



**NOVA
UNIVERZA**

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Predlog ustavnih sprememb in okrepljeni ustavni diskurz

Matjaž Nahtigal

Article information:

To cite this document:

Nahtigal, M. (2018). Predlog ustavnih sprememb in okrepljeni ustavni diskurz, Dignitas, št. 45/46, str. 75-90.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/45/46-7>

Created on: 07. 12. 2018

To copy this document: publishing@nova-uni.si

For Authors:

Please visit <http://revije.nova-uni.si/> or contact Editors-in-Chief on publishing@nova-uni.si for more information.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



© Nova univerza, 2018



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA SLOVENSKE
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



**NOVA
UNIVERZA**

EVROPSKA PRAVNA
FAKULTETA



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA DRŽAVNE
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Predlog ustavnih sprememb in okrepljeni ustavni diskurz

doc.dr. Matjaž Nahtigal

1. Uvod

Najnovejši predlog ustavnih sprememb odpira prostor za bolj poglobljeno refleksijo o razvoju ustavne demokracije pri nas. Predvsem se mi zdi pozitivno izhodišče k predlogu sprememb, da ustavni kontekst ni nekaj za vselej nespremenljivega, temveč da je ustavni diskurz proces, ki terja stalen razmislek in razpravo o možnih spremembah. Seveda pa morajo biti razprave temeljito pretehtane in dobro argumentirane, če želimo ustvariti bolj odprt, bolj pluralen in potencialno bolj produktiven ustavni diskurz ter krepiti ustavno demokracijo.

Namen pričujočega sestavka je predvsem osvetliti nekaj značilnosti zapletene zgodovine ameriškega ustavnega diskurza in ustavne prakse, saj se predlog sprememb delno ozira na različne primerjalnopravne rešitve dostopa do Ustavnega sodišča, med drugim tudi na ameriško ureditev. Nato želim izpostaviti tudi kompleksen pojav sodnih zaostankov pri nas, saj menim, da ne obstaja enostavna čarobna paličica za njihovo zmanjševanje oziroma obvladovanje pripada. To reševanje terja prav tako poglobljen, celovit in večplasten razmislek, če ga naj resnično uspešno naslovimo. Končno želim izpostaviti nekatera druga ustavna vprašanja, ki prav tako terjajo temeljito ustavno razpravo, če želimo slovensko državo in družbo resnično usposobiti za razvojne izzive, ki so v kontekstu globalizacije in evropeizacije pred vsemi nami. Zato tudi menim, da bi morali ustavni diskurz okrepiti in iskati nove institucionalne rešitve tako javnega kot zasebnega sektorja, da bi lahko bolj uspešno izkoristili obstoječi potencial, obenem pa krepili demokratične procese odločanja v vseh institucijah in na vseh ravneh odločanja. Zanašanje, da bi lahko Ustavno sodišče kot zadnja instanca samo razreševalo nakopičene probleme drugih vej

oblasti ter v razmerju do državnih institucij do državljanov, obenem pa odpiralo prostor za okrepljeni ustavni diskurz in prakso, tudi na podlagi primerjalnega pregleda zgodovinske izkušnje ameriškega Vrhovnega sodišča nima ustrezne opore.

V okviru ameriškega ustavnega razvoja uvodoma ne smemo spregledati Ackermannove zgodovinske analize, kjer je lepo prikazal vsaj tri bistveno različna obdobja ameriške ustavne prakse v zadnjih dvesto letih. Prav na podlagi tega spoznanja je zato vzpostavil razliko med običajnimi ustavnimi obdobji in obdobji višjega zakonodajnega odločanja. Gre za družbeno pomembna zgodovinska obdobja, kjer se na novo vzpostavljajo normative doktrine in koncepti, podajajo pa se tudi nove interpretacije ustavnih določil, kar skupaj lahko pripelje do bistvene spremembe ustavnega konteksta. Ackermann je podrobneje analiziral tri ustavna obdobja: formativno obdobje, obdobje rekonstrukcije po državljanski vojni in obdobje New Deal. Vsako od njih označujejo različni ustavni principi, različne razlage ustavnih institucij in različne doktrine. Če bi svojo analizo nadaljeval tudi v povojno obdobje, bi verjetno prav lahko dodal še dve obdobji: najprej prepoved gibanja za človekove in državljanske pravice, ki ga označuje tudi obdobje »velike« vlade z obsežnimi socialnimi programi, in nato ponovno *laissez-faire* obdobje zmanjševane vloge države v gospodarstvu in regulaciji, s posledicami katere se v ZDA in po svetu trenutno soočamo (Ackermann 1991: 58–81). Ali in v kakšni meri bo nova administracija ponovno postala transformativna administracija, ostaja še odprto vprašanje.

Tisto, kar je v našem ustavnem kontekstu prav tako pozitivno, je obrat k pragmatizmu, ki je sestavni del anglosaksonske pravne tradicije. Tradicija, ki temelji v ZDA predvsem na Williamu Jamesu, Johnu Deweyju ter Charlesu Piercu, se je v pravu odražala predvsem skozi ameriško šolo pravnega realizma; pred očmi pa moramo imeti tudi oxfordsko šolo, ključni predstavnik njene jurisprudence je H. L. A. Hart. Šola pravnega realizma je pomembno, čeprav ne odločilno, vplivala na oblikovanje in delovanje ameriške pravne ureditve. Najmočnejši je bil njen vpliv v obdobju New Deal in v času predsednika Roosevelta, ki je predstavljal odmik od močno zakoreninjenega prepričanja predhodnega Lochnerjevega obdobja, da pravo ne sme posegati v tržna pravna razmerja, saj je trg nevtralna in objektivna kategorija. Potrebna je bila velika gospodarska depresija, da so prodrli spoznanja o potrebi po

okrepljeni regulatorni in ekonomski vlogi države, da bi se izkopali iz velike gospodarske in socialne krize v tridesetih letih prejšnjega stoletja.

Vendar pragmatični obrati puščajo odprto vprašanje, kako je mogoče kombinirati ustavno sodišče in njegovo vlogo, ustvarjeno na podlagi Kelsnove doktrine, z delovanjem ustavnega sodišča na podlagi anglosaksonskega pragmatizma. Doslej se je izkazala kot problematična vrsta hibridnih rešitev iz obdobja tranzicije, ko smo kombinirali posamezne pravne rešitve po anglosaksonskem pravnem vzoru, druge pa po različnih bolj ali manj naključno izbranih evropskih. Pri vseh hibridnih rešitvah je prevladovalo navivno prepričanje enostavnega prenašanja posameznih pravnih in institucionalnih rešitev v naš pravni prostor. Obenem pa prenos običajno ni bil zadostno opremljen s študijami in analizami, iz kakšnih razlogov so posamezne pravne rešitve nastale v prostoru, od koder rešitev povzemamo, pa tudi ne, kakšni so njihovi resnični pravni in socio-ekonomski učinki v tem prostoru. K tovrstni bolj poglobljeni analizi je seveda potrebno dodati vsaj še razumevanje in analizo pričakovane institucionalne učinkovitosti ter usposobljenosti za izvajanje določene pravne rešitve pri nas. Ne pomaga veliko povzemanje odlično zastavljene pravne rešitve, če v zadostni meri ne poznamo institucionalne zmogljivosti našega prostora za izvajanje take rešitve v praksi. Tako se lahko zgodi, da povzamemo odlično pravno rešitev, ki v praksi te ureditve odlično deluje, hkrati pa denimo spregledamo, da pri nas za enako pravno rešitev ne premoremo institucionalne zmogljivosti za izvajanje določene dobro zamišljene pravne rešitve v praksi. S takšnim prevzemanjem tujih pravnih rešitev, ne glede na to, kako dobro so zamišljene, pogosto in nehote pravne probleme v našem prostoru še dodatno ustvarjamo, namesto da bi jih reševali.

Problem pravnih transplantov je bilo v času tranzicije in integracije v EU namenjeno premalo pozornosti. Vse preveč je bilo mehničnega prevzemanja tujih rešitev, zbranih velikokrat bolj po različnih naključjih kot pa na podlagi strateškega premisleka, kaj resnično želimo, kakšna je naša institucionalna usposobljenost in kakšni bodo resnično njihovi pravni ter socio-ekonomski učinki v praksi. Seveda je razprava o pravnih transplantih in prevzemanju tujih pravnih rešitev, ne glede na to, od kod prihajajo, le del enačbe. Drugi del enačbe je naš pravni red, delovanje institucij, njihove usposobljenosti in splošnih aspiracij družbe. S tem je tesno pove-

zan programatski premislek o strategiji razvoja države in družbe. Šeše v tem kontekstu je smiselna bolj informirana razprava o tem, kakšne pravne rešitve želimo in za kakšne pravne rešitve smo resnično usposobljeni. Tako kot ne obstaja en sam idealni model ustavne demokracije, tržnega gospodarstva in civilne družbe, tudi ni možno enostavno iskati in prevzemati »idealnih« rešitev. Bolj pomembno kot bolj ali manj utemeljeno iskanje idealnih rešitev v primerjalnopravnih ureditvah – pogosto brez celovite institucionalne analize konteksta nastanka in učinkovanja takšnih rešitev – je ohraniti visoko stopnjo pravne ustvarjalnosti in sposobnosti iskanja lastnih pravnih rešitev, ki naj odgovorijo na obstoječe pravne probleme in nerazrešena vprašanja. Zato je bolj kot običajno površno iskanje tujih pravnih rešitev pomembno poglobljeno razumevanje in analiza pravnega trenutka, ki ga sami živimo. Tuje pravne rešitve, če so resnično dobro analizirane in razumljene, nam lahko pri tem služijo v oporo kot koristna informacija, ne pa kot mehanično vodilo ali rešitev, ki ga moramo le vnesti v svoj pravni red. Bolj pomembna pa je naša lastna sposobnost iskanja ustvarjalnih pravnih rešitev, ki izhajajo iz analize pravne situacije in dilem ter iz premišljene strategije za prihodnji razvoj celotne družbe (o tem več v Nahtigal 2002: zlasti 80–109).

Kljub temu, da je obrat k anglosaksonskemu pragmatizmu, ki ga prinašajo ustavni predlogi, treba pozdraviti, tovrstni obrat prinaša s seboj tudi vrsto vprašanj. Eno od njih so nejasni razlogi za nepričakovani odmik od Kelsnove doktrine, na kateri se je izgrajeval naš sistem pravosodja v preteklih letih tranzicije in seveda tudi pred tem. Kot nekdo, ki se je obsežno ukvarjal z vlogo prava v tranziciji ter s problemi ustvarjanja pravnih hibridov in mehničnega prevzemanja pravnih transplantov, se zavedam, da tovrstni obrati ne vodijo nujno in avtomatično niti do boljših niti do bolj zelenih rešitev. Celo več, še naprej zastopam tezo, da bi morali za bolj učinkovito delovanje pravne države v vseh njenih zapletenih razsežnostih v praksi v resnici najprej bolj celovito in uspešno spoštovati in izvajati temeljna načela, na katerih temelji Kelsnova doktrina. Šeše ko bo naš pravni red v resnici sposoben izvrševati pravo učinkovito in skladno s temeljnimi pozitivnopravnimi izhodišči, bi lahko začeli razmišljati o nekaterih finesah razvite anglosaksonske pravne prakse, kot je nekoliko bolj ustvarjalna vloga sodišč in nekoliko širši interpretativni prostor pri uporabljanju pravnih pravil. Toda prehitro preskakovanje, za katerega ni potrebnih

družbenih okoliščin, ustrezne usposobljenosti institucij in pripravljenosti celotnega pravosodja, lahko nehote ustvari le še dodatne nezaželene posledice.

Uvodoma naj spomnim še na to, da je bila razprava o ustavnih spremembah v teku že pred nekaj leti, ko je vlada identificirala nekaj odprtih ustavnih dilem ob deseti obletnici slovenske ustave in podala predlog sprememb. Takratne spremembe so bile predstavljene kot zaokrožena celota, ki naj bi dogradila naš ustavni sistem. Med njimi tedaj ni bilo predlogov, ki bi se nanašali na pristojnosti Ustavnega sodišča. Po drugi strani pa je bila v vmesnem obdobju sprejeta Lizbonska pogodba, ki opredeljuje in v določeni meri tudi na novo vzpostavlja razmerje držav članic do EU. V vrsti držav članic je zato potekala obsežna razprava o prihodnji vlogi njihovih držav v EU in o tem, kako se uspešno organizirati ter delovati v EU po Lizbonski pogodbi. V tem kontekstu je pomembna tudi odločba nemškega Ustavnega sodišča, ki poskuša razmejevati med nalogami, pristojnostmi in odgovornostmi nemških zveznih organov na eni strani in institucij EU na drugi. Zato bi po mojem mnenju moral evropski ustavni diskurz (p)ostati tudi del slovenskega ustavnega diskurza, če želimo transparentno, organizirano in uspešno delovati kot članica tudi v evropskih institucijah. Tudi zato je vprašanje ustavnega trenutka, ki ga živimo, bistveno širše in bolj kompleksno kot le vprašanje obsega pristojnosti slovenskega Ustavnega sodišča v prihodnje. Ostaja odprto, ali je sploh smiselno in produktivno poskusiti nasloviti eno parcialno vprašanje, ne da bi imeli pred očmi širši ustavni kontekst in širšo razpravo o strateških vidikih razvoja slovenske družbe in ustavne demokracije.

2. Diskrecijska pravica in ustavna presoja v ameriškem pravu

Razvoj, pomen in koncept diskrecijske pravice v ameriškem pravu je tesno povezan s siceršnjim razvojem ameriškega ustavnega prava v zadnjih dvesto letih. Sodna presoja ustavnosti s strani ameriškega Vrhovnega sodišča, katere temeljni kamen predstavlja *Marbury v. Madison* – o razsežnostih in posledicah te odločitve še naprej teče živahna ustavna razprava v ZDA – je stalno nihala, in sicer občasno v smer bolj aktivistične interpretacije ustave in občasno v smer bolj zadržane interpretacije ameriške ustave.

Vsebinska razprava o vlogi ameriškega Vrhovnega sodišča je tesno povezana s pojmovanjem vloge ameriške (zvezne) države pri urejanju razmerij v družbi, med različnimi družbenimi skupinami in posamezniki v odnosu do države, različnimi vrednostnimi in verskimi prepričanji. Profesor pravne zgodovine Morton Horwitz nas v svoji analizi o transformaciji ameriškega uči o preobratu iz klasičnega pojmovanja vloge države in prava v devetnajstem stoletju, ko sta veljala za nevtralen, objektivni in nepristranski mehanizem uravnavanja razmerij med različnimi družbenimi skupinami in akterji, do poudarjene intervencijske in regulatorne vloge države in pravnih mehanizmov v obdobju New Deal. Ni naključje, da je Roosevelt v obdobju New Deal, ki velja za ameriški poskus uvajanja nekaterih socialno-demokratskih premis v tržni in socialni model ameriške federacije, naletel na zadržan odnos Vrhovnega sodišča. Po zaslugi Rooseveltove spretnosti in preudarnosti so kljub vrsti težav in zapletov prvič v ameriški zgodovini uvedli institute in zakonodajo, kot je pravica do kolektivnih delovnih pogajanj, prvič v ameriški zgodovini sprejet *Social Insurance Act*, s čimer so bili v času največje gospodarske krize vzpostavljeni prvi institucionalni temelji ameriškega sistema socialnega zavarovanja. Ta sistem sicer tudi po vojni ni dosegel stopnje razvitosti nekaterih najbolj obsežnih evropskih socialnih ureditev, a predstavlja še danes enega najbolj priljubljenih in široko sprejetih ameriških zveznih programov in politik.

Po drugi svetovni vojni je sledil razcvet državljanskih pravic, tudi s pomočjo gibanja za državljanske pravice in nekaterih pomembnih odločitev Vrhovnega sodišča, katerega najbolj znana je sodba *Brown v. Board of Education*. Kljub pomembnosti odločitve pa se pozablja, da je od same sodbe Vrhovnega sodišča do dejanske odprave segregacijskih politik posameznih ameriških držav poteklo še vrsto let. Šele odločno delovanje ameriške zvezne vlade, tudi pod pritiskom in ob sodelovanju ameriškega gibanja za državljanske pravice, je pripeljalo do družbenih sprememb in odpravljanja diskriminacije v ameriški družbi.

Odnos progresivnih ameriških pravnih krogov, ki so delovali v sodni praksi in v okviru ameriških elitnih univerz, do vloge in pomena ameriškega Vrhovnega sodišča je bil večkrat zelo ambivalenten. Po zaslugi šole ameriškega pravnega realizma se je spremenilo gledanje na državo in pravo kot nevtralna, objektivna in nepristranska mehanizma ter preseglo filozofijo Lochnerjevega

obdobja. Po drugi strani se pripadniki šole pravnega realizma niso pretirano ogrevali za preveč aktivistično in ustvarjalno vlogo Vrhovnega sodišča, saj so vedeli, da ima taka vloga neizbežno tudi svoje omejitve. Vrhovno sodišče ni institucionalno sposobno izpeljati strukturnih družbenih sprememb, poleg tega za tovrstne poskuse tudi ne premore potrebne demokratične legitimnosti. Verjetno je pristop progresivnih krogov k ustavni presoji najboljše povzel sodnik Harlan Fiske Stone v znani opombi *Carolene Products*, kjer je le dobro leto po sprejemu *Social Security Act*, še v obdobju New Deal, zagovarjal stališče, da je sodni aktivizem sprejemljiv, kadar gre za državljanske pravice, ne pa tudi, kadar gre za ekonomska regulatorna vprašanja (Horwitz 1992: 252). Povojna zgodovina Warrenovega sodišča, ki se je osredotočalo na državljanske pravice, in nato Rehnquistovega sodišča, za katerega je ponovno značilna večja zadržanost in nevtralnost do ekonomskih in socialnih vprašanj, je v marsičem potrdila razmišljanja iz opombe *Carolene Products*. Tudi zato zadnja desetletja v akademskih ustavnih krogih velja mnenje, da je Lochnerjevo obdobje nekako preživelo tako obdobje New Deal kot obdobje gibanja za državljanske pravice in ima še naprej pomembno vlogo v doktrini in judikaturi ameriškega Vrhovnega sodišča.

V sodobnem ustavnem kontekstu naj spomnim še na sodbo ameriškega Vrhovnega sodišča v zadevi *Citizens United v. Federal Election Commission*, v kateri je januarja 2010 z večino 5 : 4 presodilo, da na podlagi prvega amandmaja ni dopustno omejiti korporacijskega financiranja neodvisnega političnega oglaševanja za ali proti kandidatom v volilnih kampanjah, s čimer je razveljavilo prepoved iz Feingold-McCainovega zakona, ki je prepovedal profitnim in ne-neprofitnim korporacijam in sindikalnim združenjem oglaševanje v političnih kampanjah. To odločitev je uredniški komentar *New York Times* pospremil z navedbo, da je dala lobistom novo sredstvo, na podlagi katerega lahko sporočijo kateremukoli voljenemu predstavniku: »Če boste glasovali napačno, bo moja korporacija, sindikalno ali interesno združenje porabilo neomejene količine denarja za oglaševanje proti vaši ponovni izvolitvi.« Kritični do sodbe so bili tudi mnogi strokovnjaki, strokovna združenja in drugi: profesor ustavnega prava Lawrence Tribe je problematiziral stališče, da je zaščiten s prvim amandmajem korporacijski govor, ki le razpolaga z denarjem drugih. Ameriški predsednik Obama je sodbo kritiziral, ker po njegovem mnenju

daje posebnim interesom in njihovim lobijem v Washingtonu še več moči, medtem ko zmanjšuje vpliv navadnih Američanov, ki dajejo majhne prispevke za podporo svojim kandidatom. Odločitev Vrhovnega sodišča je kritizirala tudi OVSE, saj si sama prizadeva v državah, v katerih sodeluje pri volilnih reformah, za širše možnosti vstopanja v politiko. Po drugi strani pa vrsta drugih ustavnih strokovnjakov sodbi pritrjuje, ker da naj bi krepila ustavno načelo svobode govora in naj bi bila skladna z vrsto drugih primerov ameriškega Vrhovnega sodišča.

Sodba je zanimiva zlasti zato, ker kaže na vso zapletenost in večplastnost ustavne presoje s strani ameriškega Vrhovnega sodišča. Tudi to velja imeti pred očmi, ko razpravljamo o možnosti prevzemanja parcialnega instituta diskrecijske pravice. Te ni mogoče mehanično ločiti od siceršnjega ustavnega konteksta in od zgodovine obsežne jurisprudence ameriškega Vrhovnega sodišča.

3. Ameriško Vrhovno sodišče in širši kontekst ameriškega ustavnega razvoja

Zapletena in večplastna zgodovina ter različne doktrine ameriškega Vrhovnega sodišča so samo del zgodbe o razvoju ameriške ustavne ureditve. Ker sem uvodoma izpostavil anglosaksonski pragmatizem, ki je v Evropi večinoma slabo in površno razumljen, naj spomnim še na nekaj njegovih doktrinarnih značilnosti. V nasprotju z evropsko kontinentalno tradicijo ni tolikšen poudarek na koherentnosti, popolni skladnosti, urejenosti, splošnosti in vnaprejšnji predvidljivosti celotnega normativnega sistema kot ideala pravne države. To nikakor ne pomeni, da je poudarek na idealu pravne države manjši, le koncept delujoče pravne države je različen. Enako pomembni kot splošnost in predvidljivost sta partikularnost in kompleksnost posameznega primera ter njegove rešitve. Pravna pravičnost ni le abstraktna in splošna, temveč tudi konkretna in partikularna. Zato sta pristop k reševanju posameznih primerov in pomen precedenčnega prava toliko večja v anglosaksonskem pravu. Precedenčno pravo ni v nasprotju s splošnimi pravnimi pravili, ki jih v anglosaksonskem svetu sprejemajo podobno intenzivno in obsežno, kot v Evropi, temveč je komplementarno.

Posebno zanimiva je tudi razprava o resničnih družbenih učinkih jurisprudence ameriškega Vrhovnega sodišča. Profesor

ustavnega prava Gerald Rosenberg je napravil analizo družbenih učinkov na posameznih področjih, kjer je Vrhovno sodišče razvilo obsežno jurisprudenco. Gre za področja državljskih pravic, enakopravnosti med spoloma, varovanja okolja in še nekaterih drugih pomembnih področjih, o katerih odloča tudi Vrhovno sodišče. V svoji analizi je pokazal, da ameriška sodišča, vključno z Vrhovnim sodiščem, zaradi kompleksnosti pravedanja in drugih strukturnih omejitev sodišč sama skoraj nikoli ne morejo biti učinkovit ustvarjalec družbenih sprememb. Njegova analiza je bila namenjena tistim progresivnim krogom v ZDA, ki so upali oziroma pričakovali, da bodo sodišča družbeni korektiv in varovalka za ohranjanje družbene pravičnosti v ZDA, v kateri je zelo težko vplivati na delovanje političnega sistema, ki ga obvladuje močan establišment dveh vodilnih političnih strank. Pokazal je na to, da je možno družbene spremembe in izboljšave doseгти le s širšo družbeno vizijo in delovanjem vseh ustavnih institucij in da sodišča sama ne morejo odpravljati anomalij, ki jih denimo ustvarjajo ali ohranjajo dobro organizirani in vplivni družbeni interesi. Kljub velikemu pomenu in sofisticiranosti ameriškega pravosodja velja, da strukturnih družbenih sprememb, razen občasnih epizodnih zmag, s pomočjo »najmanj nevarne veje oblasti« ni mogoče enostavno doseгти (Rosenberg 1991).

Tudi iz tega razloga profesor Mark Tushnet vse bolj prepričljivo zagovarja tezo, da ustavnega diskurza ne moremo enostavno prepustiti sodiščem, če želimo doseči okrepljen razvoj ustavne demokracije. Tovrstne ugotovitve nikakor niso namenjene podcenjevanju pomena in zgodovinske vloge ameriškega Vrhovnega sodišča pri ustvarjanju vladavine prava v ZDA, a opozarjajo na veliko bolj kompleksno sliko in ustavne ter druge normativne učinke posameznih vej oblasti pri uresničevanju ideala pravne države v praksi. Tushnet opozarja, da na vlogo Vrhovnega sodišča ni mogoče gledati parcialno in ga idealizirati, kadar sprejme odločitev, ki se ujemajo z našim prepričanjem, češ da je takrat sodišče pravilno odločilo v skladu z ustavo; v primerih, ko se z odločbo sodišča ne strinjamo, pa poskušamo dokazati, da je sodišče ustavo napačno interpretiralo. Vsakdo se lahko znajde v situaciji, ko lahko potencialno pridobi s posamezno razsodbo Vrhovnega sodišča, a obenem tvega, da bo šla razsodba tudi v drugo smer. Sodna presoja tako vedno ostaja negotova, ko poskuša arbitrirati med posameznimi družbenimi skupinami v različnih položajih. Vprašanje vsakega

primera je, kako daleč naj sodišče interpretira ustavne določbe, ali naj bo pri tem bolj zadržano ali bolj aktivistično, in kakšen distributivni družbeni učinek bo uporaba ene ali druge koncepcije, ene ali druge doktrine, prinesla v družbeni praksi. Podpora ali nasprotovanje posameznim razsodbam, pravilnost ali nepravilnost uporabljene metode in razlage je tako v veliki meri pogojena s končnim rezultatom, ki nekomu ustreza ali pa tudi ne (Tushnet 1999: 172–173).

Omenjene značilnosti v kontekstu razvoja ameriške sodne presoje velja imeti pred očmi, če želimo uporabiti ali prenesti enega od pomembnih elementov opisanega ustavnega konteksta. Omenjeni ustavni kontekst še zdaleč ni izčrpan s sodno presojo in vlogo Vrhovnega sodišča, pa tudi ne z njegovo domnevno široko diskrecijo. Ustavni diskurz v ZDA, ki je zelo specifičen in je tudi rezultat formalno težko spremenljive ameriške ustave, gre daleč onstran razprave o vlogi in pomenu sodne presoje. Poleg Tushnetovega prepričanja, da bi morali ustavni diskurz vrniti in okrepiti v drugih vejah oblasti, velja spomniti na Rooseveltovo izkušnjo iz obdobja New Deal, ki ga je sam videl kot del ameriškega ustavnega procesa kljub oviram s strani Vrhovnega sodišča. Zato je bil Roosevelt prepričan, da je potrebno osnovnemu *Bill of Rights* dodati še drugi *Bill of Rights*, ki bi naj dodal ekonomske in socialne pravice in bi bil bolj skladen z izvornimi idejami iz Deklaracije o neodvisnosti. Del te zamisli izvaja sedanja Obamova administracija, ki širi zvezni sistem zdravstvenega zavarovanja in ga poskuša približati univerzalnemu sistemu zdravstvenega zavarovanja. Zdi se precejšen paradoks, da v ZDA v času gospodarske in finančne krize krepijo posamezne stebre socialnega zavarovanja, medtem ko se v deklaratorno bolj socialni Evropi ukvarjamo z novimi restrikcijami in zmanjševanju upravičenj. Tudi to bi moral biti predmet evropskega in slovenskega ustavnega diskurza v okrepljeni, seveda pa v kvalificirani obliki, saj je ekonomska kriza tudi imenitna priložnost za ustvarjanje neizvedljivih in škodljivih populističnih idej in socialne demagogije. To pa ne more in ne sme predstavljati bližnjice resničnemu okrepljenemu ustavnemu diskurzu.

Kontekst ameriškega ustavnega diskurza skozi vso zgodovino je torej bistveno širši in bolj zapleten, kot reduciranje ustavnega diskurza zgolj na nekatere zanimive in poznane primere iz ameriške sodne prakse. Zato moramo še naprej ohraniti pred očmi maksimo pravnega prevzemanja, ki nikoli ni enostavno mehnič-

no opravilo, temveč velja, da mora biti vsako posnemanje ne le imitacija, temveč tudi inovacija.

4. Razprava o sodnih zaostankih

Zgoraj navedena opažanja velja imeti pred očmi tudi pri naši aktualni razpravi o predlogu ustavnih sprememb. Eden od manjkajočih elementov razprave o ustavnih spremembah je premalo obsežna razprava o fenomenu sodnih zaostankov. Razlogi sodnih zaostankov so zelo večplastni in jih velja potrpežljivo in celovito nasloviti, prav tako pa temeljito pregledati že vložene napore v programe odpravljanja sodnih zaostankov. Utegne se pokazati, da je prenatrpanost Ustavnega sodišča le vrh ledene gore in da bi dejansko le malo spremenili in izboljšali, če bi sodne zaostanke enostavno prenesli na druge institucije. Ali bi diskrecija resnično prinesla zelene učinke, prispevala k dvigu ravni varovanja človekovih pravic za deprivilegirane družbene sloje, ali pa bi le prenesla sodne zaostanke znotraj posameznih institucij pravosodja in morda ustvarila nove probleme drugim institucijam? Problema velikega pripada Ustavnemu sodišču in velikega porasta zadev nikakor ne gre podcenjevati, potrebna pa je temeljita analiza razlogov, ocena resnosti in zahtevnosti zadev, pa tudi tega, kaj povzročimo z njihovim morebitnim nereševanjem pred Ustavnim sodiščem. Seveda tudi velja, da že sedanji bolj restriktivni dostop do Ustavnega sodišča ustvarja družbene redistributivne učinke. Vse to velja imeti pred očmi pri sedanjí razpravi.

Namen tega razdelka je nekoliko osvetliti kompleksno problematiko sodnih zaostankov, ki v marsičem razkriva naravo delovanja prava pri nas. Tudi v tej razpravi velja, da stvari niso črno-bele, temveč zahtevajo potrpežljivo in podrobno analizo tega fenomena, če jih resnično želimo temeljito nasloviti.

Nekaj možnih vzrokov za sodne zaostanke: velika fluktuacija v sodni veji oblasti v devetdesetih letih prejšnjega stoletja; vrsta področij, s katerimi se sodišča tradicionalno ne ukvarjajo, slovenska pa so se morala z njimi v obdobju tranzicije; pogosto vračanje rešenih zadev instance na prvo stopnjo namesto odločanja na instanci ali večje podpore delu in odločitvam sodišč prve stopnje; primerjalno veliko možnosti uporabljanja različnih pravnih sredstev; primerjalno sorazmerno nizki stroški pravedanja za vrsto pravnih sporov; nenehno spreminjanje zakonodaje na vseh ključ-

nih pravnih področjih, na nekaterih področjih večkratno celovito spreminjanje zakonodaje v sorazmerno kratkih obdobjih, kar je preprečevalo nastanek ustaljene in predvidljive prakse, hkrati pa so se z novostmi vedno znova odpirala nova vprašanja in dileme, ki so nujno prispevala k nastanku sodnih zaostankov, pa tudi k relativizaciji pravnih norm in splošni pravni negotovosti. To so le nekateri od kompleksnih razlogov za ustvarjanje sodnih zaostankov. Seveda so po drugi strani bili sprejeti ukrepi in zakonodaja, ki se poskuša soočiti z mnogimi od navedenih težav, vendar je tudi jasno, da ni enostavne čarobne paličice, kako tako obsežen in zapleten družbeni problem učinkovito obvladati.

Prav tako prispeva k ustvarjanju sodnih zaostankov kakovost sprejemanja novih predpisov, ki ne temelji na empiričnih analizah praktičnih problemov in obstoječe prakse, prav tako pa ne sledi zahtevam po vnaprejšnjem ovrednotenju učinkov predlaganih pravnih sprememb. Vse pogostejša praksa pisanja relativno odprtih zakonskih norm omogoča veliko diskrecijo pri sprejemanju podzakonskih aktov, kar ustvarja nove razsežnosti problemov pravne države v praksi. Ali je ob odmiku od pregledovanja skladnosti podzakonskih aktov s strani Ustavnega sodišča mogoče zagotoviti vsaj minimalen sodni nadzor nad vrsto regulatornih organov v državi, ali pa se s tem povečuje tudi njihov prostor diskrecijskega odločanja in delovanja?

Proces evropeizacije z obsežnimi zahtevami po prilagajanju in usklajevanju z evropsko zakonodajo je naslednji od razlogov za zakonodajno aktivnost in tudi prispeva k sodnim in upravnim zaostankom. Prenos evropske zakonodaje v slovenski pravni red ostaja še naprej premalo proučevan proces.

Nedvomno bi kazalo razmišljati tudi o kvaliteti študija prava na dodiplomski in podiplomski stopnji ter o sistemu stalnega dodatnega izobraževanja, saj živimo v zelo dinamičnem pravnem, ekonomskem in družbenem prostoru, ki poskuša biti konkurenčen in tekmovati tako v evropskem kot v širšem mednarodnem prostoru.

Ustavno sodišče je postalo nekakšno presečišče družbenih, pravnih, socialnih in drugih konfliktov v posttranzicijski Sloveniji. Z morebitno omejitvijo njegove vloge se bodo ustvarili novi mehanizmi in nove institucije, pred katere se bo preneslo razreševanje teh konfliktov. Tudi zato menim, da bi bilo bolje okrepiti mehanizme ustavne demokracije nasploh, kot pa zgolj formalno

omejiti dostopnost do Ustavnega sodišča. To bi morda delno rešilo statistične probleme pripada na Ustavno sodišče in odstotka rešenih zadev, ne bi pa rešilo vrste drugih problemov. Predlagane spremembe ustvarjajo tudi vrsto dilem: po kakšnih kriterijih bo odločalo o dopustnosti pritožbe na Ustavno sodišče? Ali se da in ali je smiselno poskusiti objektivizirati takšne kriterije? Kdo bo v prihodnje lažje prišel do obravnave pred Ustavnim sodiščem?

Tako kot ne obstaja preprosta čarobna paličica, kako rešiti sodne zaostanke, ne obstaja enostavna formula, kako razbremeniti Ustavno sodišče. Primerjalne izkušnje so koristne, vendar ne pomagajo v celoti razrešiti nakopičenih vprašanj, povezanih s preobremenjenostjo Ustavnega sodišča, ki očitno postaja vse teže obvladljiva. Vendar bo potrebno hiteti počasi, če bomo želeli najprej temeljito razmisliti celovito kompleksnost fenomena (ustavno)sodnih in upravnih zaostankov ter vseh ostalih vprašanj, povezanih z delovanjem sodobne pravne države in ustavne demokracije.

5. Alternativna vizija okrepljenega ustavnega diskurza

Problematika sodnih zaostankov in njihovega reševanja je samo eden od segmentov težav pri delovanju pravne države in ustavne demokracije v praksi. V zadnjem delu želim izpostaviti še nekaj drugih pomembnih vprašanj, ki jih v okviru okrepljenega ustavnega diskurza ne bi smeli zanemariti.

Ustavni in družbeni trenutek, ki ga živimo, zaznamuje odsotnost alternativnih razvojnih strategij. Te so v veliki meri povezane z institucionalnimi in ustavnimi vprašanji. Odsotnost pluralnega pogleda, alternativnih in konkurenčnih vizij prihodnjega razvoja je posledica šibkega javnega diskurza in institucionalnega dogmatizma. Vzemimo za primer vprašanje vloge države pri upravljanju tržnega gospodarstva. V razpravi se pogosto pozablja, da med dvema skrajnima poloma iz zgodovine, to je *laissez-fair* ureditvi jo in centralno-planskim gospodarstvom obstaja cel niz različnih možnosti za uspešno in produktivno vključevanje države v tržno gospodarstvo. Ta vloga velikokrat sploh ni povezana s financami, država lahko uspešno sodeluje tudi na druge načine. Lahko na primer sodeluje in pomaga pri širjenju tehnoloških znanj, inovacij in dobrih praks iz naprednega dela gospodarstva k tistim delom, ki se ne uspejo uspešno integrirati in razvijati. Za tovrstno vlogo,

po možnosti v decentralizirani obliki posredniških institucij, pa je potrebna drugačna organiziranost in usposobljenost državne uprave, kot jo poznamo danes. Tudi državna uprava je lahko inovativna, iniciativna in vpeta v razvojno dinamiko gospodarstva in vse družbe.

Takšna reorganizirana državna uprava, zgrajena iz množice posredniških institucij, bi bila nadzorovana istočasno »od zgoraj« in »od spodaj«, s strani različnih strokovnih in civilnih združenj, kar bi zagotavljalo njeno večjo transparentnost. Raznolike in med seboj konkurenčne posredniške institucije bi lahko opravljale vlogo strateškega koordiniranja razvojnih politik, tudi konkurenčnih, med državo in tržnim gospodarstvom. Omogočale in širile bi dostop ne le do kapitala in drugih virov ter pomagale širiti in krepiti tehnološka, proizvodna in druga znanja, s čimer bi krepile podjetništvo in ustvarjale veliko bolj inovacijam naklonjeno okolje, kot ga poznamo danes.

Spremenjena vloga države potegne za seboj vrsto drugih sprememb. Politične stranke, katerih značilnost je, da se njihovi programi vse bolj približujejo, bi morale biti sposobne izdelati veliko bolj institucionalno raznolike predloge, kot smo jim priča danes, ko takšni alternativni predlogi manjkajo v razpravi o izhodu iz gospodarske in finančne krize. Tudi način financiranja strank, ki bi moral biti veliko bolj povezan z javnimi financami, medtem ko bi moral biti dostop in vpliv zasebnega kapitala ter zasebnih interesov minimalen, bi lahko prispeval k okrepljenemu javnemu diskurzu o alternativnih možnostih prihodnjega razvoja.

Eden od nujnih predpogojev za okrepljen demokratični diskurz o prihodnjem razvoju je neodvisna, samostojno organizirana in aktivna civilna družba kot pomemben partner državi pri ustvarjanju razvojnih strategij. Ustavnopravne oblike in podpora neodvisnim segmentom družbe ter ustrezne vzpodbude ostajajo še na prej eden od izzivov okrepljenega diskurza ustavne demokracije.

Razprava o alternativnih oblikah institucij se ne nanaša le na področje države in javnega sektorja, temveč tudi na področje tržnega gospodarstva. To vključuje razmislek o sodobnih oblikah lastninske pravice in pogodb kot temeljnih institutov tržnega gospodarstva. V času tranzicije smo pozabili, da privatizacija ni cilj sam po sebi, temveč le sredstvo za doseganje bolj učinkovitega, bolj kakovostnega upravljanja gospodarskih družb. Tako smo tudi spregledali, da lastninska pravica ni nekaj zgodovinsko statičnega,

temveč se koncept lastninske pravice prav tako razvija. To je pokazala tudi ameriška šola pravnega realizma. Namesto konsolidirane, absolutne lastninske pravice, kot se je razvila v devetnajstem stoletju, so moderni pravni sistemi izdelali vrsto alternativnih lastniških oblik, ki uspešno in učinkovito kombinirajo tako zasebni kot javni interes. Tako se danes v najbolj razvitih ureditvah vse bolj govori in razmišlja o dezagregirani lastninski pravici, ki prestavlja skupek posameznih upravičenj, namesto o enoviti lastninski pravici (Unger 1996: 12–13). Vsako od teh lastniških upravičenj – na primer pravico do nadzora nad denarnim tokom, pravico do razpolaganja s sredstvi, pravico do upravljanja – je mogoče kombinirati na različne načine in s pomočjo različnih akterjev z namenom doseči optimalno razmerje proizvodnje, inovacij in celovitega razvoja.

Končno ostajajo odprta vprašanja iz predhodne razprave o ustavnih spremembah, ki se tičejo oblikovanja vlade, bolj jasnega razmerja med posredno in neposredno demokracijo in še nekaj drugih.

Pomembna in manjkajoča je razprava o prihodnosti socialne države. Na kakšen način je mogoče oblikovati socialno državo tako, da bo vzdržna in bo zagotavljala doseženo raven pravic in upravičenj, ki jih daje ustava, po drugi strani pa omogočila trajnostni gospodarski razvoj v pogojih globalne konkurence. To je eno najbolj zahtevnih institucionalnih vprašanj za mnoge evropske države. Namesto klasičnega prerazdelitvenega odgovora in čim bolj strmo oblikovane davčne progresije velja razmisliti tudi o alternativnih institucionalnih oblikah v prihodnje, ki bi lahko ob bolj domišljenih konceptih zagotovili več obojega, namesto zmanjševanja socialne ravni na račun povečevanja konkurenčnosti zaradi pritiskov globalizacije. Preoblikovanje socialne države iz redistribucijske v produktivistično s pomočjo institucionalnih inovacij javnega in zasebnega sektorja bi lahko odprlo priložnosti za bolj raznoliko, bolj vključujočo, bolj transparentno in bolj inovativno družbo v prihodnje.

Šele širši razvojni razmislek lahko predstavlja podlago za okrepljen ustavni diskurz. Tak okrepljen ustavni diskurz bi lahko pripomogel k bolj poglobljeni, bolj ustvarjalni in potencialno bolj uspešni razpravi ne le o tem, kako iz sedanje gospodarske, finančne in institucionalne krize, temveč tudi o tem, kako vzpostaviti bolj domišljene institucije, ki bodo v prihodnje bolje služile resničnim potrebam večinskega prebivalstva in krepile sposobnosti

posameznikov, da se uspešno vključijo v produktivne dejavnosti in bolj dinamične procese demokratičnega odločanja.

Literatura:

- Ackermann Bruce (1991) *We the People 1: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Horwitz Morton (1992) *The Transformation of American Law 1870–1960*, New York, Oxford: Oxford University Press.
- Nahtigal Matjaž (2002) *Vloga prava v državah v tranziciji*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.
- Rosenberg Gerald (1991) *The Hollow Hope – Can Courts Bring About Social Change?* Chicago, London: Chicago University press.
- Tushnet Mark (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- Unger Roberto (1996) *What Should Legal Analysis Become?* London, New York: Verso.