. 23.

<sup>76</sup> Prav tam.

<sup>77</sup> Meierhenrich, 2021, str. 66.

<sup>78</sup> Raz, 2009, str. 210–211. Raz kot primer navaja Mednarodni juristični kongres iz New Delhija leta 1959, na katerem so po njegovi oceni sodelujoči podali svoj prispevek k nadaljnjemu sprevačanju izvornega pomena doktrine vladavine prava.

normativizacijo pojma, s katero se potiska na stran njegovo analitično bistvo. Andrei Marmor pravilno opozarja na stranpoti tovrstnega takega ravnanja, ki povzroča konfužno mešanje ideala vladavine prava in ideala vladavine pravičnega prava, ko v pojem vnaša normativne kriterije, iz česar izhaja, da pravni sistemi lahko dosegajo višje ali nižje ravni tega ideala.<sup>79</sup> Vladavine prava ne moremo preprosto enačiti z demokracijo, temeljnimi človekovimi pravicami ali pravičnostjo, saj bi se nedemokratični režim, ki bi odklanjal vse naštetu, lahko celo bolje prilegal zahtevam vladavine prava, kot to velja za zahodne demokracije.<sup>80</sup> Osnovna ideja vladavine prava sporoča, da mora biti pravo sposobno voditi ravnanje svojih subjektov, kar je očitno formalna zahteva, ki molči o tem, kako naj pravo nastaja (volja tirana, demokratična večina itd.),<sup>81</sup> in tudi o tem, kakšna naj bo njegova vsebina. Da bi pravo lahko opravilo svojo vlogo, ki mu pritiče glede na doktrino vladavine prava, naj bo 1. prospektivno, odprto in jasno, 2. razmeroma stabilno, 3. sprejemanje partikularnih zakonov naj temelji na odprtih, stabilnih, jasnih in splošnih pravih, 4. zagotovljena naj bo neodvisnost sodstva, 5. upoštevana naj bodo načela naravne pravičnosti,<sup>82</sup> 6. sodišča naj izvajajo sodni nadzor nad implementacijo preostalih načel,<sup>83</sup> 7. sodišča naj bodo lahko dostopna in 8. organom pregona naj bo preprečena diskrecija, ki bi pravo izkrivljala.<sup>84</sup> Joseph Raz je eden najuglednejših predstavnikov pozitivistične teorije prava, zoper katero so številni pravni teoretiki usmerili ost kritike, ki je ciljala bolj ali manj naravnost v njeno analitično skrupuloznost.<sup>85</sup> Pravni pozitivizem kljub notranjim razlikam povezuje nekaj temeljnih lastnosti, ki tvorijo njegovo trdo jedro. Mauro Barberis je trdno jedro pravnega pozitivizma strnil v tri točke: 1. trditev o ločljivosti prava in morale, 2. etični subjektivizem in 3. mešana teorija razlaganja.<sup>86</sup> Za naš tokratni namen sta pomembni predvsem prvi dve točki, ki odražata očiten odklon od naravno-pravništva, in sta dve od osrednjih izhodiščnih točk kritike, ki jo je zoper pozitivizem usmeril Lon L. Fuller. Njegova filozofija prava je odličen primer zavračanja pravnega pozitivizma z vidika procesnega prava, v katerega Fuller skuša vtikati moralno esenco prava. Fullerjeva notranja moralnost prava je »postopkovna različica naravnega prava«, s katerim nam opisuje načine, kako oblikovati sistem pravil, da mu bo uspelo učinkovito obvladovati in usmerjati ravnanje ljudi in hkrati zadržati preskriptivno naravo.<sup>87</sup> V želji

<sup>79</sup> Marmor, 2010, str. 666.

<sup>80</sup> Raz, 2009, str. 211.

<sup>81</sup> Prav tam, str. 214.

<sup>82</sup> Raz tukaj očitno meri na pravila *due process of law*.

<sup>83</sup> Raz zagovarja omejeni nadzor, prek katerega se ohranja skladnost z vladavino prava, kar je mogoče razumeti kot varovanje minimalne ravni spoštovanja pravic.

<sup>84</sup> Prav tam, str. 214–218.

<sup>85</sup> Pravni pozitivizem zagotovo ni monoliten intelektualni blok, saj njegovi predstavniki pogosto izražajo povsem različne argumente. Prim. Shapiro, 2011; in Gardner, 2012.

<sup>86</sup> Barberis, 2011, str. 29.

<sup>87</sup> Fuller, 2015, str. 172–173.

po uvajanju bralca v bistvo je Fuller postregel, kot je sam zapisal, s »precej dolgo alegorijo«, <sup>88</sup> v kateri je na slikovit način popisal težave brezupnega kralja Rexa, ki v svoji goreči želji po vpeljavi reform sprejema odločitve, s katerimi je Fuller prikazal stranpoti pravne urejanja družbenih razmerij brez upoštevanja postopkovnih in zdravorazumskih postulatov. Kaj je torej Rex prezrl, da »mu ni uspelo ustvariti sploh nobenega prava, niti dobrega niti slabega«? <sup>89</sup> Fuller trdi, da zahteve notranje moralnosti prava, tako imenovane *desiderata*. Začeti je treba povsem na začetku, najprej morajo pravila sploh obstajati (splošnost), nato jih je treba razglasiti, da pravni subjekti sploh lahko prepoznajo veljavna pravila, poskrbeti je treba, da v zakonih ni retroaktivnega učinkovanja, da so napisani jasno in ne vsebujejo protislovnih določil, pravnim subjektom ne smejo nalagati nemožnih bremen, zakonodajca mora biti razmeroma stabilna in zagotovljena mora biti skladnost <sup>90</sup> med uradnimi dejanji ter razglašenim pravilom. <sup>91</sup> Ker Rex ni ustvaril nikakršnega prava, so naštetá *desiderata* po Fullerju ultimativni kriterij za obstoj prava. Primerjava Fullerjevih *desiderat* z Razovim opisom vladavine prava pokaže, da med njima ni usodnih razlik. Bistvena razlika se pokaže šele, ko se osredinimo na njuno koncipiranje prava. Za Fullerja je notranja morala neločljivi del identitete prava, Raz pa vztraja pri analitičnem ločevanju prava in morale. Oba, Fuller in Raz, prispeta na isti cilj, le da z različnima prevoznima sredstvoma in po različnih poteh. <sup>92</sup> Raz drugače kot Fuller ne skuša utemeljiti vzročno-posledične povezave med pravom in moralno ter temu ustrezno niti vladavine prava ne koncipira kot esencialno moralne vladavine. Pravzaprav je Razova argumentacija ravno nasprotna, saj je zanj vladavina prava negativna vrednota, ki pravo štiti pred svojo lastno močjo, s čimer se vladavina prava kaže kot analogna poštenosti, tj. kot izogibanju prevaram. <sup>93</sup> Pravičen postopek potencialno lahko vodi tudi do izrazito nepravilne vsebine, čeprav ga vodi Dworkinov Herkul. Ob tem lahko sprejmemo ugotovitev, po kateri izvor prava izhaja iz procedure, saj si lažje zamislimo izvrševanje temeljne procesne pravice dostopa do sodišča, kot pa obravnavo materialnih pravic brez predhodnih procesnih pravil, <sup>94</sup> vendar iz te ugotovitve ne moremo razbrati inherentne povezave med postopkom in pravičnostjo, razen če kot pravično šteujemo spoštovanje (sodniškega) prava *per se*, torej brez kakršnihkoli vsebinskih kriterijev pravičnosti. Pravičen postopek je dober obet za pravičen zakon, nikakor pa ga ne zagotavlja. Tega se seveda Fuller zaveda, zato zahteve notranje moralnosti prava naslovi zgolj na zakonodajalca, s čimer je želel

<sup>88</sup> Prav tam, str. 105.

<sup>89</sup> Prav tam, str. 106.

<sup>90</sup> Fuller kot najbolj kočljivo prvino skladnosti poudarja razlago in ob tem tudi poda rešitev v štirih točkah, ki jo je prepoznal v zadevi *Heydon* iz leta 1584. Podrobneje na str. 157–158.

<sup>91</sup> Prav tam, II. poglavje.

<sup>92</sup> Vrstnega reda ne bomo precizirali, čeprav ga bo pozornemu bralcu vendarle uspelo razbrati.

<sup>93</sup> Raz, 2009, str. 224.

<sup>94</sup> Zupančič, 2016, str. 217.

obrzdati osrednji vir pravotvorja znotraj pravnega pozitivizma, ki je v resnici Fullerjeva glavna tarča. Nerodni Rex je pravzaprav prikupna karikatura samodržca, s katero nam Fuller kaže podobo moralno neorientiranega zakonodajalca, v katerega bi se mogoče lahko spremenil resnični zakonodajalec, kar bi bilo za družbo pogubno. Ker ni spoštoval zahtev notranje moralnosti prava, Rex ni ustvaril niti pravičnega niti krivičnega prava. Ustvaril je torej kopico absurdnih zakonov (*lex*), ne pa prava (*ius*). Kristen Rundle izpostavlja poudarja Fullerjevo prožnost pri spoštovanju osmih zahtev, predvsem pri vprašanju retroaktivnosti zakonov,<sup>95</sup> vendar to ne more omajati Fullerjeve vezave kriterijev moralnosti na prepoznavo prava. Fullerjeva prizadevanja pri odkrivanju notranje moralnosti prava je mogoče prepoznati kot poskus izoblikovanja ideala vladavine prava ali načela pravne države, ki je prepleteno z moderno (zahodno) pravno kulturo.<sup>96</sup> Slednja je vsebinsko prežeta s temeljnimi človekovimi pravicami, demokracijo in pravičnostjo, ki ustrezajo specifičnim lastnostim modernih zahodnih družb in njihovemu zgodovinskemu razvoju. Sodobna ustavna demokracija je z vsemi njenimi procesnimi in vsebinskimi lastnostmi produkt prevladujočih vrednot v zahodnem svetu, zato je vladavina prava predvsem ustavni demokraciji prilagojen politični ideal, na podlagi katerega se skuša razlikovati od nedemokratskih režimov.

### 3. Funkcionalni vidik pravne države (vladavine prava)

Ne glede na to, ali se osredinjamo bolj na vsebinske predpostavke pravne države ali procesne predpostavke vladavine prava, je z vidika vpetosti prava v družbo ključno vprašanje, kako pravna država in vladavina prava učinkujeta oziroma kakšen je njun vpliv na zasledovanje postavljenih družbenih ciljev.<sup>97</sup> Da bi odgovorili na ti vprašanji, moramo najprej opraviti nehvaležno delo,<sup>98</sup> tj. podati definicijo prava, brez katere ni mogoče pojasnjevati učinkov pravne države in vladavine prava v družbi. Pravzaprav bomo to nehvaležno delo kar preskočili, saj si bomo definicijo prava izposodili od akademika Pavčnika, katerega krajša definicija prava pravi, da je:

»pravo sistem kot celota učinkovitih pravnih pravil in pravnih načel, ki v mejah pravne pravilnosti urejajo življenjsko pomembne zunanje vedenje in ravnanje ljudi v državnopravno organizirani družbi.«<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Rundle, 2021, str. 198.

<sup>96</sup> Novak, 2015, str. 61.

<sup>97</sup> Prim. Harel, 2014. Alon Harel je zagovornik tako imenovane teorije intrinzične vrednosti prava, ki prava ne razume kot instrumentalnega orodja za doseg neodvisno postavljenih ciljev, temveč ga razume kot aktivnega sodoločevalca teh ciljev.

<sup>98</sup> Hart težave pri postavljanju definicij povzame v stavku: »Slona lahko prepoznam, ko ga zagledam, ne morem pa ga definirati.« Hart, 2012, str. 14.

<sup>99</sup> Pavčnik, 2007, str. 27.



Državnopravno organizirana družba je moderna družba, ki jo pravnoteoretično od njenih primitivnih predhodnic, v katerih so prevladovala primarna pravila obveznosti, razlikuje obstoj tako imenovanih sekundarnih pravnih pravil, kot bi rekel Hart.<sup>100</sup> Slednja v sebi združujejo pravila za priznavo, spreminjanje in razsojanje, s katerimi bi, tako Hart, odpravljali neučinkovitost razpršene družbene prisile.<sup>101</sup> Neil MacCormick v zagovoru svoje institucionalne teorije prava (med drugim) trdi, da je normativni red mogoč, ker smo ljudje dovzetni za uporabo norm, s katerimi koordiniramo naše aktivnosti glede na naše skupne standarde, ki jih niti ni treba formalizirati.<sup>102</sup> Družbeni odnosi od posameznikov zahtevajo uravnavanje lastnega ravnanja glede na ravnanja drugih ljudi,<sup>103</sup> zato je koordinacijska funkcija prava njegova temeljna funkcija, iz katere je možno izpeljati nadaljnje instrumentalne prednosti njegovega obstoja, kot so predvidljivost, ekonomičnost, stabilnost itd. Joseph Raz kot primarne družbene funkcije prava našteva: 1. preprečevanje neželenega ravnanja in zaščite zaželenega ravnanja, 2. zagotavljanje zmogljivosti za zasebne dogovore med posamezniki, 3. zagotavljanje javnih storitev in redistribucije dobrin ter 4. sodno reševanje sporov.<sup>104</sup> Skozi našete družbene funkcije prava nastaja normativni minimum, ki je potreben za ohranitev družbene strukture v sodobni pluralni družbi oziroma, kot ugotavlja Gerald Postema, je pravo glede na pravoznanstveni mit o nastanku prava nastalo zato, da bi ljudem pomagalo reševati probleme, ki jih poraja družbena koordinacija, kar pravo vzpostavlja kot mediatorja med različnimi interesi in vrednotami ter konkretnimi ravnanji ljudi.<sup>105</sup> Strukturno-funkcionalna razlaga pravnega pojava uči, da je temeljna funkcija prava vzdrževanje družbenega reda skozi družbeno integracijo.<sup>106</sup> Družbena integracija v modernih (zahodnih) družbah poteka bolj prek prava, čeprav pravo ni edini normativni sistem, ki učinkuje.<sup>107</sup> Moderni ontološko-epistemološki obrat je razviden iz modernega naravnega prava, na katerem so gradili zgodnjemoderni filozofi in teoretiki države, ki so v iskanje ustreznih pravnih in političnih načel vpoklicali človekov razum, na katerega je tako izrazito stavilo racionalistično naravno pravo. S funkcionalnega vidika lahko vladavino prava razumemo kot politični ideal, v katerem ne moremo kar *a priori* prepoznati absolutnih varovalk za doseganje demokratično določenih ciljev. Vsak politični ideal vsebuje partikularne vrednote, s čimer očitno presega analitično zaznane lastnosti. Brian Tamanaha vladavino prava predstavi (tudi) skozi prizmo retorične naprave, ki ne vsebuje zgolj nosilne ideje s pravom zamejenega

<sup>100</sup> Hart, 2012, str. 91.

<sup>101</sup> Prav tam, str. 98.

<sup>102</sup> MacCormick, 2007, str. 303.

<sup>103</sup> Igljčar, 2009, str. 15.

<sup>104</sup> Raz, 2009, str. 169–172.

<sup>105</sup> Postema, 1996, str. 91.

<sup>106</sup> Tamanaha, 2021, str. 223.

<sup>107</sup> Omeniti je treba predvsem splošna moralna načela in religijo.

delovanja državne oblasti, temveč hkrati vsebuje tudi jasno razpoznavna ideološka vodila, pri čemer kot tipičen primer navaja Friedricha Augusta von Hayeka,<sup>108</sup> ki je definicijo vladavine prava povezal z zanj nezaželeno socialno politiko (»vsaka politika, ki neposredno meri k vsebinskemu idealu distributivne pravičnosti, mora voditi k uničenju vladavine prava«).<sup>109</sup> Na ravni pravne argumentacije je pravna država argument, ki »se zavzema za vsebinski in postopkovni pravni okvir, v katerem naj poteka pravno odločanje in v mejah katerega naj odločajo državni organi«.<sup>110</sup> Ko govorimo o vladavini prava in pravni državi v ustavni demokraciji, govorimo tudi o določenih vrednotah, saj ustavna demokracija kot oblika političnega sistema lahko teži zgolj k tistim ciljem, ki so z njo združljivi. Prava v kontekstu posamezne teorije (moderne) države ni mogoče izolirati od državnih temeljev, tj. ustavnih dokumentov, v katerih so zapisane njene konstitutivne vrednote. Leslie Green v slogu analitičnega pravoznanstva pojasnjuje, da pravo *per se* ne zahteva soglasja o vrednotah, ampak je zanj pričakovanje, po katerem vsak pravni sistem odraža določene družbene vrednote, romantično.<sup>111</sup> Gotovo ima Green prav tudi, ko opozarja na dovzetnost prava za nemoralnost in možnega razvoja pravičnega pravnega sistema v smeri od ljudi odtujene tehnikalije, ki utira pot legalizmu,<sup>112</sup> vendar nam taki uvidi v naravo prava ne omogočajo dostopa do razumevanja funkcionalne vloge prava v konkretni družbi in državi, saj delujejo na previsoki ravni abstrakcije. Močna stran pravnega pozitivizma je v tem, da pravo razume kot odraz človeškega mišljenja in ravnanja. Hart bi rekel, da gre za socialni konstrukt, in prav v tej preprosti podmeni je njegov ključni prispevek k teoriji (moderne) države, v katero spadata tudi pravna država in vladavina prava. V trenutku, ko pravo »odvzamemo« bogu ali naravi, ga »prepustimo« ljudem ter s tem njihovim racionalnim in iracionalnim motivom. Vladavina prava je potemtakem vladavina ljudi, ki jim pristojnosti in omejitve pri izvrševanju teh pristojnosti določajo pravna pravila. Vladati pomeni izvrševati politično funkcijo, na kar niso imuni niti sodniki, ki s tem, ko ustvarjajo pravo, pravzaprav izvršujejo politično funkcijo izvrševanja oblasti. Kot ugotavlja Green, pa se za politično izkazuje tudi teorija prava,<sup>113</sup> saj čista teorija prava v resnici ni mogoča, ker je uporaba izključno pravoznanstvenih konceptov premalo za razumevanje narave prava, zato pravoznanstvo pri tem potrebuje sodelovanje drugih družboslovnih disciplin in filozofije.<sup>114</sup> Hartovo monumentalno delo *Koncept prava* je zaznamovalo pravno teorijo 20. stoletja prav zato, ker to delo ni hval-

<sup>108</sup> V podobnem slogu se na Hayeka v delu *Authority of Law* sklicuje tudi Joseph Raz.

<sup>109</sup> Tamanaha, nav. delo, str. 235.

<sup>110</sup> Pavčnik, 2013, str. 186.

<sup>111</sup> Green, 2012, str. xxx.

<sup>112</sup> Prav tam.

<sup>113</sup> Treba je poudariti, da se pojem »politično« ne navezuje na ozko pojmovanje strankarskega boja za oblast, temveč se navezuje na širše pojmovanje političnosti upravljanja z državo.

<sup>114</sup> Prav tam, str. xv.

nica pravo, temveč gre za konceptualno analizo, ki nam pove, katere družbene konstrukte razumeti kot pravo, s čimer pravo zameji in nam omogoči, da razumemo, kdaj v družbi učinkuje pravo in kdaj kateri od preostalih normativnih sistemov. Hart nam sporoča, da pravo ni vsemogočno orodje družbenega nadzora, predvsem pa nam sporoča, da pravo ne moremo nekritično zaupati, saj gre za orodje, s katerim upravljajo ljudje, in ne imaginarno pravo. Temeljna funkcija pravnega sistema je vzpostavitev konvencionalnih kriterijev ravnanja, ki so namenjeni koordiniranju kompleksnih družbenih odnosov, zaradi katerih je postavljeno pravo zgodovinsko spodneslo običajno pravo, kar predvsem velja za moderno državo. Nikakor ne gre za naključje, da prav 19. stoletje velja za obdobje vzpona kodifikacij, saj so tedaj tehnologija, ekonomija in politika vzpostavile družbene okoliščine, v katerih je bilo nujno zagotoviti pregledno, jasno, stabilno in predvidljivo okolje za življenje, delo in poslovanje. Kompleksnost družbenih odnosov in družbeni konflikti rastejo vzajemno in boleče spoznanje, da zakoniki ne zmorejo dovolj slediti realnemu življenju, je naposled vendarle povzročilo priznanje, da prava ne ustvarjajo le zakonodajna telesa, temveč tudi sodišča, za kar gre velika zgodovinska zasluga svobodno-pravnemu gibanju iz začetka 20. stoletja. Konceptualne lastnosti prava, ki jih je tako prepričljivo opisal Hart, dobijo v motrenju družbe in države svoj smisel šele takrat, ko jim uspemo pripisati določeno funkcijo, ki je ne zmore opravljati noben drug normativni sistem, česar pa ne moremo storiti, če pred tem ne postavimo vrednotnih ciljev, h katerim kot družba stremimo. Če teh ciljev ne dosežemo, ne moremo reči, da je odpovedala vladavina prava ali pravna država, saj se pravna pravila ne ustvarjajo in ne izvršujejo sama od sebe, ampak je to delo prepuščeno konkretnim ljudem. Andrei Marmor nas povabi k premisleku o svetu, v katerem ne bi potrebovali prava, ob čemer ugotavlja, da bi bil tak svet najverjetneje boljši od obstoječega.<sup>115</sup> Res je, to bi bil harmoničen svet, v katerem bi živeli srečni ljudje, med katerimi ne bi nikdar izbruhnila nesoglasja. Gre za podobo raja, ki nam jo naslika krščanska teologija Nove zaveze. Res pa je tudi, da bi bil lahko ta svet brutalen in neznosen, mogoče tak, kot nam ga opiše Hobbes, v katerem odsotnost prava pomeni odsotnost pravičnosti. Ti dve podobi se izrazito razlikujeta, toda nekaj jima je kljub temu skupnega, tj. obe opisujeta predpolitično stanje, harmonijo in kaos, dve skrajnosti, v katerih človeka vodi bodisi božja volja bodisi naravni instinkti. Njun skupni imenovalc je človeška nemoč – v rajju je človek gol, vendar tega ne ve, v kaosu pa je fizično prešibek, da bi preživel. Izgrajena politična zavest pomeni zavedanje, da je svet mogoče (so)ustvarjati in ga spreminjati, funkcija pravne države in vladavine prava pa je ta, da ti procesi potekajo predvidljivo, mirno, pregledno in učinkovito. Njuna vsebinska merila so zapisana v najvišjih pravnih aktih države, kar preprečuje njihovo (pre)pogosto spreminjanje, omogoča pa njihovo prilagajanje družbeni dinamiki. Sodobna ustavna demokracija ni Pitamičeva »sodnijska republika«, pa je oblika političnega sistema, v katerem se v imenu pravičnosti demokracija in človekova svoboda ne smeta izklju-

<sup>115</sup> Marmor, 2010, str. 673.

čevati. Neodvisna in nepristranska sodišča so *conditio sine qua non* ustavne demokracije, saj je sodna oblast tista veja državne oblasti, znotraj katere pridemo najbližje izvornemu pomenu vladavine prava.

## 4. Zaupanje v pravo kot gradnik ustavne demokracije

### 4.1. Ideološki nastavki ustavne demokracije

Ustavna demokracija je otrok obdobja po koncu druge svetovne vojne oziroma političnega procesa konsolidacije liberalne demokracije, kakršna je prevladovala v državah zahodne pravne in politične tradicije. Dinamika razvoja tega procesa se je razlikovala od države do države, a vendarle je med njimi obstajal skupni imenovalac v obliki zavezanosti k odpravljanju sistemskih odklonov demokratičnega političnega sistema, kakršni so v nacistični Nemčiji pripomogli k vladavini diktatorja in k preobrazbi demokracije v totalitarizem.<sup>116</sup> Lahko bi rekli, da je bila pot v totalitarizem tlakovana s slabitvijo liberalnega v razmerju do demokratičnega, če zmoremo razumeti dejstvo, da na primer moderna demokracija nima veliko opraviti z antično predhodnico ter da torej obstaja več modelov demokracije, ki so zgodovinsko izšli iz različnih okoliščin. Pravzaprav so velika težava pogosta poenostavljanja v zvezi z demokracijo oziroma z njenim konceptualnim pomenom, ko se skuša nanjo pritrčiti več načel, ki z demokracijo nimajo nikakršne analitične povezave. V naravi demokracije ni, da varuje temeljne človekove pravice in svoboščine, niti ni v naravi demokracije, da zagotavlja pravična družbena razmerja. Demokracijo je treba zlasti razumeti kot obliko političnega sistema, v katerem je vir oblasti ljudstvo, odločitve pa se sprejemajo po načelu večinskega odločanja brez vnaprej določenih normativnih omejitev. Moderne demokracije so predstavniške demokracije, znotraj katerih ljudstvo večji del svoje oblasti izvršuje posredno, tj. prek izvoljenih predstavnikov v zakonodajnem organu.<sup>117</sup> Ljudstva ne smemo razumeti kot homogene celote, temveč gre za izrazito strukturirano celoto, znotraj katere so prisotne številne svetovnonazorske, interesne, politične, verske ipd. razlike. Kar demokracijo napravlja liberalno demokracijo, je njen poudarek na posamezniku in njegovih posebnostih, ki ga ločujejo od drugih ljudi. Liberalizem torej bolj gradi na priznavanju različnosti in manj na enakosti, kot denimo

<sup>116</sup> Odličen opis preobrazbe v totalitarizem in način delovanja državnih institucij v nacizmu je v knjigi Dvojna država (2019) podal nemški pravnik in politolog Ernst Fraenkel.

<sup>117</sup> Zgodovinski trend razvoja moderne demokracije je vezan na politično inkluzivnost, pri kateri je ključno vprašanje vezano na določitev obsega ljudi, ki smejo politično participirati. V antični demokraciji je šlo za vprašanje (restriktivnega) državljanstva ter z njim povezanih pravic do participacije, moderna demokracija pa se osredinja na volilno pravico, ki je sprva pripadla le premožnim moškim. Pozneje se je širila na vse belopolte moške in ženske, ki so jim v Švici volilno pravico priznali šele leta 1971, zadnja faza razvoja pa je zajela še rasne manjšine. Pravica do politične participacije je bila zgodovinsko izbrana in ne podeljena na podlagi spoštovanja kakega prevzvišenege ideala.

totalitarizem, ki ima do pluralizma izrazito odklonilen odnos. Znotraj liberalne politične doktrine je eden ključnih političnih konstituentov pluralnost, liberalna demokracija pa za svoj obstoj potrebuje tudi demokracijo, ki širi polje politične inkluzivnosti. Liberalizem prispeva spoštovanje različnosti, demokracija pa formalno enakost.<sup>118</sup> Privrženost liberalne politične doktrine z razumom obdarjenemu posamezniku in njegovi svobodi zgodovinsko izvira iz njene kritike in političnega delovanja zoper fevdalni absolutizem ter nanj pripete elemente politične in ekonomske neenakosti. Od fevdalnih družbenih razmerij čedalje bolj izvzeti racionalni posameznik se vse bolj upira starim avtoritetam, zato se polje politične in ekonomske svobode razširi tudi na področje religije. Kar opisujemo, je stoletni proces, ki ni potekal s predestinirano močjo samoumevnemu napredku naproti. Liberalizem se je kot prevladujoča politična doktrina vzpostavil šele v 19. stoletju, k čemur je pripomogla predvsem industrializacija in z njo povezana vse večja politična moč meščanstva. Za 19. stoletje je značilen klasični liberalizem, katerega zagovorniki so zahtevali tržno ekonomijo, osvobojeno od državne oblasti, v kateri bi prevladovala svoboda po trgovanju in ustvarjanju zaslужka.<sup>119</sup> Moderna doba je posameznikovo avtonomijo prepustila civilni družbi, znotraj katere sme posameznik neodvisno od »volje« države uresničevati lastne interese in interese družbene skupine, ki ji pripada. Moderen pomen je civilna družba dobila nekje od sredine 18. stoletja dalje, ko se je vzpostavila kot vmesna kategorija med državo in posameznikom, moderno pravo pa je prevzelo vlogo usklajevalca enotnosti in diferenciacije.<sup>120</sup> Na ravni civilne družbe posameznik lastnih interesov ne more zasledovati kot absolutno avtonomen akter, zato se mora povezovati in upoštevati interese drugih akterjev. Med civilno družbo in demokracijo se v tej luči kaže izrazita povezava. Adolf Bibič je v civilni družbi prepoznal »šolo demokracije«, v kateri se posameznik uči javnega delovanja in tako posega onkraj lastne sebičnosti in se prepušča kolektivnim identitetam in ciljem, s čimer svoje kratkoročne interese umesti v širše zasnovane dolgoročne cilje.<sup>121</sup> Zastavitev civilne družbe kot avtonomnega prostora posameznikove pravice do svobode združevanja in svobode misli ter besede v obdobju klasičnega liberalizma sta vlogo države potiskala v smeri minimalnega poseganja države v civilno sfero. Državne pristojnosti naj bi se večinoma omejile na področja varnosti javnega reda in miru, učinkovitega sodnega varstva pravic in spodbujanja ekonomskih odnosov z drugimi državami. Nezaupanje v državno oblast je vtakano v samo bistvo liberalizma, zato ne čudi, da so pionirji liberalne politične doktrine tlakovali pot pojmovanju prava kot omejevalnemu normativnemu redu političnih procesov, vezanih na zgostitev politične moči, ki bi potencialno lahko ogrozila moderno shemo političnih in ekonomskih (lastninskih) pravic. John Locke je v Dveh razpravah o oblasti ponastavil Hobbesovo

<sup>118</sup> Demokratično formalno enakost ponazarja načelo »en človek, en glas«.

<sup>119</sup> Heywood, 2012, str. 25.

<sup>120</sup> Cerar, 2001, str. 216.

<sup>121</sup> Bibič, 1997, str. 14.

predstavo o (pozitivnem) pravu kot volji in ukazu suverene oblasti v predstavo o pravu kot zaščiti pred samovoljno državno oblastjo. Po Locku pripada vrhovna oblast zakonodajalcu, vendar je kljub predhodno pridobljenemu soglasju podanikov zakonodajalec omejen z določenimi prvini naravnega prava, ki so usmerjene proti zakonodajalčevi samovolji.<sup>122</sup> Locke je pri naravnem pravu opazal podobne težave, kot jih je že pred njim opazil Hobbes, zato se je naslonil na oporno točko prava in sodnika,<sup>123</sup> če mora zakonodajalec pravičnost podanikom odmerjati na podlagi naznanjenih trajnih zakonov, ki jih uveljavljajo pooblaščen sodniki.<sup>124</sup> Lockove ideje o omejevanju državne oblasti je treba razumeti kot začetne ideje konstitucionalizma, s katerimi je bila opredeljena nadaljnja pot razvoja načel, kot sta denimo vladavina prava in delitev oblasti. Klasična liberalna predstava o vlogi države se je z razvojem kapitalističnega družbenega ustroja sčasoma morala umakniti moderni liberalni predstavi o državi, ki aktivneje posega v sfero družbene neenakosti skozi načelo socialne države.<sup>125</sup> Ključni institucionalni elementi klasičnega liberalizma so se pri tem obdržali, nekoliko pa se je omilil strah pred prerazdeljevalno vlogo države. Obdobje pred drugo svetovno vojno ni minilo brez takih ali drugačnih ustavnih dokumentov, v katerih so bile zapisane obveznosti države do državljanov, toda doktrina parlamentarne supremacije je v imenu obrambe demokratičnih vrednot presojlo o skladnosti sprejetih zakonov z ustavnimi določbami umestila med pristojnosti zakonodajalca. Družbenega vrenja in pozivov k revolucionarnim prevratom take rešitve niso pomirjale, zato se je politični potencial množice za vpeljavo korenitih družbenih sprememb preusmeril na tedaj novo institucijo ustavnega sodišča, ki je s postopnim prilaganjem pravnih upravičenj družbeni neenakosti preprečevalo nagle politične prevrate. Leonid Pitamic je leta 1920 otvoritveno predavanje na Pravni fakulteti izvedel pod naslovom Pravo in revolucija, v katerem je v duhu svobodnopravnega gibanja pokazal na grožnjo odtujenosti pravnih pravil od družbene stvarnosti, izvedbo (legalne) revolucije pa je namesto množicam raje prepustil sodnikom. Sodobna ustavna demokracija je bila vzpostavljena po drugi svetovni vojni, med katero so bile v tedanjih totalitarnih režimih poteptane domala vse vrednote, ki so bile povezane s človekovo svobodo, enakostjo, življenjem in dostojanstvom. Izkušnja totalitarne mržnje nad človekovo svobodo in njegovim dostojanstvom je spodbudila institucionalne spremembe v evropskih državah, v katerih so po vzoru ameriškega vrhovnega sodišča ustavna sodišča dobila pristojnost

<sup>122</sup> Locke, 1690/2010, str. 210–211.

<sup>123</sup> Hobbesova oporna točka je bolj močan vladar kot pa naravno ali postavljeno pravo.

<sup>124</sup> Prav tam, str. 212. Pri Lockovem sklicevanju na pooblaščen sodnike ne gre pretiravati v oceni, da je imel Locke izdelano podlago za neodvisno sodno oblast. V 12. poglavju Dveh razprav o oblasti opisuje različne »veje« oblasti, pri čemer sodne oblasti ne navaja, navaja pa zakonodajno, izvršilno, federativno in celo naravno oblast.

<sup>125</sup> Politična teorija liberalno politično doktrino deli na klasični liberalizem in moderni liberalizem, pri čemer slednji poleg človekove svobode (delno) prevzame še ideal (omejene) materialne enakosti. Poimenovanji sta očitno neposrečeni, saj gre dejansko za dve različni moderni doktrini.

ustavnosodnega nadzora nad demokratično voljenim parlamentom. S tem je politični konstitucionalizem prešel v pravni konstitucionalizem, *rex* pa je postal (tudi) *lex*. Človekovo dostojanstvo se v sodobni ustavni demokraciji pojmuje širše od golega preživetja, načelo socialne države (angl. *welfare state*) breme posameznikove družbene integracije z njega vsaj delno prelaga na skupnost kot celoto, s čimer omili posledice družbene neenakosti, svobodo pa privede bližje enakosti. Vrednotni temelji ustavne demokracije so splošna ustavna načela demokratičnosti, pravne države (vladavine prava), socialne države ter spoštovanje temeljnih človekovih pravic in svoboščin. To so pravni, moralni in politični stebri ustavne demokracije, v kateri se politično (demokracija) in pravno (ustava) dopolnjujeta in tako tvorita posebno teorijo države, znotraj katere ima tudi pravo posebno funkcionalno vlogo.

#### 4.2. Pomen prisile za družbeno učinkovito pravo

Umestitev prava v konkretno teorijo države zahteva preseganje analitičnih okvirov prava. Če želimo razumeti funkcionalno vlogo prava v ustavni demokraciji, moramo razumeti (tudi) njegovo sociološko razsežnost. Za potrebe naše argumentacije se bomo osredinili na pomen zaupanja v pravo kot hrbtni strani prisilne narave prava za načelo pravne države (vladavine prava) kot osrednje kvalitete ustavne demokracije. Od Hartovega monumentalnega dela *Koncept prava* dalje je analitično pravoznanstvo v večjem delu prisilo izločilo iz koncipiranja prava. Hartov prepričljivi konceptualni opis prava, v katerem prevladuje kombinacija filozofske rigoroznosti in intelektualne kritičnosti, je nastavil kriterije prepoznavanja prava, ki se jim v svojih argumentacijah zelo težko izognejo tudi tisti, ki jih bolj kot analitične lastnosti prava zanimajo njegovi dejanski družbeni učinki. Verjetno je odveč ponavljati, da je treba pravo najprej prepoznati in ga zamejiti od drugih družbenih pojavov, preden lahko nadaljujemo raziskovanje širših družbenih posledic njegovega učinkovanja. Vrednost analitičnega pravoznanstva je največja prav v tem, da teži k preprečevanju konceptualne zmede, v kateri bi se znašli, ko bi z istimi pojmi opisovali različne družbene pojave. V takem okolju je akademsko in strokovno delo pravzaprav ohromljeno, družba pa podvržena neskončnim možnostim manipulacij z opisi dejanskega stanja. Kot smo poudarili že prej, pa vsaka konkretna teorija države zahteva vpogled v pravo, ki gre onkraj konceptualnega okvira, saj mora nujno upoštevati tudi merilo učinkovitosti pravnega sistema in pravnih pravil, če želi podati verodostojen opis pravnih učinkov. Moderna država potrebuje stabilen pravni sistem, ki omogoča učinkovito koordinacijo in integracijo ljudi, kar je še toliko pomembnejše v visoko kompleksnih družbah, kakršna je sodobna. Alternative pravo danes država nima, zato je za razumevanje pravnega pojava še toliko pomembnejše, da ga preučujemo tudi onkraj dogmatičnih pravnih okvirov.

Smisel obstoja pravnih pravil v družbi je usmerjanje človeškega ravnanja. Ob tem lahko mirno pritrdimo Hartu, da obstaja (hipotetična) možnost obstoja družbe, v kateri

pravna pravila ne bi bila podprta s prisilo. Taka družba bi bila idealna družba s harmonično usklajenostjo med pričakovanji ljudi in njihovim dejanskim položajem. Leslie Green meni, da bi družba brez prisile kaj lahko obstajala, če človeška narava ne bi bila, kakršna pač je.<sup>126</sup> Človek seveda ni popoln in povsem logično je, da vsaj del pravnih pravil predvideva sankcijo za potencialne kršitve. Povsem preprosto je ugotoviti, da nekatera pravna pravila ne predvidevajo sankcij, vendar to ne pomeni, da pravo *per se* ni povezano z elementom prisile.<sup>127</sup> Tudi pravna pravila, ki posamezniku dopuščajo prosto presojo o njihovi uporabi (na primer zakonska zveza, oporoka ali kupoprodajna pogodba), morajo biti podprta z določeno mero prisile v ozadju, če naj bodo predvideni učinki njihove uporabe zanesljivo izvršeni.<sup>128</sup> Iz zapisanega izhaja naše širše pojmovanje prisile, ki ga ne zreduciramo na (ne)določitev predvidene sankcije za potencialne kršitve (ozko pojmovanje), temveč v prisili prepoznavamo nujen element učinkovitega učinkovanja prava, ki edino zagotavlja funkcionalni namen usmerjanja ravnanja ljudi. Frederick Schauer v prisili prepozna vseprisotno empirično navezavo prava na prisilo, kljub priznavanju ustreznosti izločitve prisile iz koncepta prava.<sup>129</sup> Kenneth Einar Himma pri opisovanju nujne povezave med prisilo in pravom poudarja vlogo prava kot generatorja miru v družbi, saj prav prisilna narava prava ljudem v okoliščinah omejenih virov omogoča mirno sobivanje in sodelovanje.<sup>130</sup> Tako Schauer kot tudi Himma pravu pripisujeta sociološke razsežnosti, onkraj katerih ni mogoče doumeti življenjskosti prava, kot se izkazuje v vsakdanjem življenju ljudi.<sup>131</sup> Še radikalnejšo argumentacijo v kritiki čiste teorije prava poda-

<sup>126</sup> Green, 2012, str. xxx. Podobnost Greenove ugotovitve z Avguštinovo idejo o obstoju oblasti zaradi človekove grešne narave je zgolj naključna.

<sup>127</sup> Raz kot tri najsplošnejše lastnosti prava našteva normativnost (namen prava je v tem, da usmerja ravnanje ljudi), institucionalnost (nastanek in izvrševanje prava je v večjem obsegu v domeni institucij) in prisilnost (spoštovanje in izvrševanje prava je notranje zagotovljeno, tj. v skrajnih primerih tudi s prisilo). O tem glej v: Raz, 1980, str. 3.

<sup>128</sup> Pravno pravilno napisana oporoka sama na sebi ne jamči izvršitve oporočiteljeve volje. Lastnina se pravno porazdeli šele s sklepom pristojnega sodišča. Oporočitelj se z izraženo voljo obrača na državo, ki, če je to potrebno, izvršitev njegove volje zaščiti tudi z organi prisile. Poslednji garant upoštevanja oporočiteljeve volje je torej država s svojim monopolom nad izvajanjem prisile na svojem ozemlju.

<sup>129</sup> Schauer, 2015, str. 40. Schauer razmerje med prisilo in pravom opiše s pomočjo analogije razmerja med pticami in sposobnostjo letenja: prisila je za pravo to, kar je letenje za ptice, tj. ne nujno potrebno, vendar tako zelo značilno, da brez upoštevanja njihove sposobnosti letenja ptic ne moremo popolnoma spoznati; neprisilno pravo je kot neleteča ptica, tj. koristno dejstvo o pticah, ki si ne zasluži večje pozornosti.

<sup>130</sup> Himma, 2020, str. 253.

<sup>131</sup> Znotraj teorije prava in države je smiselno prisilo opredeliti kot specifično lastnost državnega prava, na podlagi katere se vzpostavi razločevalni kriterij v razmerju do preostalih normativnih sistemov (na primer morale, religije), katerih kršitve niso podprte z državno prisilo niti država ne jamči upravičenj, kakršna potencialno izhajajo iz pravil takih normativnih sistemov.



ja Christoph Kletzer, ki zgolj v ločenem opisovanju in naslavljanju zahtev prava vidi primanjkljaj v dojetanju resnosti vloge, ki jo pravo ima v družbi, saj opisovanje in zahteve ločeno sveta ne spreminjata.<sup>132</sup> Kletzer meni, da vso resnost prava dojamemo šele takrat, ko opis in zahteve združimo skupaj, tj. takrat, ko s pravom opisujemo svet, kakršen na podlagi zahtev mora biti.<sup>133</sup> Sporočilnost takih argumentacij se skriva v maksimi »zakon in red«, ki je bolj ali manj usmerjena v cilj zagotavljanja stabilnosti in miru. V okviru teorije države tega vidika ne smemo spregledati, saj, kot ugotavlja Himma, je odsotnost pravnega sistema možna le v tistih družbah, ki jo sestavljajo pristni angeli, tj. bitja brez zmožnosti ravnanja v nasprotju z družbeno zaželenimi standardi.<sup>134</sup>

Odnosa do sprejemanja in dejanskega spoštovanja pravnih pravil kljub prisilni naravi prava ni mogoče v celoti zaobjeti zgolj z učinki prisile. Nikakor ni mogoče trditi, da se posamezniki pravnim pravilom podredijo zgolj zato, ker se bojijo državne represije. Povsem mogoče je (in zaželeno), da se posameznik s posameznimi pravnimi pravili strinja, saj odražajo njegov pogled na želeno stanje v družbi. V družbah, v katerih visok delež ljudi tako sprejema večino pravnih pravil, gre za visoko stopnjo normativne integracije po pravu. Taka družba ni prej omenjena družba pristnih angelov, to je družba, v kateri prevladuje visoka stopnja zaupanja v pravni sistem. Efektivnost pravnega sistema v ustavno zamejenih demokracijah ni odvisna od jakosti državne represije, temveč je odvisna od minimalne moralne sprejemljivosti vsebine in sposobnosti zagotavljanja racionalne družbene koordinacije pravnih pravil, ki so del pravnega sistema.<sup>135</sup> Predpostavljati moramo, da državljani v predstavnih demokracijah svoje soglasje k sprejetim pravnim pravilom dajejo posredno prek izvoljenih predstavnikov, saj veljavnost pravnega pravila ne more biti odvisna od soglasja vsakega posameznika, ki je pravnim pravilom podrejen. Sociološka razlaga v tem pogledu obravnava makro raven odnosa do pravnega sistema, zato ne meri zaupanja v pravo, temveč lahko meri stopnjo dejanskega upoštevanja pravnih pravil. Zaupanja ni mogoče uzakoniti, niti ga ni mogoče zaukazati. Zunanja manifestacija zaupanja v pravo bi morala kvalitativno bistveno presežati zunanjo manifestacijo preprostega uboganja. Da bi posameznik zaupal v pravo, mora verjeti v pozitivne posledice uporabe prava, kar najmanj pomeni sposobnost prava, da racionalno koordinira ravnanje večjega števila ljudi. Hkrati mora ta posameznik verjeti v to, da pravo temelji na vsaj minimalnih moralnih standardih. Navsezadnje, kot ugotavlja Philip Soper, se pravo na moralnost sklicuje najmanj v dveh vidikih, tj. vidik ustvarjanja pravnih pravil (pravica

<sup>132</sup> Kletzer, 2018, str. 139.

<sup>133</sup> Prav tam.

<sup>134</sup> Himma, 2020, str. 232.

<sup>135</sup> Izključno na prisilo se pravzaprav ne morejo zanesti niti totalitarni režimi, v katerih ideološki monizem nadomešča odkrito grožnjo ljudem. Za totalitarne režime sta sicer značilna preventivno zastraševanje s sankcijami in močno odvračalne kazenske sankcije, toda ideološko obarvani narativ o legitimnosti oblasti v kombinaciji s strogim nadzorom izobraževanja, medijev in sodstva je močnejši garant vzdrževanja oblasti, kot je gola sila.

do odločanja) in vidik izvrševanja pravnih pravil skozi represivni aparat države (pravica do izvršitve).<sup>136</sup> Moralnost se tukaj tesno preplete z avtoriteto, iz česar je Joseph Raz izpeljal trditev, po kateri se moralna odličnost prava pokaže tedaj, ko pravo razumemo kot strukturo avtoritete, ki ljudem odmerja, kaj morajo storiti.<sup>137</sup> Za Raza mora biti ta avtoriteta legitimna, tj. taka, ki ustvarja pogoje za izpopolnjujoče življenje ljudi, pri čemer brez legitimnosti avtoriteta ne more obstajati.<sup>138</sup> Nemoralno pravo je še vedno pravo, ni pa avtoriteta. Nemoralno pravo je lahko zgolj oblast, pravo pa njeno orodje za doseganje političnih ciljev. Razova argumentacija z vidika branjenja na primer načel demokracije in ustavnosti deluje prepričljivo, saj v teorijo prava vnaša jasno ločnico med pravnim in moralnim, kar olajša razločevanje med moralnimi avtoritetami in nemoralnimi totalitetami. Z analitičnega in sociološkega vidika je povsem nesmiselno vztrajati pri odrekanju statusa pravnosti pravnim pravilom, ki ne dosegajo meril moralnosti.<sup>139</sup> Teorija (demokratske) države mora vztrajati pri tej ločitvi (angl. *separation thesis*), saj prav ločitev moralnega od pravnega omogoča lažje moralno distanciranje od nemoralnega prava. V tem smislu je treba razumeti znano Razovo maksimo »*there is no moral obligation to obey the law*«, ki jo poudarja pozitivistična teorija prava.

#### 4.3. Zaupanje v pravo v ustavni demokraciji

V ustavni demokraciji si je težko zamisliti očitno nemoralne zakone. Konec koncev so zakonodajalci neposredno voljeni, kar v politični sistem vnaša element politične odgovornosti, toda znotraj ustavne demokracije se je kljub temu uveljavila dodatna (sodna) varovalka pred morebitno samovoljo zakonodajalca, saj ustavna sodišča v okviru pristojnosti ustavnosodnega nadzora izvajajo abstraktno presojo skladnosti zakonov z ustavo. Šele z uveljavitvijo pristojnosti abstraktne presoje lahko začnemo govoriti o resnično ustavno omejeni demokraciji, v kateri imajo posameznikove pravice in ustavno določene vrednote ter načela primat nad politično oblikovano večino v parlamentu. V ustavnih demokracijah parlament ni edini zakonodajalec, saj ustavna sodišča skozi sodniško pravo aktivno soustvarjajo pravni red. Kot smo že zapisali, zaupanja ni mogoče uzakoniti, zato je zaupanje v pravo dobilo pravno provenienco s tem, ko so ga postopoma v sodno prakso uvedla ustavna sodišča. Načelo zaupanja v pravo se je tako uveljavilo kot kriterij pri ustavnosodni presoji, kar pomeni, da je iz sfere moralnosti prešlo k pravno oblikovani objektivnosti. Pravna konkretizacija zaupanja v pravo dodaja k pravni državi obet legi-

<sup>136</sup> Soper, 1996, str. 218.

<sup>137</sup> Raz, 2009, str. 180.

<sup>138</sup> Prav tam, str. 180–181. Raz povezanost prava in morale utemeljuje prek legitimnosti, ki pa ni kriterij za obstoj prava, tj. po Razu lahko obstaja tudi nemoralno in nelegitimno pravo.

<sup>139</sup> Naravnopravna tradicija drugače kot analitično in sociološko pravoznanstvo mora vztrajati pri pojasnjevanju povezanosti prava in morale, saj drugače izgubi jedro lastne intelektualne argumentacije. Prim. Tuck, 1998; Finnis, 2011.

timne moralne avtoritete, o kateri razmišlja Raz. Ob tem mora teorija države pojasniti, da vladavina prava pomeni vladavino s pravom zamejenih nosilcev javne oblasti, med katere spadajo tako zakonodajalci kot tudi sodniki. Pravno načelo zaupanja v pravo je potemtakem sredstvo (ustavno)sodne oblasti, s katerim se pravni sistem zoperstavlja potencialnim anomalijam političnega sistema. Od drugih pravnih načel se načelo zaupanja v pravo razlikuje v tem, da v sebi združuje niz procesnih zahtev, ki morajo biti v demokratičnih državah izpolnjene za doseg standarda vladavine prava. Ker sta danes pravna država in vladavina prava tako zelo povezana koncepta, se vsaj v kontinentalni pravni tradiciji pojma pogosto uporabljata kot sopomenki, pri čemer angloameriški *rule of law* procesno dopolnjuje bolj vsebinsko usmerjeno *rechtsstaat*, iz česar sestoji sodobna pravna država (angl. *legal state*). V Komentarju Ustave Republike Slovenije je načelo zaupanja v pravo opredeljeno kot eno od načel pravne države,

»[...] ki zahteva, da so posamezne odločitve, ki so zakonite in sprejete brez vnaprejšnjih pridržkov ter po svoji naravi niso prehodnega značaja, stabilne. Pravo lahko uveljavlja svojo funkcijo urejanja družbenega življenja, če je v čim večji meri stalno in trajno. Tako pravo kot tudi celotno ravnanje vseh državnih organov mora biti predvidljivo, ker to zahteva pravna varnost. Varnost državljanov je odvisna od tudi od trajnosti aktov. S tem se uresničuje zaupanje državljana v pravo in državo.«<sup>140</sup>

Iz Šturmove opredelitve izhaja tesna povezava med zaupanjem v pravo in pravno varnostjo. Razmerje med njima v temelju sestoji iz namere po utiranju poti posamezniku na njegovi poti k čim bolj racionalnemu načrtovanju aktivnosti in ocenjevanju obstoječega pravnega položaja, kar mu omogoča učinkovitejšo integracijo v veljavni pravni in družbeni red. Koristi od učinkovanja zaupanja v pravo in pravne varnosti presegajo koristi za posameznika in se vežejo na celotno družbo, ki tako deluje bolj usklajeno in je manj dovzetna za nagle spremembe. Scott Shapiro meni, da oblikovanje pravnih pravil izhaja iz človeške sposobnosti načrtovanja, na katero morala nima nikakršnega neposrednega vpliva, saj je človek v osnovi načrtovalno bitje.<sup>141</sup> Kakršnokoli načrtovanje prihodnjega ravnanja zahteva vsaj minimalno predvidljivost in stabilnost, kar poudarja načelo zaupanja v pravo (skupaj z načelom pravne varnosti). Ob tem je treba poudariti prepoved retroaktivnega učinkovanja sprejetih zakonov kot *conditio sine qua non* zaupanja v pravo in pravne varnosti. Slovenska ustavnopravna doktrina je zaupanje v pravo povzdignila

<sup>140</sup> Šturm, 2010, str. 70. Avtor se sklicuje na odločitev Ustavnega sodišča RS U-I-266/95 (OdlUS IV, 116, Uradni list RS, št. 69/95).

<sup>141</sup> Shapiro, 2011, str. 119. Tudi iz Shapirovega dela je jasno razviden pomen teoretičnega izhodišča pri pojmovanju človeške narave za razvijanje pravne (ali politične) teorije. Aristotel je na primer skonstruiral politično žival (*zoon politikon*), Holmes pa je naslikal podobo malopridneža (angl. *bad man*). Taka teoretična izhodišča so po eni strani koristna za deduktivno utemeljevanje znotraj teorije, po drugi strani pa so hkrati Ahilova peta teorije, saj tako postane lažja tarča zunanje kritike, ki jo pogosto poganja »pomenska odprtost« (beri: ideološka posredovanost) človeške narave.

na raven pravice,<sup>142</sup> prepoved retroaktivnosti pa je postala ena od temeljnih konkretizacij načela pravne države, kar izhaja iz odlčobe Ustavnega sodišča RS U-I-159/95, v kateri je sodišče poudarilo pravico vsakega posameznika:

»zaupati v veljavno pravo in skladno z njim uravnavati svoja ravnanja in pričakovanja. Predpis, ki za nazaj povečuje obveznosti, to zaupanje slabi in s tem zmanjšuje pravno varnost«.<sup>143</sup>

Retroaktivnega poseganja v pridobljene pravice ustavni red ne prepoveduje absolutno, toda vsakršen tak poseg mora temeljiti na prevladujočem in legitimnem javnem interesu,<sup>144</sup> ki mora biti jasno opredeljen in podkrepjen s testom legitimnosti in sorazmernosti. Načelo zaupanja v pravo v sebi združuje skupek postopkovnih pravil vladavine prava, brez katerih bi pravni red v celoti izgubil lastno moč regulacije najpomembnejših družbenih odnosov, saj je njegovo nasprotje vladavina arbitrarne politične oblasti, ki pa je povsem nezdržljiva z vrednotami sodobne ustavne demokracije. Arbitrarnost oblasti v osnovi pomeni negotovost za posameznika, za njegov položaj v razmerju do državne oblasti (javni vidik) in v razmerju do drugih ljudi (civilni vidik), s čimer se spodnaša koordinacijski potencial prava v družbi. Dinamika družbenih odnosov se tako vse bolj pomika proti anomiji, saj se pravni občutek za pravičnost začne umikati vulgariziranemu pojmovanju človeškega atomizma.

Načelo zaupanja v pravo je Ustavno sodišče RS izvedlo iz načela pravne države in tako ustvarilo postopkovno dopolnitev vsebinsko temeljitejše pravne države. To načelo primarno nagovarja sodnika, ki naj s sklicevanjem na zaupanje v pravo preprečuje krhanje ustavnih temeljev družbe in države, kadar zakonodajno in izvršilno oblast zanese stran od uveljavljenih demokratičnih standardov upravljanja z državo. Zaupanje v pravo pomeni pravzaprav zaupanje v sodno oblast, da se bo uprla nelegitimnim praksam in odločitvam političnih vej oblasti, zato je in ostaja (politično) neodvisna sodna oblast absolutni kriterij pravne države. Tako je v ustavni demokraciji naposled v sodnika projicirana odgovornost za branjenje pravic posameznika pred arbitrarnostjo politično oblikovane večine, k čemur je zavezana javnopravna doktrina. Pošten postopkovni okvir je bistven tudi za civilnopravno doktrino, če štejemo za temeljno poslanstvo sodišč njihov prispevek k avtoritativnemu reševanju sporov. Pravno reševanje sporov pomeni mirno reševanje sporov, to pa bi bilo ogroženo, če bi v pravnem redu umanjala predvidljiva in stabilna postopkovna zagotovila, da bodo zakoni veljali za vse ljudi enako. Prisila je neločljivi del državne oblasti, toda zgolj s prisilo ni mogoče vzdrževati mirnega družbenega okolja. V

<sup>142</sup> Ta pravica je posredna pravica, tj. pravica, ki je izvedena iz splošnega načela pravne države. Na splošno načelo zaupanja v pravo v sodni praksi prihaja v kolizijo z načelom prilagajanja prava spremenjenim družbenim okoliščinam, kar ponazarja interno napetost med statičnostjo in dinamičnostjo prava.

<sup>143</sup> Šturm, 2010, str. 71.

<sup>144</sup> Prav tam, str. 72.

tem pogledu je zaupanje siamski dvojček prisile v družbi, katere del so ljudje z različnimi interesi in svetovnonazorskimi pogledi na politiko, religijo in kulturo ter svet kot celoto. Demokracija daje priložnost pluralizmu, ustavnost pa individualizmu, šele skupaj pa tvorita hrbtenico pravne države v ustavno zamejeni demokraciji, ki za obstoj potrebuje dvojno zaupanje, in sicer zaupanje v sočloveka in zaupanje v pravo.

## 5. Sklep

Za vsakim pravnim pravilom je človek. Človek pravo ustvarja, ga spreminja, ohranja in uporablja. Obdobja, v katerih so filozofi in pravniki iskali božansko ali naravno substanco prava, so minila, toda prav od njih lahko danes, opremljeni z razumevanjem zgodovinskih razsežnosti razvoja prava, črpamo navdih za polaganje velikih upov v moč in smisel pravnega urejanja posameznega dela družbenih odnosov. Pri tem ne gre za navno idealizacijo prava, temveč gre za uresničevanje povsem konkretnih pravil in načel, po katerih se želimo ravnati in sobivati z drugimi. Zavedanje o nepopolnosti prava je hkrati zavedanje o nepopolnosti človeka. Zdi se, da ljudje danes lažje sprejememo dejstvo o nepopolnosti človeka kot pa tistega o nepopolnosti prava, zato mogoče kdaj vanj polagamo več pričakovanj, kot pa jih je sposobno izpolniti. Vendar to ni problem prava, to je problem nas samih. Pravo je kot človeška stvaritev neločljivi del politične skupnosti in družbe, zato tudi ni imuno na človeške hibe in kot tako ne more biti absolutno avtonomno v razmerju do družbenih in političnih procesov. Ko bi bilo pravo res odsev božje volje ali razkritij najglobljih naravnih zakonitosti, nam v pravo ne bi bilo treba zaupati, ampak bi se lahko z njim zgolj sprijaznili. O božanstvih in naravi (praviloma) ne dvomimo, zato tudi zaupanje ni smiselno. Gre zgolj za udobno pasivizacijo človeškega uma in razuma, ki za svoje življenjsko vodilo sprejme vdanost v usodo. Bolj kot aktivno iskanje je na mestu pasivno verovanje. Moderna doba je človeka izvrgla iz te cone udobja, Descartesov *cogito, ergo sum* je odlična ponazoritev zastavitve novega sveta, v katerem se človek končno osvobodi predestinacije. Odtlej namreč človekov razum odloča o tem, kdaj (če sploh) verovati, kdaj (če sploh) zaupati in kdaj dvomiti, pri čemer se moderno pravo z vsemi njegovimi lastnostmi izvorno prilega prav tej predstavi, ki ji ni mogoče odreči politične razsežnosti. Pravna država in vladavina prava sta bistvena kakovost moderne države, za katero velja, da se oblast znotraj nje depersonalizira in se zameji z veljavnimi zakoni, kar spodnese teorijo suverenosti, kot so jo razdelali teoretiki na prelomu med srednjim vekom in moderno dobo, ko je šlo za branjenje fevdalne monarhije. Pri tem je posebej izstopal Jean Bodin, ki je kot bistveni znak vladarjeve suverenosti še vedno razumel njegovo izvzetost iz zakonov, ki jih je sam postavljaj.<sup>145</sup> Pravno državo in vladavino prava je sicer smiselno analitično ločevati, vendar v pravni državi vlada pravo. Ko trdimo, da vlada pravo, pravzaprav trdi-

<sup>145</sup> Bodin, 1992, str. 49. Jean Bodin v suverenem vladarju (monarhu) vidi božjega namestnika oziroma odsev božje podobe na zemlji, ki je podložen in odgovoren zgolj bogu. Bodinova pravno-politična

mo, da vladajo nosilci oblasti, ki so pri svojem delovanju vezani na ustavo in zakon, s tem pa na vsebinske in postopkovne standarde pravne države (nem. *rechtsstaat*) in vladavine prava (angl. *rule of law*). Sodobna ustavna demokracija, ki je zgodovinsko nastala na pogorišču velike morije druge svetovne vojne, je posebej senzibilna, ko gre za varstvo človekovih pravic in svoboščin, zato se nad demokratično oblikovano večinsko voljo zakonodajalca dviguje ustava kot pravno (in politično) zagotovilo, da bo varovanje temeljnih človekovih pravic in svoboščin ostala konstitutivna vrednota politične skupnosti. Prav v tem je treba prepoznati esenco ustavne demokracije, v kateri se prepletata prvini demokracije in aristokracije, kar je razvidno predvsem iz ustavno določenih institucionalnih razmerij med zakonodajalcem in ustavnim sodiščem. Iz tega razmerja je mogoče razbrati izrazito moderno medigro med pravnim in političnim principom, v kateri se vedno znova vzpostavlja ravnotežje med javnim in zasebnim oziroma med kolektivnim in individualnim. Ideološko izhodišče moderne pravne in politične teorije sloni na idealu človekove svobode, zato kaže sprejeti razlago, po kateri vladavina prava pripada 17. in 18. stoletju, ko si je ideal človekove svobode šele utiral pot k preživetju, ne pa tudi tiste, ki pravi, da je bilo razumevanje vladavine prava tedaj na višji ravni od sedanje.<sup>146</sup> Vir pravotvorja sta v sodobni ustavni demokraciji zakonodajalec in (ustavno) sodišče, ki skozi sodniško pravo ne zgolj dopolnjuje postavljeno pravo, temveč ga postopkovno in vsebinsko preverja, s čimer mu sme odvzeti status legalnosti. Zakonodajna oblast je torej razcepljena na dvoje, kar deluje kot sistemska ovira uzurpaciji pravodajne pristojnosti. Ključen prvi pogoj za delovanje te sistemske ovire je neodvisno sodišče od strankarsko političnih interesov, ki so precej ožji od tistih, ki jih varuje ustava. Produkt sodnega prava je tudi načelo zaupanja v pravo, ki je tako zelo pomembno zato, ker v državno strukturo oblasti, v katero (ustavno) sodišče nedvomno spada, uvaja vsaj minimalne pravne kriterije za presojo zakonodajalčevih odločitev na podlagi postopkovnih standardov, kot sta predvidljivost in stabilnost. Povsem sociološko dejstvo je, da tistemu, ki nenehno (na slabše za naš položaj) spreminja že dogovorjeno, ne moremo zaupati. To ljudje zlahka razumemo, ko je govora o družinskih, prijateljskih ali poslovnih odnosih. Občutek elementarne pravičnosti nas (večinoma) ne zapusti niti, ko kot posamezniki presojamo dejanja državnih organov, pri čemer je še posebno pomembno, da se kot pravni subjekti ves čas lahko zanesemo na uveljavljena pravna pravila, ki nam sporočajo, kakšen je naš položaj in kaj lahko pričakujemo. V družbi, v kateri bi državna oblast arbitrarno posegala v pravice in dolžnosti pravnih subjektov, pravo ne more opravljati koordinacijske funkcije, saj taki posegi sicer obligatorna družbena pravila slej ko prej napravijo praktično neizvršljiva. Pravno načelo zaupanja v pravo zato spada med pravna načela, s katerimi sodišča preprečujejo implozijo pravnega reda, kakršen izhaja iz vsebinskih zahtev pravne države in postopkovnih meril vladavine prava.

misel je referenčno izhodišče doktrine kraljeve božanske pravice, na katero so se sklicevali privrženci monarhije v angleški državljanski vojni v 17. stoletju.

<sup>146</sup> Reid, 2004, str. 93.

Za obstoj vsake države je bistveno, da imajo njeni državljani določeno mero zaupanja v državno oblast, saj zgolj gola prisila ne more zagotoviti družbenega reda in miru. Ko nekomu zaupamo, vanj projiciramo pozitivna (moralno sprejemljiva) pričakovanja, zato lahko rečemo, da pravno načelo zaupanja v pravo služi kot orodje, s katerim en del državne oblasti popravlja poškodovano zaupanje do drugega dela državne oblasti. Dobrobiti pravne države in vladavine prava so mnoge. Tom Bingham nam skuša naslikati delno podobo življenja pod režimom, ki te dobrobiti odklanja: nočno trkanje na vrata, nenadno izginotje, instrumentalizirano sojenje (angl. *show trial*), izvajanje genskih poskusov na zapornikih, izsiljeno priznanje krivde z mučenjem, koncentracijska taborišča, plinske celice, genocid in etnično čiščenje, sprožanje agresivnih vojn.<sup>147</sup> Zaupanje v pravo je del mozaika pravne države, ki skuša preprečevati naštetu in še mnogo več, zato je res bolje, da »shajamo s kolericnimi sodniki in pohlepni odvetniki«,<sup>148</sup> kot pa da pristanemo na nižanje z ustavo in zakoni določenih pravic in svoboščin. Zaupanje je težko pridobiti in lahko izgubiti, zato lahko zgolj upamo, da bo v imenu pravne države zaupanje v pravo (p) ostalo družbeno vezivo, saj zaupanje v pravo pomeni predvsem zaupanje v (so)človeka, ki pravo ustvarja in uporablja. Zaupanje v pravo je bilo v ustavno načelo povzdignjeno kot pravno varovalo, ki naj brani ta sociološki minimum.

## Literatura

- Ackerman, B. (1993) *We the People. Vol. 1*. Cambridge: Harvard University Press.
- Aristotel (2002) *Nikomahova etika*. Ljubljana: Slovenska matica.
- Aristotle (1995) *Politics*. Oxford in New York: Oxford University Press.
- Barberis, M. (2011) 'Pravo in morala danes', *Revus – Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 16/2011, str. 15–53.
- Bellamy, R. (2009) *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Berman, H. (1994) 'The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale', *The Yale Law Journal* 103, str. 1651–1738.
- Bibič, A. (1997) *Civilna družba in politični pluralizem*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani.
- Bickel, A. (1962) *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Bingham, T. (2010) *The Rule of Law*. London: Penguin Books.
- Bodin, J. (1992) *On Sovereignty*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>147</sup> Bingham, 2010, str. 9.

<sup>148</sup> Prav tam.

- Cerar, M. (2001) *(I)racionalnost modernega prava*. Ljubljana: Bonex.
- Cerar, M. (2001) Pravo in politika – vprašanje avtonomnosti modernega prava, v: *Pravo in politika* (ur. J. Šumič Riha), str. 15–46. Ljubljana: Liberalna akademija.
- Cerar, M. (2004) '(Ir)rationality of the Constitution', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 90 (2), str. 163–180.
- Cerar, M. (2009) (Ne)ideološkost pravne države, v: *Pravna država* (ur. M. Pavčnik), str. 57–100. Ljubljana: GV Založba.
- D'Amato, A. (2010) 'Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates', *Faculty working papers* 111, str. 1–23.
- Dworkin, R. (1978) *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing.
- Ely, J. H. (1980) *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fallon, R. (2008) 'The Core of an Uneasy Case for Judicial Review', *Harvard Law Review* 121 (7), str. 1693–1736.
- Finnis, J. (2011) *Natural Law & Natural Rights* (2. izdaja). Oxford: Oxford University Press.
- Fraenkel, E. (2019) *Dvojna država*. Ljubljana: Založba \*cf.
- Fuller, L. L. (2015) *Moralnost prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Gardner, J. (2012) *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2021) Constitutionalism and the Rule of Law, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 425–442. Cambridge: Cambridge University Press.
- Grad, F., Kaučič, I., in Zagorc, S. (2016) *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Green, L. (2012) Introduction, v: *The Concept of Law* (3. izdaja), str. xv–lv.
- Grimm, D. (2016) *Constitutionalism. Past, Present, Future*. Oxford: Oxford University Press.
- Grossi, P. (2009) *Pravna Evropa*. Ljubljana: Založba \*cf.
- Harel, A., in Kahana, T. (2010) 'The Easy Core Case for Judicial Review', *Journal of Legal Analysis* 2 (1), str. 227–256.
- Harel, A. (2014) *Why Law Matters*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2012) *The Concept of Law* (3. izdaja). Oxford: Oxford University Press.



- Held, D. (2006) *Models of Democracy*. London: Polity Press.
- Heywood, A. (2012) *Political Ideologies*. London: Palgrave MacMillan.
- Himma, K. E. (2020) *Coercion and the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hirschl, R. (2004) *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hobbes, T. (1996) *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hobbes, T. (2006) *Človekova narava*. Ljubljana: Založba Krtina.
- Igličar, A. (2012) *Pogledi sociologije prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Kantorowicz, H. (2020) *Boj za pravno znanost*. Ljubljana: GV Založba.
- Kaufmann, A. (1994) *Uvod v filozofijo prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Kelly, J. M. (1992) *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2016) *Kaj je pravičnost*. Ljubljana: GV Založba.
- Kletzer, C. (2018) *The Idea of a Pure Theory of Law*. Oxford, London: Hart Publishing.
- Kranjc, J. (2006) *Latinski pravni reki*. Ljubljana: GV Založba.
- Kresal, B. (2010): Socialna država, v: *Komentar ustave Republike Slovenije* (ur. L. Šturm), str. 90–99. Kranj: Fakulteta za državne študije.
- Krygier, M. (2021) Democracy and the Rule of Law, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 406–424. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lanni, A. (2021) Classical Athens' Radical Democratic 'Rule of Law', v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 25–38. Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, J. (2010) *Dve razpravi o oblasti. Pismo o toleranci*. Ljubljana: Založba Krtina.
- MacCormick, N. (2007) *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Macpherson, C. B. (2012) *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2010) The Ideal of the Rule of Law, v: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (D. Patterson), str. 666–674. New York in London: Wiley-Blackwell.
- Meierhenrich, J. (2021) Rechtsstaat versus the Rule of Law, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 39–67.
- Matteucci, N. (1999) *Novoveška država. Izrazoslovje in pota*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani.

- Merryman, J. H., in Perez-Perdomo, R. (2018) *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3. izdaja). Stanford: Stanford University Press.
- Miličić, V. (1998) 'Pravna država', *Politička misao* xxxv (3), str. 148–157.
- Novak, A. (2011) Alkimija prava: Ronald Dworkin in sodnikovo ustvarjanje pravičnosti, v: *Izbrane razprave* (ur. A. Novak), str. 11–92. Ljubljana: GV Založba.
- Novak, A. (2013) Anglo-ameriška pravnofilozofska misel, v: *Uvod v filozofijo prava* (2. spremenjena in dopolnjena izdaja), str. 215–306. Ljubljana: GV Založba.
- Novak, A. (2015) Pravo, vtakano v naravo človeka in družbe, v: *Moralnost prava* (ur. A. Novak), str. 17–69. Ljubljana: GV Založba.
- Novak, A. (2015) 'Imago iudicis, štiri podobe iz idejne zgodovine sojenja', *Zbornik znanstvenih razprav* 75, str. 67–101.
- Novak, A. (2020) Tvegan kopernikanski obrat. Kantorowiczев Boj za pravno znanost in svobodnopravno gibanje, v: *Boj za pravno znanost* (ur. A. Novak), str. 11–60. Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2007) *Teorija prava* (3. razširjena, spremenjena in dopolnjena izdaja). Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2009) Narava pravne države in njene prvine, v: *Pravna država* (ur. M. Pavčnik), str. 29–55. Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2013) *Argumentacija v pravu* (3. spremenjena in dopolnjena izdaja). Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2015) *Čista teorija prava kot izziv*. Ljubljana: GV Založba.
- Perenič, A. (1981) *Relativna samostojnost prava*. Ljubljana: Center za samoupravno normativno dejavnost.
- Pitamic, L. (2019) *Pravo in revolucija*. Ljubljana: GV Založba.
- Platon (1997) *Laws*, v: *Plato. Complete Works* (ur. J. M. Cooper), str. 1318–1616. Indianapolis in Cambridge: Hackett Publishing Company.
- Postema, G. (1996) Law's Autonomy and Public Practical Reason, v: *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ur. R. P. George), str. 79–118.
- Raz, J. (1980) *The Concept of a Legal System*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009) *Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009) *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Reid, J. P. (2004) *Rule of Law. The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. DeKalb: Northern Illinois University Press.
- Reinhard, W. (2017) *Zgodovina moderne države*. Ljubljana: Založba Krtina.

- Rundle, K. (2021) The Morality of the Rule of Law: Lon L. Fuller, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 186–201. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sajó, A., in Uitz, R. (2017) *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schauer, F. (2015) *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Shapiro, S. (2011) *Legality*. Cambridge in London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Soper, P. (1996) Law's Normative Claims, v: *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ur. R. P. George), str. 215–248.
- Spruk, J. (2021) 'Ideološka podstat vladavine prava', *Teorija in praksa* 58 (4), str. 1030–1047.
- Stammler, R. (1923) 'The Idea of Justice', *University of Pennsylvania Law Review* 71 (4), str. 303–317.
- Stone Sweet, A. (2000) *Governing With Judges*. Oxford: Oxford University Press.
- Šturm, L. (2010) *Pravna država, v: Komentar ustave Republike Slovenije* (ur. L. Šturm), str. 52–90. Kranj: Fakulteta za državne študije.
- Tamanaha, B. (2007) 'A Concise Guide to the Rule of Law', *Legal Studies Research Paper Series*, str. 1–20.
- Tamanaha, B. (2021) Functions of the Rule of Law, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 221–236. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thorley, J. (1998) *Atenska demokracija*. Ljubljana: Znanstveno in publicistično središče Ljubljana.
- Tuck, R. (1998) *Natural Rights Theories* (ponatis iz 1979). Cambridge University Press.
- Tushnet, M. (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Van Creveld V. (1999) *The Rise and Decline of the State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vilfan, S. (1991) *Uvod v pravno zgodovino*. Ljubljana: Uradni list.
- Waldron, J. (2006) 'The Core of the Case Against Judicial Review', *The Yale Law Journal* 115, str. 1346–1406.
- Zupančič, B. M. (1995) *Prvine pravne kulture*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani.
- Zupančič, B. M. (2016) 'Of Rights and of Privileges: The Morality of Duty vs. The Morality of Aspiration', *Boston University International Law Journal* 34, str. 211–232.