
POGLED NA KRIZO PRAVA SKOZI PRIZMO KRITIČNE DRUŽBENE IN PRAVNE TEORIJE

Benjamin Flander

1. Dve hipotezi (namesto uvoda)

Izhajamo iz dveh predpostavk. Prva trdi, da je razprava o »krizi pravne države«, ki je že lep čas aktualna v Sloveniji, bolj ali manj v »mrtvem teku«. Strokovna analiza stanja, ki ga pri nas dojemamo kot krizo pravne države, se v javni razpravi praviloma izteče v (1) opozorila zaradi nesposobnosti prava (čedalje več naj bi bilo nepotizma, korupcije, gospodarskega kriminala, ropanja javne/državne lastnine in podobnih protipravnih ravnanj, javni funkcionarji naj bi oblast zlorabljali za uresničevanje lastnih zasebnih interesov, imeli naj bi nepoštene, grabežljive in za nameček tudi nesposobne poslance, sodnike, tožilce in odvetnike in še bi lahko naštevati), (2) spoznanje, da imamo tostran Alp pomanjkljive, nepregledne, nerazumljive, zastarele, neučinkovite, slabe itd. zakone, (3) pozive k bolj učinkovitemu in transparentnemu delovanju državnih (nadzornih) institucij (zaradi obstoja vzporednih sistemov in neformalnih mrež pravosodja, tožilstva in policija bojda ne delujejo tako kot bi v pravni državi morali, tj. neodvisno in učinkovito), (4) spoznanje, da nimamo pravne (in politične) tradicije in kulture ter, kakopak, (4) pozive k dokončni vzpostavitvi »prave« vladavine prava (pravno državo menda kljub vsemu imamo, a lahko in morali bi jo imeli še bolj in še več).

Torišče te razprave je na dlani: obstaja nedvoumen ideal prava in pravne države, pravna država kot »stvar na sebi«, od katere smo zaradi bolj ali manj znanih vzrokov in dejavnikov čedalje bolj oddaljeni (»najbolj vplivni pravniki« tostran Alp znajo, če je treba, sredi noči na pamet zrecitirati, da smo zašli s »prave poti prava«). Čeprav tovrstne razprave ne kaže enostavno odpisati (določene koristne implikacije vendarle

ima), pravega preboja ne obeta. Agenti in dejavniki »krize« so precej bolj kompleksni in večplastni, kot jih v tej razpravi prikazujejo dežurni pravni strokovnjaki. Ključna težava je po našem videnju v tem, da v tej razpravi pravno državo oziroma vladavino prava dojemamo kot brezčasen imperativ, kot domala nadzgodovinsko (*sub specie aeterni*) kategorijo.¹ Pravne države in tem bolj »krize«, ki jo pesti, ne uspemo umestiti v širši družbeno-zgodovinski kontekst in še manj onkraj vladajoče paradigme/ideologije v refleksiji prava – redkim izjemam navkljub, »erozijo«, »razsulo«, »usihanje« itn. pravne države prepoznavamo in pojasnujemo v optiki liberalne pravne ideologije na eni, in pravnih anomalij, ki jih naplavi gospodarski in politični vsakdan, na drugi strani. Zanimivo, če ne že kar usodno, pri tem je to, da ob tem, ko iščemo vzroke za sedanje stanje in ponujamo rešitve, ne opazimo, da to, kar sta moderna pravna zgodovina in teorija pripoznali kot ideal pravne države, tostran in onstran Alp neredko (v zadnjem času še posebej) prav v imenu tega ideala in s sklicevanjem nanj *de facto* razgrajujemo.

Na zapisanem lahko zgradimo drugo predpostavko. Ker (pretirana) vera pravnih učenjakov in navsezadnje tudi laikov v ideal pravne države očitno ne prispeva prav dosti k osvetlitvi globljih vzrokov njene »krize« (in še manj k njeni omilitvi), velja poskusiti kondicijo prava in pravne-ga sistema (tostran in onstran Alp) izmeriti brez njenega idealiziranja in malikovanja (da je malikom treba napovedati vojno, je vedel že stari dobri Nietzsche). »Krizne« dejavnike, ki ta čas (pravzaprav že lep čas) pretresajo pravno državo, bomo osvetlili v luči družbenih sprememb, ki se dogajajo v zadnjih desetletjih in narekujejo obsežne preobrazbe v modernem pravu. Spremembe, ki jim je potrjeno sodobno pravo, bomo prikazali v perspektivi kritične družbene in pravne teorije (ta smer v družbeni in pravni refleksiji pravne države ne idealizira). Poskusimo.

¹ V knjigi *Kriza prava: odbléski kritične jurisprudence* (Ljubljana: Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru, 2012) smo v tem kontekstu zapisali, da smo tostran Alp v razpravi o »krizi« pravne države iz slednje napravili »pojmovno mumijo«. To in nekatera druga sporočila knjige bomo skušali v tem zapisu čim bolj zgoščeno prikazati. S tem želimo izostriti izhodišča, ki smo jih podali v prispevku k posvetu »Rehabilitacija demokracije skozi rehabilitacijo prava« (Akademija za demokracijo in Državni svet Republike Slovenije, Ljubljana, 22. maj 2012).

2. Postmodernizacijski procesi

V izhodišče torej postavljamo (hipo)tezo, da obstoječe stanje prava in pravnega sistema globalno in lokalno v bistvenem determinirajo procesi in dejavniki, ki so v zadnjih desetletjih v zahodni družbi povzročili daljnosežne preobrazbe. Čeprav ne gre zanikati pomena lokalnih dejavnikov stanja, v katerem sta se na Slovenskem znašla pravo in pravni sistem, je treba po našem mnenju za boljše razumevanje »krize pravne države« najprej kolikor toliko temeljito raziskati globalne družbene procese. V delu družbene teorije se je za označevanje teh procesov uveljavil pojem »postmodernizacija«. Mnogi postmodernizacijske procese povezujejo zlasti s konstelacijo globalnega družbeno-ekonomskega sistema, ki sliši na ime »pozni« kapitalizem, tj. z globalno družbeno-strukturno preobrazbo, ki naj bi imela v pogledu uveljavljanja modernih/razsvetljenskih civilizacijskih idealov sicer dokaj kontroverzne, a pretežno negativne (»krizne«) implikacije.

Že sredi prejšnjega stoletja so nekateri pisci opozarjali, da se je zahodna družba znašla na prelomu časov, ki naj bi ga zaznamoval kolaps racionalizma in razsvetljenske etike, socialni in kulturni nihilizem ter globalna ekonomska in socialna kriza.² Trdili so, da je v moderni družbi pretirana racionalizacija družbene organizacije (razsvetljenski razum naj bi postal hegemon) institucionalizirala nasilje in zatiranje, da bistveno zožuje individualno in politično svobodo ter da se v moderni družbi privilegiji privilegiranih, različne oblike izkoriščanja, zatiranja, diskriminacije itn., neredko legitimirajo s sklicevanjem na »razum«, »znanost«, »svobodo« in nekatere druge temeljne imperativne razsvetljenstva. Kapitalistična modernost je sicer prinesla nove tehnologije, nove možnosti transporta in komunikacije, svetovni trg, nove dobrine itn., a je za to izstavila visok račun: izkoriščanje in zatiranje pretežne večine človeštva in začaran krog permanentne družbene krize. V moderni »družbi udobja« naj bi vladal režim, ki s svojimi institucionalnimi in ideološko-pro-

² Tako npr. A. Toynbee v knjigi *A Study of History*, ki je izšla leta 1947. Povzeto po S. Best in D. Kellner, *Postmodern Theory: Critical Interrogations* (New York: Guilford Press, 1991), str. 6.

pagandnimi vzvodi preprečuje, da bi množice uvidele izkoriščevalsko logiko kapitalistične modernosti.³

Kritika modernosti (moderne politike, kulture, prava, znanosti, kapitalizma itn.) in tem bolj postmodernizacije je v zmernejši in radikalnejši inačici vztrajala skozi celotno prejšnje stoletje in je prisotna tudi v 21. stoletju. Sodobna kapitalistična družba naj bi se še zlasti temeljito preobrazila v sedemdesetih in osemdesetih letih prejšnjega stoletja, ko naj bi vstopila v fazo »dezorganiziranega kapitalizma«.⁴ Spremembe naj bi zajele tri ključne segmente družbe: njeno ekonomsko strukturo, strukturo in funkcijo državne organizacije in civilno družbo. Z zatonom industrializacije so rigidno masovno industrijsko produkcijo in velike gospodarske korporacije nadomestile manjše in bolj fleksibilne oblike družbeno-ekonomske organiziranosti, visoko specializirana, toga in enotna delovna sila, se je postopoma preobrazila v mobilne, fleksibilne in razdrobljene (atomizirane) prodajalce delovne sile, delo je postalo negotova družbena dobrina (močno naj bi naraslo število nezaposlenih oziroma brezposelnih in zaposlenih za določen ali krajši delovni čas itn.), prišlo je do redukcije in fragmentacije trga in potrošništva in upočasnitve urbanizacije, zgodila se je tehnološka revolucija in še bi lahko naštevali. S podobnim tempom kot ekonomska sfera se je spreminjala infrastruktura in funkcija države, ki je bila v fazi organiziranega kapitalizma nacionalna država blaginje. Po zatonu organiziranega kapitalizma države bolj ali manj prostovoljno uresničujejo imperitive kapitalistične globalizacije, tj. odpravljajo ekonomske in carinske omejitve na področju mednarodne trgovine, odpravljajo omejitve pri dotoku tujega in transnacionalnega kapitala in financ itn. Suverenost nacionalne države se je posledično zožila na vseh področjih, ki so tradicionalno spadala v okvir njene intervencije. V razmerju med delom in kapitalom je nastalo neravnovesje, ki se med drugim kaže v bistveno zmanjšani organizira-

³ Širše glej M. Horkheimer in T. W. Adorno, *Dialektika razsvetljenstva: filozofski fragmenti* (Ljubljana: Studia humanitatis, 2006). Pomembna, če že ne vodilna pisca neomarksistične kritične družbene teorije (t. i. Frankfurtske šole) sta zavrnila progresivistično ideologijo, po kateri naj bi bila zahodna družba zavezana razvoju in napredku že samo zato, ker naj bi temeljila na razumu.

⁴ Širše glej S. Lasch in J. Urry, *The End of Organized Capitalism* (Oxford: Polity Press, 1988). Glej tudi B. Edgeworth, *Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change In the Contracting State* (London: Ashgate, 2003), str. 39–44.

nosti in posledično manjšem vplivu delavcev in sindikatov na politične procese. Tudi sposobnost države, da posamezniku zagotovi socialno varnost oziroma socialno blagostanje, se je izrazito zmanjšala.⁵ Demontaža socialne države naj bi še zlasti oslabila ekonomski in socialni položaj pripadnikov nižjega in srednjega razreda ter vzpostavila srh vzbujajoče ekonomske in socialne neenakosti.

Postmoderni čas naj bi bil čas izmuzljive, lahke, mobilne, nestalne, potrošniške, postindustrijske »tekoče moderne«, ki naj bi nasledila nekdanjo »trdno« moderno.⁶ Tekoča moderna naj bi v družbo vnesla tekoče, minljivo in nestalno, tj. attribute, ki naj bi zamenjali glavne značilnosti trdne moderne, tj. trajno, stabilno in varno. Ker naj bi bila v novem »fluidnem svetu« prihodnost nejasna in negotova, se določanje dolgoročnih razvojnih ciljev in delovanje v prid skupnosti ne dojema več kot smiselno in racionalno. Kakovost skupnosti se je, posledično, začela usodno spreminjati. Javno je postalo prostor projekcij zasebnega (ali bolje: tarča kolonizacije s strani zasebnega), s čimer naj bi izginili pogoji, ki so potrebni za posameznikovo emancipacijo. Delo, ki naj bi bilo potencialna odrešitev od občutka negotovosti in sredstvo emancipacije, je postalo nestalno, prekarno, nepredvidljivo, fleksibilno, kaotično.⁷ V postmoderni »družbi tveganj«⁸ so se negotovosti večinoma porazdelile specifično po družbenih razredih, pri čemer naj bi takšna in drugačna nova tveganja razredno družbo kvečjemu krepila. Še več, tudi možnosti in sposobnosti za ravnanje s tveganji, tj. možnosti za izogibanje in kompenziranje, naj bi bile različne med različnimi družbenimi, dohodkovnimi in izobrazbenimi sloji. V »družbi tveganj« naj bi bil, skratka, vsebovan vzorec porazdelitve tveganj, v katerem naj bi se proletariat te družbe naseljeval pod tovarniškimi dimniki, poleg rafinerij in kemičnih tovarn v industrijskih središčih tretjega sveta (»Stiska je hierarhična, smog je demokratičen ...«).⁹ V nasprotju s klasično moderno družbo, ki naj bi se v svoji razvojni dinamiki (vsaj deklarativno) sklicevala na ideal

⁵ *Ibid.*

⁶ Glej Z. Bauman, *Tekoča moderna* (Ljubljana: Založba /*cf., 2002). Glej tudi B. Tomšič, »Tekoča moderna«. *Teorija in praksa*, 2003/3, str. 584–586.

⁷ Prav tam.

⁸ Glej U. Beck, *Družba tveganja. Na poti v neko drugo moderno* (Ljubljana: Krtina, 2001).

⁹ Prav tam, str. 43.

enakosti, se »družba tveganj« sklicuje predvsem na varnost, pri čemer naj bi se postopno vzpostavljala nov sistem vrednot »ne-varne« družbe. Utopija varnosti naj bi bila negativna in defenzivna: pri njej v osnovi ne gre več za to, da bi dosegli nekaj »dobrega«, temveč samo še za to, da bi preprečili »najhujše«. Družba tveganja naj bi v tem smislu označevala družbeno stanje, v katerem solidarnost temelji na strahu (slednji je postal dejavnik politične mobilizacije).¹⁰

Kritični pisci, ki posebno pozornost namenijo globalizaciji, ugotavljajo, da je aktualni diskurz o družbeni »tranziciji« in »globalizaciji« zavajajoč konstrukt vladajoče ideologije.¹¹ Ta diskurz naj bi dal napačno in zavajajočo razlago družbeno-zgodovinske krize, v kateri se je znašel svet (obdobje stagnacije, ki je sčasoma preraslo v strukturno krizo, naj bi v globalni kapitalistični ekonomiji nastopilo že ob koncu šestdesetih let). Tranzicija, ki sliši na ime »globalizacija«, ni tranzicija peščice ali morda večine zaostalih držav in regij, ki se trudijo skočiti na drveči vlak razvoja, temveč tranzicija, v kateri se svetovni kapitalistični sistem spreminja v staro-novo različico liberalnega kapitalizma. Globalizacijo naj bi odločilno zaznamovala predvsem ekspanzija specifičnega ekonomskega prostora, tj. dereguliranega neoliberalnega kapitalizma. Uradna neo-liberalna in neo-konservativna ideologija ne le domena desnih političnih idej in opcij, temveč tudi onih na »levici«, in celo t. i. proti-sistemskih gibanj. Način reševanja aktualne finančne krize (ta je medtem prerasla v gospodarsko) naj bi, med drugimi, dajal vedeti, da zanj alternative obstoječi neoliberalni konstelaciji kapitalizma ni.¹²

¹⁰ Prav tam, str. 60. Družbeni dinamiki, ki je zaznamovala klasično moderno družbo, naj bi po Beckovem prepričanju ustrezal stavek *Lačen sem!* Z družbo tveganja naj bi nastopila nova družbena dinamika, ki ji ustreza stavek: *Strah me je!* Na mesto skupnosti stiske stopi skupnost strahu.

¹¹ Glej npr. I. Wallerstein, *Globalisation or The Age of Transition? A Long-Term View of the Trajectory of the World-System*. Dostopno na http://yaleglobal.yale.edu/about/pdfs/globalization_transition.pdf (12.7.2012). Aktualno transformacijo svetovne ekonomije je po Wallersteinu treba razumeti kot politični spopad med dvema taboroma: taborom tistih, ki si na različne načine prizadevajo ohraniti privilegije, ki jim jih daje obstoječ neenakopraven politični sistem, in taborom vseh tistih, ki bi želeli ustvariti nov svetovni red in, po možnosti, nov družbeno-zgodovinski sistem, ki bi bil občutno bolj demokratičen in egalitaren od sedanjega. Takole pravi: »Tisti, ki so v prvem taboru, se bodo po vsej verjetnosti predstavljali kot novi demokrati, zagovorniki svobode in razvoja. Morda celo kot reformatorji ...«.

¹² Prav tam.

Tisti družbeni teoretiki, ki nadaljujejo s tradicijo (neo)marksizma, so do globalizacije in postmodernizacijskih družbenih procesov še precej bolj neizprosno kritični. Ugotavljajo, da je zahodno družbo od industrijske revolucije naprej zaznamoval razredni boj med tistimi, ki upravljajo s »svobodnim trgom« (tj. kapitalistično elito, ki nadzoruje proizvodnjo in distribucijo dobrin) in preostalo družbo (to družbeno zgodovinsko dinamiko naj bi na ideološki ravni opredeljeval antagonizem med ekonomskim liberalizmom in takšnimi ali drugačnimi izpeljavami socializma).¹³ Strukturna »gonja za profitom« naj bi se z globalizacijo, po eni strani, zajedla v domala vse, še tako oddaljene koticke sveta, po drugi strani pa tudi v vse plasti zasebnega in institucionalnega življenja (ta imperativ naj bi obenem postal tudi glavni/ekskluzivni mehanizem družbene kontrole).¹⁴ Ob tem naj bi kapital oziroma njegovi lastniki in upravljavci postajali vse močnejši, nacionalna »pravna in socialna« država, civilna družba, sindikati, družbena gibanja in t. i. navadni ljudje (prodajalci delovne sile) pa čedalje šibkejši. Po drugi strani naj bi v postmoderni »imperialistično-globalizacijski« dobi človeška družba bolj kot kdajkoli prej postala nasičena s krivicami, nasiljem, izkoriščanjem in ideologijo. Aktualna različica ekonomske globalizacije – podkrepljena s slogani o »človekovih pravicah«, »demokraciji«, »vladavini prava«, »politični stabilnosti«, »ekonomski rasti« ipd. – naj bi navadnega človeka in nekatere družbene skupine podvrgla grobemu »konsenzualnemu« strukturnemu nasilju in kontinuiranemu sistematičnemu kratenju najbolj temeljnih človekovih vrednot/pravic.¹⁵

Učinki globalizacije in postmodernizacijskih procesov na vrednote, ki jih od svojega nastanka dalje razglaša moderna družba/civilizacija, naj bi bili vse prej kot blagodejni. Opraviti imamo s pravcato ofenzivo na ideal/model moderne nacionalne države in njene pritikline: pravno in socialno državo, človekove pravice, demokracijo, družbeno kohezi-

¹³ Glej T. Fotopoulos, *The Myth of Postmodernity*. Dostopno na: http://www.democracynature.org/dn/vol7/takis_postmodernism.htm (16.8.2012).

¹⁴ Širše o tem glej Z. Kanduč, »Postmoderno stanje in družbeno nadzorstvo«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2004/1, str. 3–20.

¹⁵ Glej Z. Kanduč, »Kriminaliteta, človekove pravice in varnost v po(zno)modernem svetu«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/2, str. 159–171.

jo/solidarnost itn.¹⁶ Politična domišljija postmoderne države je postala neodvisna od tega, kdo (katera politična opcija) je na oblasti, pri čemer naj bi k temu prispevalo zlasti dejstvo, da je nacionalna država postala ujetnica železnih imperativov kapitalističnega družbeno-ekonomskega sistema, med katerimi je še posebej izpostavljena zahteva po deregulaciji ekonomije. V razmerah neoliberalnega kapitalizma je družba močno in čedalje bolj oddaljena od načel, kot so meritokracija, socialno ravnotežje in socialna varnost. Razsežnosti družbene ekonomske in socialne neenakosti v dohodkih, premoženju, političnem, ekonomskem in socialnem statusu, stopnji (aktivne) vključenosti na posameznih področjih družbenega delovanja itn. so postale milo rečeno zastrašujoče.¹⁷ Skratka, v postmodernej družbi oziroma državi naj bi po mnenju kritikov učinkovito udejanjanje demokracije ter pravne in socialne države postalo »misija nemogoče«.

Postmoderni neoliberalni kapitalizem naj bi, nadalje, zaznamoval ponoven vzpon socialnega fašizma, desne konservativne politične ideologije in konservativnih političnih projektov. Ta trend naj bi se, med ostalim, kazal v stopnjevanju kaznovalne represije, krepitvi neformalnih in formalnih, tj. represivnih (reaktivnih) in preventivnih (proaktivnih) družbeno-nadzornih mehanizmov, porastu verskega in ideološkega fundamentalizma, patriotizma, nacionalizma, rasizma, ksenofobije, avtoritarnosti itn.¹⁸ Mešanica neoliberalne in neokonservativne ekonomske, politične, socialne, kulturne in moralne »klime« naj bi (so)ustvarjala družbo, v kateri strah postaja *perpetuum mobile* družbenih odnosov. V tej družbi naj bi varnost postala ideološko skonstruirana »vrednota vseh vrednot«, imperativ »zagotavljanja varnosti« pa nadvse priročen argument za krčenje (mukoma) uveljavljenih standardov svobode, vladavine

¹⁶ Glej Z. Kanduč, »Postmodernizacija in njena/naša nelagodja«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2005/3, str. 223–238.

¹⁷ Prav tam. Pisec ugotavlja, da se za videzom predvsem ekonomskega imperativa »omejevanja državne intervencije« na trgu dokaj očitno skriva precej manj »nedolžna« zahteva po ukinjanju socialne države in onemogočanju stvarne oziroma učinkovite demokracije. Neoliberalno grajanje države (denimo zmerjanje njene »neučinkovitosti, birokratske okostenelosti, potratnosti, negotovosti itd.) je po njegovem videnju v resnici premeten ideološki maneuver, ki je uperjen v nevtralizacijo njenih demokratičnih potencialov.

¹⁸ Glej Kanduč, delo cit. v op. 16.

prava in demokracije.¹⁹ Aktualna neoliberalna in neokonservativna ekonomska, politična, moralno-ideološka in kulturna »ofenziva« naj bi na eni strani vodila k vzpostavitvi trajne policijske države »izrednega stanja« in suspenziji politične demokracije, in po drugi strani »tržne družbe«, tj. skupnosti ekonomsko racionalnih, preračunljivih, bodisi pre zaposlenih bodisi brezposelnih, prestrašenih in sebičnih individuumov, pogreznjenih v srdite konkurenčne boje in nedovzetnih za socialno solidarnost.²⁰

Vsemu temu navkljub (ali pa prav zaradi tega) se neoliberalni postmoderni kapitalizem predstavlja kot usoda, zoper katero se ni moč boriti – bodisi se ji prilagodimo ali pa nismo več v koraku z zgodovino.²¹ Če (neo)marksistično navdahnjenim piscem sledimo do konca, izvemo, da vrhovnemu sovražniku danes ni več ime kapitalizem, imperij, izkoriščanje itn., temveč kratko malo kar demokracija. »Demokratska iluzija«, sprejemanje demokratskih mehanizmov kot skrajnega okvira vsake spremembe, je tisto, kar naj bi preprečevalo resnično spremembo obstoječih družbenih razmerij in potemtakem tudi izhod iz »krize« (post) moderne družbe. Globalna kapitalistična družba se zdravljenja »zla, ki ga vidi okoli sebe«, večinoma loteva z napačnimi ukrepi (njena zdravila bolezni – na primer revščine – ne zdravijo, ampak jo podaljšujejo, njena zdravila so pravzaprav del te bolezni).²² Do streznitve glede tega, kaj se pravzaprav dogaja, očitno še ni prišlo. »Demokratski« neoliberalni kapitalizem je tako zelo definiral prostor političnega dojetja in imaginacije, da si ne moremo več zamisliti družbe, ki ne bi delovala na njegovih predpostavkah in načelih. S »krizo«, ki smo ji trenutno priča, je

¹⁹ Glej Z. Kanduč, »O sodobnih tveganjih, grožnjah in nevarnostih – postmoderna družba v slogu staromodne 'hiše strahov'«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/4, str. 356–371. Podobno ugotavlja tudi Žižek. Esenco današnje demokracije po njegovem opredeljujeta hedonistična permisivnost in novi družbeni apartheid, ki temelji na strahu in nadzoru. V današnji demokraciji prevladuje oblika politike, ki je (»najboljši slovenski izvozni artikel« se ob tem se sklicuje na Giorgio Agambena) postpolitična biopolitika strahu. Opraviti imamo z redukcijo politike na ekspertno upravljanje družbenega življenja, ki se odreka sami konstitutivni razsežnosti političnega, ker se zateka k strahu kot svojem lastnem ultimativnem mobilizacijskemu načelu. 41–45.

²⁰ Glej Kanduč, delo cit. v op. 19. Glej tudi delo istega avtorja: »Kriminološki pogled na svobodo in varnost v postmodernej družbi«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2007/3, str. 231–245.

²¹ Glej Žižek, *Nasilje* (Ljubljana: Društvo za teoretsko psihoanalizo, 2007), str. 18.

²² Prav tam, str. 20–21.

po mnenju kritikov nastopil historični trenutek. Prišli smo do roba in rešitve segajo prek tega roba ...²³

3. Postmodernizacija in »kriza« prava (pogled skozi »očala« kritične teorije prava)

Tudi v pravu in pravnem sistemu so nastopile daljnosežne preobrazbe – večinoma naj bi odsevale »krizne« družbene procese in spremembe, ki smo jih zgoraj zelo na grobo, domala »telegrafsko« prikazali. Zdi se, da se pisci, ki te preobrazbe opazujejo in analizirajo, delijo v dva tabora. Pravo naj bi na prehodu tisočletij po mnenju nekaterih pridobilo novo, postmoderno identiteto oziroma še več – spremembe naj bi bile tako obsežne, da imamo opraviti celo z novim družbeno-zgodovinskim tipom prava. V nasprotju s tem so pisci v drugem taboru prepričani, da je takšna »diagnoza« vendarle pretirana. Po njihovem, sodobno pravo kljub očitnim preobrazbam, ki jih doživlja v zadnjih desetletjih, ohranja bistvene prvine in značilnosti modernega prava. Kakorkoli, dovolj očitno je, da se moderno pravo na prehodu tisočletij sooča s spremembami v domala vseh svojih »domenah« in v vseh svojih najpomembnejših prvinah. Nastajajo novi pravni instituti in koncepti, celo nove pravne panoge, ali pa se tisti, ki so nastali v modernem pravu, temeljiteje spreminjajo. V domala vseh tradicionalnih pravnih panogah smo priča specializaciji in fragmentaciji, značilnosti modernega prava usihajo,²⁴ spreminja se struktura pravnega sistema, koncepta pravne in tem bolj socialne države naj bi bila v krizi itn. Ker je prostor, ki je namenjen tej

²³ Tako M. Dolar, »Konec neoliberalne paradigme«, *Katedra*, št. 3/2009, str. 18–21.

²⁴ Za moderno pravo oziroma moderni pravni sistem je veljalo, da so njegove bolj ali manj temeljne značilnosti splošnost, abstraktnost, sistematičnost, notranja skladnost in ustaljenost (tj. relativno visoka stopnja predvidljivosti pri njegovem uporabljanju in razlaganju). V procesu pravne postmodernizacije te značilnosti slabijo. Sodobno pravo (spet) postaja čedalje manj splošno, abstraktno in sistematično (in temu ustrezno čedalje bolj neustaljeno, kazuistično, neredko celo kaotično) in vse manj odvisno od posamezne države in njene suverenosti ter tudi čedalje manj predano temeljnim načelom (lahko bi rekli idealom), ki so prežemala moderno pravo (rušijo se ustaljena hierarhična razmerja med pravnimi akti, čedalje bolj pogoste so zahteve po pravni deregulaciji, po vse manjši zavezanosti pravn(išk)emu formalizmu in njemu zvestemu načinu pravnega vrednotenja in še bi lahko naštevali – vsi ti premiki naj bi prispevali k bolj učinkovitemu, vzdržnemu in kakovostnemu pravnemu sistemu). Širše o tem glej A. Perenič, *Uvod v razumevanje države in prava* (Ljubljana: Fakulteta za varnostne vede, 2005), str. 57–64.

razpravi, omejen, bodo v nadaljevanju izpostavljeni tisti dejavniki sprememb, ki jih lahko označimo kot »krizne« in potemtakem nič kaj blagodejne (postmodernizacija prava sicer nedvomno prinaša tudi nekatere »pozitivne« in gotovo dobrodošle preobrazbe).

Pomemben postmodernizacijski dejavnik z daljnosežnimi učinki na sodobno pravo je brez dvoma vzpon neoliberalna (*laissez-faire*) pravne (in pravno-politične) ideologije. Utilitarizmu in utilitarnim načelom, kot so »učinkovitost«, »ekonomičnost«, »rentabilnost«, »*good governance*«, »deregulacija« itn., je – podobno kot v drugih sferah družbe – tudi v pravu pripadlo posvečeno mesto. Ta oblika racionalnosti je tista, s pomočjo katere naj bi se pravo v postmoderini dobi uspešno prilagajalo potrebam pravnega urejanja družbenih odnosov in zavarovanju interesov pravnih subjektov pri reševanju pravnih sporov. V domeni pravne politike in v zakonodajni praksi je ta oblika racionalnosti postala nemara celo glavni temelj legitimnosti.²⁵ Tudi v teoriji in filozofiji prava naj bi neoliberalni *laissez-faire* paradigmi postopoma pripadlo čedalje bolj pomembno mesto. Še posebej izpostavljena in prepoznavna je v t. i. ekonomski šoli prava, ki izhaja iz podmene, da so ekonomski koncepti (npr. maksimiziranje in učinkovitost) nadvse ustrezno merilo kakovosti pravnega sistema, tj. pravnih pravil, postopkov, institucij in pravnega sistema kot celote (subjekt prava, na katerem temeljijo analize ekonomske šole prava, sliši na ime *homo oeconomicus*).²⁶ Čeprav ekonomska analiza prava nedvomno lahko postreže z nekaterimi koristnimi in zanimivimi uvidi v delovanje pravnega sistema, se zdi, da primarno ekonomistično načrtovanje pravnih politik in reform v razmerah postmodernega (= kriznega) kapitalizma (glej *supra*) ni »rešitev«, temveč »problem«: neoliberalno/utilitaristično navdahnjena jurisprudenca je v razmerah, ki ta čas vladajo v svetu in pri nas, v mnogih pogledih – ekonomistično rečeno – multiplikator krize prava. Z izključujočim priseganjem na učinkovi-

²⁵ Tako Edgeworth, str. 167–168. Znameniti Lyotardov stavek »Bodite operativni, se pravi komenzurabilni, ali pa izginite.« ima dovolj očitne implikacije tudi v pravni sferi oziroma v pravnem diskurzu. Glej J.-F. Lyotard, *Postmoderno stanje. Poročilo o vednosti* (Ljubljana: Društvo za teoretsko psihoanalizo, 2002), str. 8–9.

²⁶ Za podrobnejši prikaz ključnih elementov ekonomske šole/analize prava v Sloveniji glej K. Zajc, »Ekonomska analiza prava (opis, zgodovina in aplikacije)«, *Podjetje in delo*, 6–7, 2002, XXVIII. Glej tudi zbornik K. Zajc (ur.), *Ekonomska analiza prava v Sloveniji* (Ljubljana, 2009).

tost in njej sorodne svetle cilje – ob sklicevanju na »vladavino zakona in reda« – prispeva k ne dovolj premišljenim spremembam (njihov skupni imenovalec je, kot se zdi, razgradnja pravnega reda socialne države).

Na delu naj bi bila dva ključna dejavnika, ki socialno državo nadomeščata s pogodbeno državo (*contracting state*): privatizacija in deregulacija. Šlo naj bi za med seboj tesno povezana dejavnika neoliberalne (politične, ekonomske in pravne) paradigme, ki opušča redistribucijske in ostale instrumente države blaginje in namesto njih favorizirata klasične liberalne tržne mehanizme.²⁷ Učinki privatizacije se po ugotovitvah kritikov kažejo, prvič, v spremembah pravnih norm, ki vodijo k zmanjšanju družbene (socialne) odgovornosti korporacij, podjetij, zavodov in drugih subjektov, ki so iz javnega upravljanja prešli v privatne roke, in drugič, v obliki oženja socialnih in ekonomskih pravic državljanov oziroma posameznikov.²⁸ Za postmoderno neoliberalno državo je značilno t. i. »zmanjševanje« države, tj. ožetje njenih pristojnosti na področjih, ki so v času socialne države postala domena pravnega urejanja s strani države. Poleg neposredne prodaje državne lastnine zasebnikom in prenosa javnih pristojnosti in pooblastil na nedržavne oziroma zasebne pravne subjekte, naj bi privatizacija potekala tudi z uvajanjem zasebne konkurence na področjih, ki so bila v pravnem redu države blaginje v izključni domeni javne sfere, uvajanjem menedžerskega upravljanja javnih institucij, ki je bilo v preteklosti značilno za zasebni sektor (*managerialism*) in, ne nazadnje, prek občutnega povečanja nabora tistih javnih storitev, ki so državljanom in posameznikom dostopne za plačilo.²⁹ V pogledu strukturnih sprememb pravnega sistema naj bi se privatizacija odražala predvsem v tem, da je zasebno-pravni pogodbeni model postal

²⁷ Glej Edgeworth, str. 135. Precej bolj oster je na primer Kanduč – ta deregulacijo in privatizacijo označi kot zloglasno politiko, ki jo nacionalni državi v imenu »imperativa konkurenčnosti« in »globalizacije« vsiljujejo kapital in njegovi nadnacionalni pravno-politični organizmi (zlasti Svetovna trgovinska organizacija, Svetovna banka, Mednarodni denarni sklad, Organizacija za ekonomsko sodelovanje in razvoj, in »naša nova širša domovina« Evropska unija). Oba procesa bi po njegovem kazalo v prvi vrsti interpretirati v luči zaostrovanja razrednega boja, v katerem vladajoči razredi (lastniške, upravljalne in druge elite) za enkrat nedvomno zmagujejo. Širše glej Z. Kanduč, »Anthony Giddens: Runaway World – How Globalisation Is Reshaping Our Lives«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/54, str. 324–326.

²⁸ Edgeworth, str. 138.

²⁹ Prav tam, str. 135–136.

prevladujoč način pravnega urejanja (nadomestil je javno-pravni model države blaginje).³⁰

Če zapisano še malce izostrimo: v zadnjih nekaterih pravnih redih zakonsko varstvo pravic pogodbenih strank skoraj povsem umaknilo načelu pogodbene svobode.³¹ S ponovno oživitvijo individualistične *laissez-faire* pravne ideologije se pravna jamstva šibkejših strank umikajo klasičnemu (zasebnopravnemu) konceptu pogodbene svobode, formalna enakopravnost pogodbenih strank je izrinila dejansko, v segmentu pravnih sporov so alternativni mehanizmi in načini razreševanja sporov prevladali nad klasičnimi itn. Te spremembe naj bi opozarjale, da so, kot vse kaže, minili časi, ko sta zakonodajalec in sodišče brzdala pogodbeno svobodo v korist šibkejših strank. Pravice so, podobno kot v 19. stoletju, bolj kot javnopravnemu urejanju in varstvu prepuščene pogodbenemu dogovarjanju, s čemer se v sporih pred alternativnimi »sodniki« (arbitri, mediatorji, conciliatorji itn.) utrjuje položaj (ekonomsko in *de facto*) privilegiranih/močnejših strank (glej *infra*).³²

Drugi dejavnik pravne postmodernizacije, ki je tesno povezan s prevlado neoliberalne pravne in politične paradigme in razgradnjo države blaginje, je, kot rečeno, deregulacija. Tudi ta dejavnik naj bi, podobno kot privatizacija, neposredno vplival na opazne preobrazbe v sodobnem pravu. Pravno deregulacijo kaže razumeti predvsem kot rahljanje ali celo ukinjanje mehanizmov pravnega urejanja in nadzora na različnih družbenih področjih, še zlasti v ekonomski/gospodarski sferi, pri čemer velja poudariti, da je zaznati tudi tendence v nasprotno smer (postmoderna država v nekaterih segmentih pravno regulacijo stopnjuje). V sodobnih pravnih sistemih so posledice deregulacije še posebej opazne na področju civilnega prava, čeravno jih opazimo tudi v drugih pravnih panogah. Na tem pravnem področju naj bi se učinki deregulacije kazali zlasti kot odklon od reform, ki so bile značilne za obdobje države blaginje. Pravne

³⁰ Prav tam, str. 137.

³¹ Prav tam, str. 149.

³² Prav tam. Edgeworth (prav tam, str. 149–150) meni, da teh sprememb (značilne naj bi bile za pravne sisteme velike večine zahodnih demokratičnih držav) kljub vsemu ne kaže preceniti. Vrnitve k pred-blaginjskim liberalnim pravnim načelom po njegovi oceni ne moremo označiti kot »sistemске«, ker se v določenih segmentih pravnega urejanja (na primer na področju varstva potrošnikov) pravna jamstva za šibkejšo stranke ohranjajo ali celo stopnjujejo.

doktrine socialne države, ki so, na primer, poudarjale vsebinsko (materialno) pravičnost, naj bi v zasebnem pravu postmoderne neoliberalne države postale postranske ali celo scela opuščene.³³

Ta trend – nekateri ga označujejo z izrazom »dematerializacija prava« – je prisoten na različnih področjih zasebnega prava. Na področju delovnega prava, na primer, naj bi z deregulacijo trga dela delovna sila postala bolj fleksibilna, nekdanji kolektivni pristop k reševanju problemov povezanih z delom (na primer nezaposlenosti in nezaposljivosti, zdravstvenega, socialnega in pokojninskega varstva in zavarovanja, odpuščanja delavcev, zagotavljanja ustreznih pogojev dela itn.) se je individualiziral, politična moč sindikatov je drastično upadla, vse skupaj pa naj bi se odrazilo v izrazitem poslabšanju *de iure* (in *de facto*) položaja zaposlenih. Za postmoderno neoliberalno državo je na splošno značilno, da v njenem pravnem redu na pomenu pridobivajo individualne pravice zaposlenih: ob tem ko, po eni strani, pravice in obveznosti zaposlenih postajajo »manj« kolektivne oziroma »bolj« individualne,³⁴ po drugi strani pogodba o zaposlitvi postaja čedalje bolj podobna klasični pogodbi (pravna jamstva in načela delovnega prava, ki so bila značilna za pravni red države blaginje, se v pravnem redu neoliberalne »pogodbene« države čedalje bolj umikajo klasičnim načelom obligacijskega prava). Ob tem velja opozoriti, da ima na videz večja svoboda zaposlenih pri sklepanju pogodb z delodajalci tudi manj svetle plati: več pogodbene svobode in pogodbениh pravic pomeni manj abstraktnih (zakonskih) in, posledično, dejanskih pravic in pravnih jamstev pri omejevanju najvišjih in najnižjih plač, določanju prepovedi in omejitev pri odpuščanju, določanju pogojev dela, uveljavljanju sindikalne svobode, pravice do stavke itn.³⁵ Spremembe zakonodaje, ki skušajo delovno silo ustvariti

³³ Prav tam, str. 145.

³⁴ Prav tam. Edgeworth kot primer takšne pravice omenja možnost individualnega pogajanja zaposlenega z delodajalcem (brez posredovanja sindikata) glede plače in pogojev dela.

³⁵ Prav tam, str. 146–147. Pisec svoje ugotovitve podkrepi s prikazom nekaterih ključnih sprememb v delovnem pravu Združenega kraljestva, Nove Zelandije, Avstralije, Nemčije in ZDA. V Nemčiji (deželi z bogato tradicijo socialne države in izraziteje reguliranim trgom dela) so po njegovih ugotovitvah reforme v zadnjih desetletjih močno omejile pravico do stavke in okrepile položaj delodajalcev pri sklepanju pogodb o zaposlitvi. Poleg tega naj bi se bistveno zmanjšala pravna jamstva za učinkovito uresničevanje in varstvo pravic v zvezi z delom in, posledično, pravica do pravnega oziroma sodnega varstva v primeru sporov.

bolj fleksibilno in zaposlitev temu ustrezno manj trajno in varno, je zaznati tudi v Sloveniji (mantra, ki so jo privzele bolj ali manj vse države, tudi Slovenija, je splošno znana: »Ekonomsko stanje v državi kliče po reformah trga dela ...«).

V zvezi s spremembami, ki s pravno postmodernizacijo tostran in onstran Alp nastajajo v družinskem/partnerskem pravu, lahko na splošno rečemo, da s tem, ko se nekatere pravice – podobno kot na ostalih področjih civilnega prava – skoraj v celoti prepuščajo zasebno-pravnemu (pogodbenemu) urejanju, sicer načeloma odмира paternalizem iz časov države blaginje, a imajo ti premiki tudi v tej sferi prava svojo manj svetlo plat. V marsičem jih kaže razumeti kot simptom drastičnega vzpona ekonomske in socialne negotovosti in ne-varnosti posameznika. V tem pogledu splošno razširjeno zavračanje paternalizma socialne države, ki se na pravnem področju, med ostalim, kaže v težnji po (javnopravni) deregulaciji oziroma (zasebnopravnem) pogodbenem urejanju intimnih odnosov med ljudmi, pomeni svojevrsten paradoks: t. i. nova družbena gibanja na čelu s feminizmom ter gejevskim in lezbičnim gibanjem ne hote prispevajo k utrditvi neoliberalne paradigme v sodobnem pravu.³⁶

Eden od simptomov oddaljevanja od modela prava in pravnega sistema, ki je bil značilen za moderno državo blaginje, je tudi (de)regulacija pravice do brezplačne pravne pomoči.³⁷ »Redistributivna« pravna politika države blaginje je stavila na z zakonom široko določene možnosti brezplačne pravne pomoči in zastopanja v postopkih pred sodišči in neposredno financiranje nevladnih organizacij za nudenje brezplačne pravne pomoči posameznikom, ki si zaradi slabega premoženjskega oziroma socialnega statusa pravne pomoči niso mogli privoščiti. To politiko je v pravnem redu neoliberalne države v večini zahodnih držav zamenjala bistveno drugačna retorika, ki je širok dostop do (brezplačne) pravne pomoči podvrgla omejitvam.³⁸ Bolj restriktiven pristop k zagotavljanju

³⁶ Prav tam, str. 148–151. »Dematerializacijo prava« Edgeworth ne nazadnje identificira tudi na področju stanovanjskega prava. Zakonske določbe, ki so v pravnem redu države blaginje javnim/državnim institucijam nalagale »pozitivno dolžnost« ustvarjanja okoliščin, v katerih bi vsak državljan lahko uresničil pravico do primerne stanovanja, naj bi bile v postmodernem pravu čedalje bolj potisnjene ob rob. Urejanje pravnih položajev in pravic v najemnih razmerjih, ki je bilo nekoč določeno z zakonom, je skoraj v celoti prepuščeno pogodbeni svobodi.

³⁷ Prav tam., str. 174.

³⁸ Prav tam.

pravice do brezplačne pravne pomoči v postopkih pred sodišči se po eni strani, kaže v strožjih kriterijih za uveljavljanje pravice, in, po drugi strani, v omejitvah, ki zadevajo področje spora.³⁹ Levji delež proračunskega denarja, ki je namenjen zagotavljanju pravice do brezplačne pravne pomoči, po novem pripade kazenskim zadevam, v civilnih, izvršilnih in ostalih sodnih postopkih pa naj bi se za širok krog posameznikov dostopnost sodišč in pravne pomoči občutno zmanjšala. Posledica te razporeditve naj bi bila izključitev širokega segmenta posameznikov iz kroga potencialnih upravičencev do pravne pomoči.⁴⁰ Ob tem ne gre spregledati, da se je pravica do brezplačne pravne pomoči tudi »na sončni strani Alp« v zadnjih letih zožila: s povišanjem sodnih taks, posredno pa je svoj »lonček« pristavil tudi Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov. Da predpis, ki ureja institut brezplačne pravne pomoči (Zakon o brezplačni pravni pomoči je Državni zbor sprejel leta 2001, v letih 2004 in 2008 pa tudi dve njegovi spremembi in dopolnitvi),⁴¹ ne izpolnjuje svojih svetlih ciljev, je opozoril tudi ombudsman.⁴²

Države odgovornost za učinkovito udejanjanje pravice do dostopa do sodišča čedalje bolj prepuščajo zasebni sferi (tudi v tem segmentu se privatizirajo storitve, ki so bile nekoč domena javne sfere). Neoliberalni prisilni jopič državam narekuje, da problem čedalje težjega dostopa do sodišč in pravne pomoči odpravijo kar z uvajanjem (javnih in zasebnih) mehanizmov za alternativno reševanje sporov in stopnjevanjem tržne konkurence na področju zagotavljanja odvetniških in drugi pravnih storitev (pri tem se dostopnost sodišč in drugih oblik pravnega varstva pravic namesto kot temeljna pravica prikazuje kot problem togih in preveč formaliziranih postopkov pred sodišči). Klasično sodno odločanje naj bi bilo preveč okorno, počasno in zbirokratizirano ter navsezadnje

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ Prav tam. V petdesetih letih prejšnjega stoletja je imelo na primer v Veliki Britaniji po podatkih, ki jih navaja Edgeworth (sklicuje se na Rickmana in Graya), dostop do takšne ali drugačne oblike pravne pomoči približno 80 % populacije. Konec osemdesetih naj bi bil delež le še 50 %. Podobna zgodba naj bi se odvijala tudi v Kanadi, na Nizozemskem in celo na Švedskem. Paradoksalno je, da so se v Veliki Britaniji, kljub bistveni zaostritvi možnosti in pogojev za dostop do (brezplačne) pravne pomoči, izdatki, ki jih je država v svojem proračunu namenila tej postavki, bistveno povečali.

⁴¹ Glej Uradni list RS, št. 48/01, 50/04 in 23/08.

⁴² Glej <http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila> (14.3.2011).

tudi predrago. Zasnova in izvajanje formalnih sodnih postopkov naj ne bi odražalo dejanskih želja, potreb in interesov sprtih strank. V nasprotju s tem naj bi bilo alternativno razreševanje sporov pod taktirko zasebnih mediatorjev bolj fleksibilno, hitrejše, cenejše in bolj prilagodljivo, saj naj bi strankam ponujalo bolj »življenjske« možnosti razrešitve njihovega spora. Očitno je, da sta kritika klasičnih oblik sodnega varstva pravic in uvajanje alternativnih oblik reševanja sporov (»privatizacija sodstva«) pojava, ki sta zelo dobro uglasena s siceršnjo neoliberalno kritiko države blaginje. Na videz spontana preusmeritev diskurza od pravnih strank (ter njihovih procesnih in materialnih pravic) k odjemalcem oziroma »potrošnikom« sodnih storitev odraža splošen trend v smeri »množične produkcije pravosodnih odločitev« (*mass production of justice*). Ta naj bi, kot ena ključnih značilnosti pravne postmodernizacije, prispevala k zatonu tiste oblike pravne racionalnosti in avtoritete, ki je prevladala v modernem pravu.⁴³

Čeprav postmodernizacija na področju mednarodnega prava prinaša nekatere blagodejne preobrazbe (denimo internacionalizacijo konstitucionalizma), ima pravna internacionalizacija tudi drug, manj svetel obraz. Na področju trgovine je, na primer, nastal obsežen korpus avtonomnih mednarodnih pravnih aktov in pravil, ki slihi na ime *lex mercatoria*.⁴⁴ Gre za mednarodnopravna načela in pravila, ki ne izvirajo iz mednarodnih konvencij, ki so nastale v pristojnosti mednarodnih medvladnih organizacij, temveč iz aktov, ki so nastali v okviru Mednarodne trgovinske organizacije (WTO), Mednarodne trgovinske zbornice (ICC) in drugih podobnih avtonomnih mednarodnih organizacij (po mnenju neomarksistično navdahnjenih družbenih in pravnih teoretikov naj bi bile te organizacije epicenter liberalnega kapitalizma). Tudi ta trend razvoja sodobnega prava naj bi, podobno kot nekateri drugi pre-

⁴³ Glej Edgeworth, str. 166–167. Pisec (*ibid.*, str. 172) ob tem poudarja, da so se v senci izrazitega povečanja »neformalnega« pravnega korpusa v zadnjih desetletjih še naprej razvijali in širili tudi formalni sodni in ostali »tradicionalni« instrumenti pravnega razreševanja sporov (pravo-branilstvo, odvetništvo, zasebno pravno svetovanje itn.), in da se obseg pravnega urejanja tudi na splošno povečuje. Inflacija, se pravi naraščanje obsega pravnega normiranja in množenje pravnih institucij, ki je bilo značilno že za drugi val modernizacije prava (za pravni red države blaginje), se v procesu pravne postmodernizacije ni upočasnilo; nasprotno: s pravno postmodernizacijo je kvečjemu napredovalo.

⁴⁴ Glej: Perenič, str. 102 in Edgeworth, str. 190–192.

miki v modernem pravu, odražal globlje družbene politične in ekonomske preobrazbe. Sodobni *lex mercatoria* naj bi imel bolj malo skupnega s predhodnikom, tj. s predmodernim *common law*, ki je urejalo razmerja na področju trgovanja. Sodobno avtonomno mednarodno trgovinsko pravo ni nabor ustaljenih običajev, ki bi zaradi dolgotrajne splošne uporabe prerasli v obvezno pravo, temveč prej konstrukt pravnih načel, pravil in standardov, ki jih narekujejo neoliberalni aksiomi sodobnega mednarodnega poslovanja. Edgeworth ugotavlja, da je *lex mercatoria* nastal kot reakcija na »intervencionizem« države blaginje, ki naj bi ga ta izvajala z restriktivnimi zakonodajnimi prijemi in pretirano okostenelostjo, zbirokratiziranoostjo in počasnostjo postopkov pred sodišči.⁴⁵ Prav tako ne gre spregledati, da je *lex mercatoria* korpus avtonomnega mednarodnega prava, ki svoje legitimnosti ne črpa iz načela ljudske suverenosti (nanjo se, na primer, opira demokratično izvoljeni zakonodajalec). Temelj njegove legitimnosti naj bil pragmatičen: izvira iz tega, da gre za avtonomna, dinamična pravna pravila, ki upoštevajo potrebe udeležencev v sporih. To pravo je posledično bolj ali manj nedovzetno za enakopravnost strank in varstvo pravic šibkejših udeležencev v sporu.⁴⁶ Sklep, ki se ob tem ponuja, je na dlani: ideal socialno občutljivega pravnega urejanja trgovinskih poslov, za katerim je nekoč stala država blaginje s svojimi organi, je zamenjal *lex mercatoria* – korpus prava, ki temelji na ekonomističnih načelih in neoliberalni ideologiji.

V pogledu uresničevanja (ideala) pravne države oziroma njegove izpeljanke, ki v liberalni pravni teoriji in ideologiji sliši na ime »*rule of law*«, so še zlasti problematične spremembe, ki se v zadnjih desetletjih odvijajo v sferi kazenskega pravosodja (*criminal justice*). Mnogi opozarjajo, da je v tem segmentu pravnega sistema že dolgo na pohodu pravnopolitična doktrina »zakona in reda« (*law & order*), ki jo nekateri označujejo kot »neoliberalno/neokonservativno« spačenko načela/ideala vladavine prava.⁴⁷ »Vladavina zakona in reda« se čedalje bolj opira na redukcijo kriminalne politike na (represivno) kaznovalno politiko in vero v moč »klasičnih« oblik nadzora in kazenskopravnih sankcij. V kontek-

⁴⁵ Edgeworth 2003, str. 191.

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Prim. npr. N. Peršak, »Discipliniranje v družbi tveganj: panoptikon, sinoptikon in subjekt«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2005/3, str. 239–247.

stu te doktrine temeljni postulati kazenskega materialnega in procesnega prava postajajo kolateralna žrtev »neoklasične« kriminalne politike in menedžerskega upravljanja s kazenskopravnim sistemom.⁴⁸ Jasen pokazatelj tega trenda je zoževanje obsega pravic oziroma procesnih jamstev v kazenskem postopku (glej *infra*) in zaton abolicionizma (tj. prizadevanja za odpravo smrtne kazni in humanizacijo kazenskopravnih sankcij).

V kazenskem materialnem pravu ima v imaginariju doktrine »zakona in reda«, kot se zdi, prav posebno mesto kazen in z njo povezan trend zaostrovanja kaznovanja, ki je kontinuirano prisoten tudi v Sloveniji (simptomi »penalizacije« so se tudi pri nas že dodobra namnožili in prav nič ne kaže, da se utegnejo v kratkem umiriti).⁴⁹ Med procese, ki smo jim priča v kazenskem materialnem pravu, spada tudi kontinuirano stopnjevanje kriminalizacije.⁵⁰ Ravnanja, ki v preteklosti niso bila (vsaj ne eksplicitno) inkriminirana, v novih kazenskih zakonodajah (Slovenija pri tem ni nikakršna izjema) postajajo kazniva ali pa ravnanja, ki so bila v preteklosti »samo« kaznivo ravnanje, ki predstavlja kršitev javnega reda, preraščajo v najhujšo vrsto kazenskih deliktov. Tostran Alp glasniki teh sprememb širjenje obsega inkriminiranih ravnanj utemeljujejo s prepričanjem, da se s spreminjanjem moralne zavesti in naraščanjem družbene občutljivosti in dojemljivosti za različne, tudi tako ali drugače oziroma bolj ali manj prikrite oblike nasilja, spreminja (»na bolje«) tudi kazensko (materialno) pravo.⁵¹ Če parafraziramo Žižka, pridemo do ravno nasprotnega sklepa: današnja kazenskopravna politika je izpeljava značilno postmoderne biopolitike strahu. Kazenskopravna »nova senzibilnost«, »občutljivost« za integriteto Drugega, ki se izraža s širje-

⁴⁸ Glej Z. Kanduč, »Zastraševanje in rehabilitacija: kriminološki pogled«, *Revija za kriminologijo in kriminologijo*, 1996/3, str. 228–240.

⁴⁹ V vseh segmentih pravnega urejanja se v zadnjem času kazni in druge vrste sankcij kontinuirano zaostrojujejo, zvišujejo in razmnožujejo. Uzakonitev dosmrtnega zapora v novem Kazenskem zakoniku (KZ-1), ki je začel veljati novembra leta 2008, je, kot se zdi, zgolj jagoda na torti penalizacije slovenske družbe.

⁵⁰ Katalog kaznivih dejanj in tem bolj prekrškov je v zadnjih letih, na primer, opazno narasel tudi v Sloveniji. Zato verjetno ni pretirana ugotovitev, da Slovenijo pesti inflacija kazenskih deliktov. Širše o tem glej npr. B. Koritnik, »Inflacija prekrškov«, *Pravna praksa*, 2007/20.

⁵¹ Glej V. Jakulin, »S spremembami moralne zavesti se spreminja tudi kazensko pravo«, *Dnevnikov Objektiv*, 19. april 2008. Ukrep, s katerim nov slovenski Kazenski zakonik stopnjuje »moralno občutljivost« in »dovzetnost« za nasilje, je, nadalje, tudi uvedba razvpitega »seznama pedofilov«.

njem inkriminiranih ravnanj, evidencami storilcev ipd., prosto po Žižku sovpada s svojim nasprotjem: ignoranco in netoleranco do človeka.⁵²

Tudi v kazenskem procesnem pravu zasledimo dokaj podoben trend razvoja (tudi tu je v zadnjem času na pohodu doktrina »zakona in reda«). V tem segmentu pravnega reda smo po prepričanju nekaterih kritikov vstopili v obdobje, ko je postulate, ki so se skozi več kot dve stoletji razvoja oblikovali za omejevanje izvršilne oblasti, praktično in teoretično čedalje težje aplicirati na nove strategije varnostne politike.⁵³ Organom odkrivanja in pregona dandanes ni več treba zlorabiti ali obiti pravnih norm in pooblastil, da bi kršili človekove pravice in kazensko procesno pravo; dovolj je, da te norme in pooblastila »zakonito« uporabijo.⁵⁴ Kazensko procesno pravo naj bi se že desetletja brez neposredne zveze z »vojno proti terorizmu« soočalo s strateškimi premiki.⁵⁵ Ti se (tudi pri nas) kažejo predvsem v čedalje večjem poudarjanju omejevanja in preiskovanja kriminalitete, ki temelji na proaktivnem (*ante delictum*) policijskem delovanju in nadzoru, prikritih preiskovalnih ukrepov, tajnem in obveščevalnem delovanju, ekstenzivni inkriminaciji in, ne nazadnje, v protežiranju strategije v skupnost usmerjenega policijskega dela (*community policing*), ki je oprto na poudarjanje preventive »skozi represijo«, približevanje državnih varnostnih struktur skupnosti in (vse prej kot »neoliberalno«) povečevanje njihove aktivne vloge v vsakdanjem življenju posameznikov. Te premike naj bi spremlja »nova« varnostna politika, ki se opira na tržno, politično in medijsko všečen varnostni menedžment, ki je zamenjal retoriko človekovih pravic.⁵⁶ Številni ustavni in ka-

⁵² Glej Žižek, str. 41–42.

⁵³ Glej G. Klemenčič, »Temeljni postulati kazenskega (procesnega) prava – kolateralna žrtev tehnokracije in boja zoper kriminaliteto«, *Podjetje in delo*, 2008, str. 1410–1419. Ob tem, ko varnostna politika in stroka učinkovito udejanjata vedno nove strategije »varnostnega menedžmenta«, »upravljanja tveganj« in raznovrstnih »posebnih preiskovalnih taktik in ukrepov«, kazensko procesno pravo bolj ali manj stopica na mestu, ujeto v stare doktrinarne bitke.

⁵⁴ Prav tam. Klemenčič se zaveda, da se ta teza marsikomu zdi pretirana, a je po njegovem mnenju ob pozornem spremljanju aktualnih trendov na področju kazenskega pravosodja še kako realna.

⁵⁵ Prav tam. Dejavnika, ki naj bi narekovala novo strategijo na področju kazenskega procesnega prava, sta po mnenju kritikov predvsem (globalna) kriza predstavniške demokracije in njenega sopotnika – kapitalistične ekonomije in razgradnja socialne države.

⁵⁶ Prav tam. Novo strategijo kazenskega procesnega prava, ki jo gotovo lahko umestimo v kontekst (kazensko)pravne postmodernizacije, zaznamujejo tudi premiki, ki jih narekujeja teh-

zensko-procesno pravni mehanizmi, ki jih za varovanje posameznikove svobode in zagotavljanje kolektivne varnosti pozna sodobna družba, v spremenjeni družbeno-pravni realnosti niso več ustrezni.⁵⁷ Posledice naj bi bile daljnosežne: ideal vladavine prava (tudi) v procesnem kazenskem pravu ne more več zadovoljivo opraviti ene od svojih ključnih nalog – dejansko varovati posameznikovo avtonomijo, dostojanstvo in svobodo v razmerju do državne (in katerekoli druge) oblasti.

5. »Postmoderna konstelacija legalnosti« (sklep)

Če na kratko sklenemo: hipotezi iz izhodišča te razprave lahko v celoti potrdimo. Razprava o »krizi pravne države«, ki je že lep čas aktualna v Sloveniji, je bolj ali manj v »leru«. »Krizo« prava in pravnega sistema tostran Alp večinoma dojemamo kot nedelovanje, krizo, razsulo itd. »pravne države«, ki se v imaginariju te razprave prikazuje kot ahistorični koncept oziroma kot ideal, ki se mu iz takšnih ali drugačnih razlogov nikakor ne približamo dovolj. Prepričani smo, da je vse, kar potrebujemo, več demokracije, človekovih pravic in vladavine prava. Ob tem ne opazimo, da nekatere bistvene prvine teh idealov v zadnjem času (pogosto kar na krilih pravne znanosti in stroke) ravno v imenu teh idealov *de facto* razgrajujemo. Ukrepi, ki jih s ciljem »okrepite pravne države« z večjo ali manjšo pomočjo bolj ali manj uglednih pravnih strokovnjakov sprejemajo nosilci oblasti, so z redkimi izjemami natanko tisti, ki so »krizo pravne države« povzročili.

Po mnenju nekaterih kritično pišočih pravnih teoretikov se spričo obsežnih (in daljnosežnih) sprememb, ki jih prinaša postmodernizacija zahodne družbe, soočamo z novo fazo v razvoju prava in pravnega sistema, ki pravno infrastrukturo »socialne pravne države« nadomešča z novo postmoderno konstelacijo legalnosti. V tej konstelaciji je sklicevanje na ideal »pravne države« in druga univerzalna načela modernega prava, zaradi daljnosežne »krizne« preobrazbe teh načel, vse manj produktivno. Problem kot kaže torej ni v premalo zavzetem opozarjanju na pomen pravne države (pozivanje k spoštovanju pravne države, zgolj to in

nološka in genetska revolucija.

⁵⁷ Prav tam.

nič več, v obstoječih družbenih in pravnih razmerah pomeni vztrajanje pri *status quo*), temveč v problematičnem razumevanju tega fenomena. Identiteta modernega prava se po vsej verjetnosti ireverzibilno spreminja. Pravna pokrajina, ki je, kot smo videli, nastala spričo »kriznih« preobrazbenih procesov v postmodernej družbi, narekuje predrugačenje prevladujočega načina dojemanja in reflektiranja prava in pravnega reda (potrebujemo nov tip pravne refleksije) ter kot kaže tudi prenovu nekaterih temeljnih konceptov in prvin moderne pravnosti. V knjigi *Kriza prava: odbleški kritične jurisprudence*⁵⁸ smo pokazali, da je bilo v kritični filozofiji prava v tej smeri že veliko postorjenega.

⁵⁸ Flander, op. cit., str. 171–229.

Literatura in viri

1. U. Beck (2001), *Družba tveganja. Na poti v neko drugo moderno*. Ljubljana, Krtina.
2. S. Best in D. Kellner (1991), *Postmodern Theory: Critical Interrogations*. New York, Guilford Press.
3. M. Dolar, »Konec neoliberalne paradigme«, *Katedra*, št. 3/2009, str. 18–21.
4. B. Edgeworth (2003), *Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change In the Contracting State*. London, Ashgate.
5. B. Flander (2012), *Kriza prava: odblēski kritične jurisprudence*. Ljubljana, Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru.
6. T. Fotopoulos, *The Myth of Postmodernity*. [Http://www.democracynature.org/dn/vol7/takis_postmodernism.htm](http://www.democracynature.org/dn/vol7/takis_postmodernism.htm) (16.5.2012).
7. V. Jakulin: »S spremembami moralne zavesti se spreminja tudi kazensko pravo«, *Dnevnikov Objektiv*, 19. april 2008.
8. M. Horkheimer in T. W. Adorno (2006), *Dialektikarazsvetljenstva: filozofski fragmenti*. Ljubljana, Studia humanitatis.
9. S. Lasch in J. Urry (1998), *The End of Organized Capitalism*. Oxford, Polity Press.
10. J.-F. Lyotard, *Postmoderno stanje. Poročilo o vednosti*. Društvo za teoretsko psihoanalizo (zbirka Analecta), Ljubljana 2002.
11. Z. Kanduč: »Postmoderno stanje in družbeno nadzorstvo«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2004/1, str. 3–20.
12. Z. Kanduč: »Kriminaliteta, človekove pravice in varnost v po(zno)modernem svetu«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/2, str. 159–171.
13. Z. Kanduč: »Postmodernizacija in njena/naša nelagodja«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2005/3, str. 223–238.
14. Z. Kanduč, »O sodobnih tveganjih, grožnjah in nevarnostih–postmoderna družba v slogu staromodne 'hiše strahov'«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/4, str. 356–371.
15. Z. Kanduč, »Anthony Giddens: Runaway World – How Globalisation Is Reshaping Our Lives«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/54, str. 324–326.
16. Z. Kanduč, »Kriminološki pogled na svobodo in varnost v postmoderni družbi«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2007/3, str. 231–245.
17. Z. Kanduč, »Zastraševanje in rehabilitacija: kriminološki pogled«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 1996/3, str. 228–240.
18. G. Klemenčič, »Temeljni postulati kazenskega (procesnega) prava – kolateralna žrtev tehnokracije in boja zoper kriminaliteto«, *Podjetje in delo*, 2008, str. 1410–1419.
19. B. Koritnik, »Inflacija prekrškov«, *Pravna praksa*, 2007/20.

20. N. Peršak, »Discipliniranje v družbi tveganj: panoptikon, sinoptikon in subjekt«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2005/3, str. 239–247.
21. B. Tomšič, »Tekoča moderna«, *Teorija in praksa*, 2003/3, str. 584–586.
22. I. Wallerstein, »Globalisation or The Age of Transition? A Long-Term View of the Trajectory of the World-System« [Http://yaleglobal.yale.edu/about/pdfs/globalization_transition.pdf](http://yaleglobal.yale.edu/about/pdfs/globalization_transition.pdf) (17.9.2012).
23. Žižek, *Nasilje*. Društvo za teoretsko psihoanalizo (zbirka Analecta), Ljubljana 2007.
24. [Http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila](http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila) (14.3.2011).
25. [Http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila](http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila) (14.3.2011).