



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

9 | 2009

Argumentiranje v pravni državi

Ustava in argumentiranje

Argumentation and Constitution

Manuel Atienza

Translator: Andrej Kristan



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/482>

DOI: 10.4000/revus.482

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 janvier 2009

Number of pages: 91-128

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Manuel Atienza, « Ustava in argumentiranje », *Revus* [Spletna izdaja], 9 | 2009, Datum spletne objave: 20 octobre 2011, ogled: 18 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/482> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revus.482>

All rights reserved

Manuel Atienza

Argumentiranje in ustava

Ključne besede: oblikovno, vsebnostno, učinkovno (pogovorno ali govorniško) pojmovanje argumentiranja, tudi razsežnosti argumentiranja; sodobno ustavništvo, ustavna (pravna) država, pravo kot argumentiranje (razlogovanje), poustavljanje pravnega reda, argumentativni obrazci

Manuel Atienza Rodríguez (1951) je profesor za filozofijo prava, morale in politike na univerzi v Alicanteju. V Španiji je član državnega odbora za bioetiko. Na Evropski akademiji za teorijo prava v Bruslju predava o pravnem argumentiranju. Gostuje tudi drugod po Evropi in širom po Latinski Ameriki. Izobraževal se je v Ovidu, Madridu, Buenos Airesu, Milanu, Mainzu in na Cambridgeu. Je pravoslovec, a tudi publicist.

Pred šestimi leti je ustanovil zelo ugleden specialistični študij pravnega argumentiranja, leta 1984 pa eno danes najpomembnejših pravoslovnih revij DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/). Kot član uredniškega sveta sodeluje še pri revijah *Isonomía* (dostopna je na omenjenem spletišču DOXA) in *Legisprudence. International journal for the study of legislation* (www.hartjournals.co.uk/legisprudence/). Od leta 2008 je v uredniškem svetu *Revusa*.

Njegova dela pokrijejo skoraj celotno polje teorije in filozofije prava. Nenehno se poglobljeno loteva filozofije morale. Nekaj najbolj znanih knjig je objavil v soavtorstvu z Juanom Ruizom Manerom. Pisala sta o marksizmu in filozofiji prava: *Marxismo y filosofía del Derecho* (Madrid, 1993). Temeljno delo je postala njuna teorija pravnih stavkov: *Las piezas del Derecho* (Barcelona, 1996 in 2005), v angleškem prevodu *A Theory of Legal Sentences* (Dordrecht-Boston-London, 1998). Z zlorabo pravice, izogibom zakonu in zlorabo oblasti sta se ukvarjala v *Ilícitos atípicos* (Barcelona, 2000 in 2006). Odmevno sta klicala zbogom pravnemu pozitivizmu: *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, *Isonomía* (2007) 27, 7–28.

Več opaznih del je objavil tudi samostojno. O filozofiji prava v Argentini *La filosofía del Derecho en Argentina actual* (Buenos Aires, 1984). O Marxu in človekovih pravicah *Marx y los derechos humanos* (Madrid, 1986). Analogijo v pravnem sklepanju preučuje v *Sobre la analogía en el Derecho* (Madrid, 1986). Danes splošno uveljavljen nauk o argumentiranju v pravu izriše v *Las razones del Derecho* (Madrid, 1991). O pravnem občutku: *El sentido del Derecho* (Barcelona, 2001). O zvezi bioetike in prava *Bioética, Derecho y argumentación* (Lima-Bogota, 2004). Temeljno o treh razsežnostih argumentiranja: *El Derecho como Argumentación* (Barcelona, 2006 in 2007). Opazni sta njegovi razpravi o argumentiranju pri sprejemanju zakonov: *Practical Reason and Legislation*, *Ratio Iuris* (1992) 3, 269–287, in *Argumentación y legislación*, v *La proliferación Legislativa: Un Desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, 2004). V kastiljski jezik je prevedel Roberta Alexyja, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1989 (Madrid, 1997).

Vojne populističnih, pa tudi nezavednih argumentacijskih zmot v javnih razpravah se je loteval v kolumnah, zbranih pod naslovom *La guerra de las falacias* (Alicante, Puebla, 2005). Na zgoraj omenjenem spletišču DOXA so objavljeni tudi njegovi pogo- vori z najvidnejšimi pravoslovci naše dobe, med drugim z Aarniom, MacCormickom, Trevesom, Alexyjem, Summersom, Toulminom in Klugom.

V zadnjem času se posebej ukvarja z drugo, tj. vsebnostno razsežnostjo pravnega argumentiranja. Pred kratkim je na katedri UNESCO za bioetiko v Barceloni predaval o človekovem dostojanstvu. V eni nedavnih, še neobjavljenih razprav je pretanjeno soočil ključna, a v nekaterih vidikih nasprotna si sodobna pojava: poustavljanje in globalizacijo.

Naslednja razprava, s kastiljskim naslovom *Argumentación y constitución*, je izšla v delu treh predstavnikov »alikantske« šole: Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza in Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel, 2007. Atienza v razpravi obdela izvorna vprašanja in iz njih izhajajoča različna pojmovanja prava, nauka o pravu in vloge argumentiranja v sodobni ustavni državi. Za praktike nepogrešljivo.

Manuel Atienza

Argumentiranje in ustava

Razpravljati o argumentiranju v reviji za ustavnost zahteva, po mojem mnenju, dva koraka. Najprej je treba pojasniti, kakšna je vloga argumentiranja v odnosu do prava v ustavnih državah, kar nas pripelje tudi do vprašanja, kako je sodobno ustavništvo spremenilo naše razumevanje prava in na neki način pripeljalo do tega, da v ospredje postavljamo argumentativno razsežnost prava: da torej govorimo o pravu kot argumentiranju. Le od tod naprej, v drugem koraku, se je mogoče lotiti vprašanja, kaj naj se razume pod »ustavno argumentacijo« in kaj, kratkomalo, pod »argumentacijo«, kako se med seboj razlikuje ustavno argumentiranje, ki ga izvajajo zakonodajalci, ustavni sodniki ali redni sodniki, kateri argumentativni obrazci se uporabljajo, katera merila pravilnosti je treba upoštevati, kateri cilji se zasledujejo itd.

1 ARGUMENTIRANJE IN USTAVNIŠTVO

»Ustavna država« je, seveda, nekaj drugega kot država, v kateri je v veljavi neka ustava. Kot opozarja, na primer, Michelangelo Bovero,¹ se »ustava« v svojem najširšem pomenu navezuje na ogrodje nekega političnega telesa, neke države: na očrt in ureditev oblasti skupnega odločanja v neki skupnosti; s takšnim razumevanjem (in tako ta izraz razume, na primer, Hans Kelsen) ima katera koli država ali politična enota neko ustavo. Vendar pa v ožjem pomenu, v katerem se izraz rad uporablja v današnjem času, ustava predpostavlja dve stvari več: neko razglasitev pravic in neko ureditev, ki jo na določen način navdihuje načelo delitve oblasti. Vendarle pa to še vedno ni tisto, čemur se v današnjem času rado reče »ustavna država«. Država z ustavo v nazadnje omenjenem pomenu je svobodniška pravna država, ni pa to ustavna država, saj tam

1 Michelangelo Bovero, Uvod v knjigo Pedra Salazarja, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Mexico, Fondo de Cultura Económica – UNAM, 2006, 16.

ustava nima povsem enakih značilnosti (in, posledično, ne odigrava iste vloge) kot v zahodnih državah v zadnjem obdobju njihovega razvoja, tj. v glavnem od konca druge svetovne vojne naprej. Odtlej smo bili priča določenemu pojavu napredujočega spreminjanja pravnih ureditev, ki se včasih imenuje »poustavljanje«. Po Riccardu Guastiniju² poustavljeni pravni red (to je pravni red ustavnih držav) označuje izjemno »prodorna« ustava, ki je zmožna pogojevati tako zakonodajo kot sodno prakso in poučevalni slog, delovanje političnih igralcev in družbene odnose. Poustavljenost ni vprašanje vsega ali ničesar, ampak je to v osnovi stopnjeviti pojav. Najmočnejša je – še vedno po Guastiniju – v pravnem redu, izpolnjujočem naslednjih sedem pogojev, ki so vsi (ali vsaj veliko od njih) prav tako večstopenjski: 1. toga ustava; 2. pravosodno jamčenje za ustavo; 3. obvezujoča moč ustave; 4. »čezrazlaganje« ustave; 5. ustavno skladna razlaga zakonov; 6. neposredna uporaba ustavnih norm; 7. učinkovanje ustave na politične odnose.³

Naraščajoča krepitev takšne oblike države in prava je pripeljala do tega, da se je v pravoslovju v zadnjem času razširila raba izraza »ustavništvo« (ali »novo ustavništvo«, za razlikovanje od klasičnega ustavništva, ki je starejše).⁴ Treba pa se je zavedati, da je ta izraz dvoumen,⁵ ker včasih označuje obliko pravnopolitične ureditve (pravkar omenjeni pojav) in drugič spet določen način razlaganja tega pojava, tj. neko pojmovanje prava. Tako se pravoslovec (kot sam Guastini) lahko (dejansko) popolnoma zaveda pojava poustavljenosti prava, ne da bi bil zato tudi sam »ustavnik« v ozkem pomenu izraza. Drugače povedano, proti novemu »zgodovinskemu dejstvu« ustavništva je, v pravoslovnem pogledu, mogoče zavzeti različne drže: 1., pojav je mogoče prezreti (ali zanikati), posledično pa nauk o pravu (in ustavnopravno poučevanje) naprej razvijati tako, kot se je to počelo v preteklosti. 2., obstoj teh sprememb se lahko prizna, pa vendar se misli, da jih je mogoče razložiti in obvladovati, ne da bi bilo v pravno misel nujno treba vpeljati neko novo »paradigmo«. In 3., misliti je mogoče, da novi pojav zahteva tudi neko novo izoblikovanje nauka. V tem primeru je mogoče vpeljati nižjo razdelitev: na tiste, ki menijo, da se novi nauk lahko – in se mora – oblikovati, ne da bi zapustili okvire pravnega pozitivizma (paradigmo pravnega pozitivizma bi le spremenili – ali razvili); in na druge, ki menijo, nasprotno,

2 Glej Riccardo Guastini, La »costituzionalizzazione« dell'ordinamento italiano, *Region pratica* (1998) 11, 185–206; v kastilj. prevodu La »constitucionalización« del ordinamiento jurídico: el caso italiano, v Miguel Carbonell (ur.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

3 O pojavu »poustavljanja« glej tudi Bertrand Mathieu in Michel Verpeaux (ur.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Pariz, Economica, 1998.

4 V nadaljevanju bom raje uporabljal izraza »ustavniki« in »ustavništvo«, čeprav ju bralec lahko v vsakem primeru nadomesti z »novimi ustavniki« in »novim ustavništvom«.

5 Primerjaj Luis Prieto, *Neoconstitucionalismo*, v Miguel Carbonell (ur.), *Diccionario de Derecho constitucional*, Mexico, UNAM, 2002. Tudi Miguel Carbonell, *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*, v Carbonell 2003 (op. 2).

da pozitivizem (v kateri koli od svojih mnogih oblik)⁶ ne daje več primerne razmišljevalne podlage, s katero bi bilo te pojave mogoče razjasniti: sodobno ustavnštvo naj bi zahtevalo, da je treba stopiti »onkraj« pravnega pozitivizma. Naj dam za zadnji dve ali zadnja tri stališča nekaj primerov.

Tako Riccardo Guastini kot Paolo Comanducci (in »genovska šola« nasploh)⁷ posebno pozornost namenjata pojavi ustavnštva, a vendar izrazito grajata ustavnštvo kot način preučevanja (ali novega pojmovanja) prava. Comanducci,⁸ ki je na dela tistih avtorjev, ki se imajo sami za »ustavnike«, preslikal poznani naris, s katerim Norberto Bobbio razčlenjuje pravni pozitivizem (na nauk, na nazor in na način preučevanja), pride do naslednjih zaključkov.

Ustavnštvo kot nauk o pravu naj bi bilo sprejemljivo toliko, kolikor bolje od ustaljenega pozitivizma omogoča razjasniti določene poteze, ki so za ogrodje in delovanje sodobnih pravnih ureditev značilne; danes, na primer, ni več mogoče braniti (kot je to počel pozitivizem dvajsetega stoletja) podmen, kot so državarstvo, zakonosrediščnost ali razlagalni formalizem. Vendar pa je to nalogo, po Comanduccijevem mnenju, mogoče opraviti, ne da bi opustili pojmovni pozitivizem ali pozitivizem kot način preučevanja prava; pravzaprav bi bilo treba reči, da je tako razumljeno (novo) ustavnštvo »nič drugega kakor pravni pozitivizem naših dni«. ⁹ Ustavnštvo v močnem oziroma ozkem pomenu izraza pa ne zagovarja samo tega, ampak tudi nekakšen vsebinski ali vrednostni pojem ustave, ki pripelje do predstave, da je danes pravna znanost (nauk o pravu in njegovo poučevanje) nujno normativna (Luigi Ferrajoli) oziroma da se mora izoblikovati iz notranjega zornega kota v močnem pomenu, tj. izhajajoč iz ustavnih vrednot (Gustavo Zagrebelsky). To pa se Comanducciju zdi ovrgljivo, saj je tisto, kar predpostavlja sam, »opisni model ustave kot norme«, tj. premišljanje ustave kot »skupka pozitivnih pravnih pravil, vsebovanih v neki listini ali običajih, ki so, glede na druga pravna pravila, temeljna (in zato utemeljujoča celoten pravni red in/ali stopnjevito nadrejena drugim pravilom)«. ¹⁰

6 V zadnjem času so se močno namnožile. Morda najpomembnejše so tiste, ki se imenujejo »vključujoči pozitivizem«, »izključujoči pozitivizem« in »vrednotni pozitivizem«. Kratek pregled sedanje razprave (z obrambo predloga, po katerem je treba »pravni pozitivizem pustiti za nami«) glej Manuel Atienza in Juan Ruiz Manero, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, v José Antonio Ramos Pascua in Miguel Angel Rodilla González (ur.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanka, Universidad de Salamanca, 2006, 765–780; ponatisnjeno v *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (2007) 27, 7–28 (dostopno na spletišču: www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml).

7 Glej Suzana Pozzolo, *Un constitucionalismo ambiguo*, v Carbonell 2003 (op. 2).

8 Paolo Comanducci, *Formas de (neo)constitucionalismo*, v Carbonell 2003 (op. 2).

9 Comanducci 2003 (op. 8), 88. Vendarle pa Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Pariz, PUF, 1984, 205, s stališč, zelo podobnih Comanduccijevem, pride do zaključka, da »je pozitivizem v treh pomenih izraza [prav tako se navezuje na tri pomeni, ki jih je razločil Bobbio] z ustavnštvom povsem nezdružljiv«.

10 Comanducci 2003 (op. 8), 84.

Za ustavništvo kot nazor je po njegovem pojmovanju značilno, da v ospredje kot cilj postavlja zagotavljanje temeljnih pravic; zaradi tega se ne omejuje zgolj na »opisovanje dosežkov poustavljalnega razvoja, ampak te tudi pozitivno vrednoti in predlaga njihovo obrambo in krepitev«. ¹¹ In ker, poleg tega, »več njegovih podpornikov« zatrjuje, da sta pravo in morala nujno povezana in da imamo »dolžnost spoštovati ustavo in zakone«, ¹² po Comanduccijevem mnenju ustavništvo pomeni neko sodobno različico »nazorskega pozitivizma«. Ta pa je, po njegovem mnenju, graje vreden in nevaren nazor, saj posledično zmanjšuje stopnjo gotovosti prava, izpeljevanega ob pomoči tehnike »tehtanja« ustavnih načel in »moralnega« tolmačenja ustave.

Ustavništvo kot način preučevanja pa, nazadnje, z zatrjevanjem omenjene postavke o pojmovni zvezanosti prava in morale nasprotuje načinovnemu in pojmovnemu pravnemu pozitivizmu, ki je naslonjen na misel, da je pravo vedno mogoče prepoznati in opisati tako, kakršno je, in da ga je vedno mogoče ločiti od prava, kakršno naj bi bilo. Ustavniki menijo, da so ustavna načela kot nekakšen most med pravom in moralo in da je katera koli pravna (posebno pa sodna) odločitev utemeljena, če je v zadnjem koraku izpeljana iz moralne norme. Vendar pa se to Comanducciju zdi ovrgljivo. Če povedano razlagamo kot opisno trditev, je ta napačna, saj sodniki svoje odločitve utemeljujejo tako, da kot razloge ponujajo pravne norme, ne pa moralnih norm. In če bi to razumeli kot razmišljajsko postavko, bi bila ta ne le istorečna (ustavniški avtorji domnevajo, da je, »skladno z opredelitvijo«, vsaka končna utemeljitev na področju praktičnega sestavljena iz moralne norme), ampak tudi neubranljiva oziroma nekoristna, v vsakem primeru pa nasprotujoča demokratičnim vrednotam. ¹³

11 Comanducci 2003 (op. 8), 85.

12 Comanducci 2003 (op. 8), 86.

13 Comanduccijevo razmišljanje (Comanducci 2003, op. 8) je naslednje: Moralna norma, na katero napotuje utemeljujoči argument, bi se lahko razumela na štiri različne načine: 1. Kot resnična objektivna moralna norma (ustreza moralnim »dejavom«), kar prinaša nerešljive ontološke in epistemološke težave. 2. Kot razumska objektivna moralna norma, vendar pa obstajajo različni moralni nauki, ki si takšno objektivnost pripisujejo, tako da bi moral sodnik izbrati enega izmed njih, to pa pomeni, da je to možnost mogoče zvesti na naslednjo. 3. Kot moralna norma, ki jo izbere sodnik osebno: zakon in ustava se tako spremenita v nekaj odvečnega, pravna gotovost pa »ostane zaupana samo moralnemu čutu vsakega sodnika« (str. 95). 4. Kot medosebno sprejeta moralna norma. Zdaj pa, četudi bi sodnik (sodnik družboslovec) lahko prepoznal, katera ta morala je, bi še vedno preostali dve težavi: a) družba ni vedno moralno enovita; b) v družbi deljene moralne norme so v pravna pravila in načela že vključene, tako da bi bila moralna utemeljitev torej nekoristna (toliko, kolikor bi bila s pravno utemeljitvijo enakosežna). Končno, v primerih, v katerih bi bila na moralno normo naslonjena utemeljitev možna in koristna, ta zadnja razlaga predpostavlja neko priporočilo sodniku, naj se na koncu odloči na podlagi neke pozitivne moralne norme, ki bi, poleg tega, da »moralne pravilnosti« utemeljitve ne zagotavlja (str. 97), lahko imela smisel v razmerah, v katerih demokratične ustanove ne delujejo dobro, ne pa tudi v nasprotnem primeru, zato to ni dobro priporočilo za države, ki dejansko veljajo za »demokratične«.

Ni presenetljivo, da za Guastinija¹⁴ (ta izhaja z miselnih predpostavk, ki so zgornjim zelo podobne) posebnosti ustavnega razlaganja niso nevmkako pomembne. Seveda Guastini opozori, da razloček obstaja glede na to, kdo so dejavniki razlaganja, predvsem, kadar obstaja neki prednostni razlagalec ustave, kot so to v več evropskih ureditvah ustavni sodniki; vendar pa to s pravoslovnega vidika seveda ni pomembno. Obstaja tudi neka posebnost v zvezi z razlagalnimi težavami, ki se navezujejo ne na katero koli normativno besedilo, ampak na ustavna besedila: v ustavah, ki vsebujejo neko razglasitev pravic, se tako postavlja vprašanje, ali so pravice preprosto priznane (to pomeni, da gre za seznam, ki je odprt in se lahko dopolnjuje) ali pa so z ustavo ustvarjene (in gre torej za seznam, ki je zaprt in ga uporabljajoča ga telesa ne morejo dopolnjevati). Vendar pa za Guastinija to ni nazorsko vprašanje, ki bi ga lahko razlagali v smislu naravnega prava proti pravnemu pozitivizmu in o katerem s čisto pravoslovnega vidika ne bi bilo mogoče ničesar povedati. Nazadnje pa glede posebnosti, ki izhajajo iz razlagalnih tehnik, Guastini tudi ne misli, da so nevmkako pomembno odkritje: včasih se, na primer, zatrjuje, da se mora ustava razlagati tako, da se državna oblast, kolikor je le mogoče, omeji, pravice do svobode pa se karseda okrepijo, vendar se to (svobodniško) učenje lahko razširi na razlaganje katere koli normativne listine. Radi tudi rečemo, da se ustava, kolikor jo bolj sestavljajo načela kot pa pravila, ne more razlagati dobesedno, vendar se to Guastiniju zdi malo prepričljivo: lahko bi zatrjevali – trdi on – da je, če predpisujejo vsebine načel z dobesedno razlago (to je z obćim pomenom besed) ni mogoče razbrati, to zato, ker takšna predpisujoča vsebina ne obstaja.¹⁵ Končno pa je učenje, po katerem ustava zahteva razvijajočo se razlago, ne le vprašljivo, ampak se lahko uporablja za katero koli normativno besedilo (in ni izključno uporabno pri ustavi).

Zgornjo Guastinijevo trditev vsekakor podpira določen pogled na pravno razlaganje (in na pravo), ki se dejansko lahko šteje kot zrcalno tistemu, kar najdemo pri tako vzorčno »ustavniškem« avtorju, kot je Ronald Dworkin, in na kar se bom kasneje podrobneje navezal. Za Guastinija¹⁶ razlaganje dejansko predpostavlja pripisovanje pomena neki normativni ubeseditvi. To, kar ga zanima, ni razlaganje kot dejavnost, kot praksa, ampak kot izid, zato pa naj bi bili ključni pojmi določilo, norma in razlagalni izrek: oblika razlagalnega izreka naj bi bila »B pomeni P«, kjer je B neko določilo, neko besedilo, in P neka norma, tj. pomen, ki ga razlagalec pripiše besedilu. Poleg tega Guastini poudarja odločitveni, tj. vrednostni, in ne spoznavnega (oziroma ne zgolj spoznavnega) značaja razlaganja. Meni tudi, da mora biti *nauk* o razlaganju (drugače od političnih *učenj* ali pa od *nazorov* o razlaganju) izključno pojmoven in opisen, brez vsakršne težnje k normativnosti.

14 Riccardo Guastini, *Peculiaridades de la interpretación constitucional?*, v Eduardo Ferrer (ur.), *Interpretación constitucional*, Mexico, E. Porrúa, 2005.

15 Guastini 2005 (op. 14), 660.

16 Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.

Zelo drugačen pa je način, s katerim se pojava ustavnštva loteva avtor, kot je Luigi Ferrajoli. Zanj sodobno ustavnštvo na ravni notranje veljavnosti prava pripelje do vzpostavitve dvojnega členjenja; z drugimi besedami, pravna norma je lahko označena kot veljavna (ta lastnost je nekaj drugega, kot sta učinkovitost in pravičnost) v dveh pomenih: lahko ima uradno veljavo oziroma pravnomočnost, lahko pa ima tudi samostatno ali popolno veljavo (veljavo v pravem pomenu besede). Preprosta pravnomočnost oziroma obstoj predpostavlja izpolnjevanje oblikovnih in postopkovnih zahtev, samostatna veljava pa izpolnjevanje vsebinskih meril, ki so pomembno, a ne izključno vsebovana v temeljnih pravicah. To pomeni, da veljavno pravo, tj. pravo, ki je uradno v veljavi, zdaj lahko štejemo kot neveljavno z vidika meril, ki jih vzpostavlja samo pravo (brez navezave, torej, na neko – politično ali moralno – vodilo, ki je izven samega prava): »pravno nepravilno pravo« naj tako ne bi bilo noben bistroumni nesmisel. Za Ferrajolija mora biti zato – enako, kot je bil naravnopravni nauk kot pojmovanje, značilno za pravo v prednovoveškem svetu, nadomeščen s pravnim pozitivizmom ob prihodu novoveške države in obstoju izključnih in izčrpnih sistemov pravnih virov – ta klasični pozitivizem (ali »paleopozitivizem«), ki ustreza vzorcem svobodniške pravne države, v naših časih nadomeščen z novo ustavniško paradigmo, po kateri pravo ni več izenačeno izključno z zakoni, ampak je izenačeno z zakoni in ustavo. To za Ferrajolija ne pomeni zapustitve ali preseganja pozitivizma, ampak njegovo popolno uresničenje:¹⁷

Posledica togega ustavnštva je izpolnitev tako pravne države kot pravnega pozitivizma, ki z njim doseže svojo končno in najbolj razvito obliko: zaradi zakonske podreditve prej neomejene zakonodajne oblasti in zaradi pozitivizacije ne več le *pravne biti*, tj. pogojev »obstoja« prava, ampak tudi njegovega *najstva* oziroma izbir, ki usmerjajo njegovo proizvodnjo, s tem pa tudi njegovih pogojev »veljavnosti«.

Novo ustavnštvo ali kritični pozitivizem (tega Ferrajoli zagovarja kot pojmovanje, ki je zmožno pojasniti pojav ustavnštva) v primerjavi z zgornjo pozitivistično paradigmo predpostavlja temeljne spremembe v zvezi z načinom razumevanja ogrođa – pojma – prava, pravnega poučevanja in sojenja. Pravo dejansko ni več sestavljeno iz enotnega sistema virov, saj obstaja možnost, da so norme po obliki veljavne, po vsebini pa neveljavne. Pravne znanosti ne moremo dojemati kot čisto opisne, ampak tudi kot kritično in predvidevajočo: njena osnovna naloga je pokazati in poskušati popraviti praznine in protislovja, ki jih proizvaja kršenje pravic (za Ferrajolija pravice obstajajo, kolikor so v ustavah vzpostavljene, četudi manjkajo zagotovila – posebej njihova zakonska zagotovila). Sojenje pa, kolikor pomeni uporabo in razlago zakonov v skladu z ustavo, vključuje tudi učinkovni in družbeno odgovorni vidik.

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, v Carbonell 2003 (op. 2), 19.

To Ferrajolijevo pojmovanje ustavnštva ima, brez dvoma, veliko skupnih točk z »ustavniškimi« avtorji, ki bodisi zavračajo pravni pozitivizem (kot Ronald Dworkin ali Robert Alexy) bodisi menijo, da je vprašanje zoperpostavljanja naravnopravnega nauka in pravnega pozitivizma postavljeno narobe (Carlos Nino). Tako se ustreznik dvojnosti, ki jo vzpostavi Ferrajoli, pri Dworkinu in mnogih drugih avtorjih najde v obliki razlikovanja med pravili in načeli (v zadnjih Dworkinovih delih pa tudi med pravom kot urejenim sklopom norm in pravom kot razlaganjem oziroma kot razlagalno prakso). Podobno vlogo igra pri Alexyju (poleg razlikovanja med pravili in načeli, ki mu pritrjuje tudi on) predstava, da pojem prava vključuje neko prvino vzornosti, ki jo on – zgledujoč se po Jürgenju Habermasu in nauku o razpravljanju – poimenuje kot »težnjo k pravilnosti«, to pa je tisto, kar ga nazadnje pripelje do trditve, da sta pravo in morala pojmovno zvezana. Nekaj podobnega pa bi lahko rekli tudi o Ninu in njegovi trditvi, da pravne norme same zase ne predvidevajo samostojnih utemeljitvenih razlogov (tako da je pravno mišljenje odprto za moralne razloge), ter o vztrajanju pri tem, da se pravo lahko opredeli tako opisno kot normativno ali vrednostno (ali pa, da je za nekatere namene popolnoma sprejemljiv nekakšen pojem prava, ki vsebuje vrednostne prvine; in od tod njegova kritika zoperpostavljanja pravnega pozitivizma in naravnopravnega nauka).

Vendar pa obstaja med zadnjimi tremi avtorji in Ferrajolijem tudi pomembna razlika, ki pojasni Ferrajolijevo odločenost, da bi svoje pojmovanje štel za pozitivistično: Ferrajoli razlaga, da imata sestavna dela te dvojnosti oblastveni značaj (njegovi dve pojmovanji veljavnosti izhajata iz nekega s strani določene oblasti »postavljenega« prava: zakonodajalca ali ustavodajalca), medtem ko je pri preostalih avtorjih treba prepoznati trud, da bi v pojem prava vključili dve prvini: oblastveno prvino in vrednotno prvino. Tako odigravajo v Dworkinovem pojmovanju »razlaganja« cilji in vrednote, ki to razlaganje opredeljujejo, ključno vlogo pred oblastveno prvino, kolikor normam dajejo pomen in imajo nad njimi prvenstvo. Ista misel se lahko izrazi tudi rekoč, da imajo norme, če jih gledamo kot razloge za dejanja, neko usmerjevalno, obnašanje vodečo, pa tudi vrednotno oziroma normativno razsežnost; da te prvine v nekaterih primerih lahko pridejo v nasprotje; in da ima, ko se to zgodi, zadnja, vrednotna prvina prvenstvo nad prvo, tj. nad usmerjevalno.¹⁸ Do katere točke je torej pomembno to zoperpostavljanje »pozitivizma« in »ne pozitivizma« v sodobnem ustavnštvu?

Po mojem mnenju v trenutku izrekanja sodb o tem, kaj je pravno in kaj ne, ta dvojnost pristopov ne poraja velikih razlik. To, kar je drugačno, je precej bolj oblika, v kateri se te sodbe izražajo: normo, ki jo Ferrajoli šteje za veljavno v pomenu, da je pravnomočna, in za neveljavno glede na samostatno

18 Glej Manuel Atienza in Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2004²; v angl. prevodu *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998. Glej tudi Atienza in Ruiz Manero 2006 (op. 6).

razsežnost veljavnosti, bi Alexy verjetno štel za »hibavo pravo« (vendar niti Alexy niti Dworkin in, seveda, tudi Nino nikoli niso zanikali, da je pravilno v polnem pomenu govoriti o »nepravničnem pravu«). Prav tako pa dvojnost pristopov ne poraja velikih razlik niti z vidika načina, kako se razume naloga nauka o pravu in njegovega poučevanja; enako kot pri Ferrajoliju gre pri Dworkinu (ali pri Ninu) za dve dejavnosti, ki pripomoreta k usklajevanju pravne prakse: naloga razrešiti praznine in protislovja, na katero se navezuje Ferrajoli, ima svojo ustreznico v Dworkinovem namenu, da pripomore k največji uresničitvi ciljev in vrednot pravne prakse (v ustavni državi). Kar zadeva vlogo sojenja, pa se Ferrajolijev poudarek na tem, da sodnik ni zavezan zgolj zakonu, ampak zakonu in ustavi (ta misel je, poleg tega, zelo prisotna tudi pri drugih avtorjih), v svojih stvarnih učinkih le malo razlikuje od trditve, da sodniška dejavnost ni urejena le s pravili, ampak tudi z načeli oziroma da mora sodnik skušati prispevati k razvoju in izboljšanju tistega delovanja, ki pomeni pravo.

Razlika je, torej, precej bolj stvar poudarka, to pa ne pomeni, da je nepomembna. Posledice ima, na primer, v zvezi z naukom o razlaganju: ker pravo dojemamo kot v celoti oblastveni pojav, razlaga v Ferrajolijevem delu nima takega dosega in razvoja kot v Dworkinovem (ni isto razlagati oblastveno postavljenih besedil in razlagati neko dejavnost). Prav tako (če želite, kot posledica prejšnjega) v trenutku postavitve vprašanja pravnega argumentiranja: Ferrajoli se nagiba k mišljenju, da pri uporabi prava obstaja nekaj takega, kot sta podvzemanje in prosti preudarek, posebej nezaupljiv pa je do tehtanja (to je tudi nekaj povsem skladnega z njegovo težnjo videti pravo kot skupek pravil, v katerem načela ne igrajo nobene vloge ali pa igrajo vlogo zelo omejenega pomena). Temeljna razlika, bi bilo treba zaključiti, je v tem, da pravnemu pozitivizmu, ki vrednotni razsežnosti prava ne daje zadostne teže, zato preti nevarnost, da preide v takšno pojmovanje prava, ki je, bolj kot zmotno, nepomembno:¹⁹

Da pozitivizem gleda tisto, kar je vredno, kot izpeljano iz urejenega, vrednostne sodbe pa kot izhajajoče iz smernic (...), pozitivizmu jemlje možnost ustreznega vključevanje v nekatere, danes osrednje razprave. Prva je tista o nasprotjih med načeli, na splošno, in prav posebej med ustavnimi pravicami. Orodja za razrešitev takih nasprotij nujno najdemo onkraj tistega, kar je uredil ustavodajalec, in jih ni mogoče odkriti nikjer drugje kot v razlogih, ki so za temi smernicami, tj. v vrednostnih sodbah, ki so za njimi. Nekaj primerljivega se godi pri danes tako pomembni razpravi o tiho vsebovanih, a ne izraženih izjemah od pravil. Tako se samo zdi, da jih je mogoče skladno pojasniti kot predpostavko prežetosti pravil z razlogi, tj. s spodaj ležečimi vrednostnimi sodbami.

¹⁹ Atienza in Ruiz Manero 2006 (op. 6), 778.

2 PRAVO KOT ARGUMENTIRANJE

Z vsem, kar sem povedal zgoraj, želim utrditi, da tako, kot je ustavna država kot zgodovinski pojav neizpodbitno povezana z napredujočim razvojem argumentativne dejavnosti v sodobnih pravnih redih, tudi ustavništvo, toliko, kolikor gre za nauk, sestavlja jedro nekega novega pojmovanja prava, ki po mojem mnenju ne sodi več v okviru pravnega pozitivizma, ampak vodi k posebnemu poudarku na argumentiranju (čeprav, seveda, pravo ni samo argumentiranje). Tisti, ki tega novega pojmovanja ne sprejemajo (torej niso »ustavniški« avtorji), pa vendar pomembnosti argumentiranja v ustavni državi zaradi tega še ne zanikajo.

Drugače kot v »zakonski državi« so v »ustavni državi« zakonodajna oblast in katero koli državno telo omejena oblast, ki se mora tudi utemeljevati na najzahtevnejši način. Sklicevanje na pristojnost in na določene postopke ne zadošča, ampak se (vedno) zahteva tudi vsebinski nadzor. Ustavna država tako predpostavlja okrepitev dolžnosti utemeljevanja odločitev javnih teles in torej večjo zahtevo po pravnem argumentiranju (večjo, kot je ta zahteva v zakonski državi). V resnici je najvišji vzor ustavne države to, da se oblast popolnoma podredi pravu, tudi razlogovanju: moč razloga se postavlja nad razlog moči. Zato se zdi dokaj logično, da je bil napredek ustavne države pospremljen s količinsko in kakovostno krepitevijo zahteve po utemeljevanju odločitev javnih teles.²⁰

Da bi preverili veljavnost zadnje trditve, zadostuje, če preučimo, kako se je razvijala obveznost (in običaj) sodnega utemeljevanja odločitev. V pravih celinskega lika (*common law* je imel nekoliko drugačno pot) je mogoče razložiti dve obdobji:²¹ prvo nastopi v drugi polovici 18. stoletja, oznamovano pa je v svojih različnih oblikah s tem, kar Michele Taruffo poimenuje »znotrajpostopkovno« pojmovanje obrazlaganja: obrazložitev strankam omogoča, da razumejo pomen odločitve in da to morda spodbijajo, sodnik pa njene razloge lahko ustrezno ovrednoti. Nasprotno pa se, v drugem obdobju (od konca druge svetovne vojne), znotrajpostopkovni vlogi obrazložitve pridružijo druge, ki imajo »zunajpostopkoven« oziroma političen značaj: obveznost obrazložitve je izraz nujnosti demokratičnega nadzora nad sodno oblastjo.

Kar zadeva nauk o pravu, pregled za 20. stoletje najbolj značilnih pojmovanj prava po mojem mnenju dopušča zaključek, da od teh nobeno ne more ustrezno pojasniti argumentativne razsežnosti prava. Povedano zelo na kratko: formalizem (pojmovni, zakonski ali sodniški) trpi za nekim izjemno poenostavljenim pogledom na razlaganje in uporabo prava, s tem pa tudi pravnega sklepanja. Naravnopravni nauk se nagiba k nerazumevanju prava kot družbenega in zgodovinskega pojava oziroma tega predstavlja v zavajajoči, nazorski obliki.

20 Glej Manuel Atienza, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 17.

21 Glej Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992.

Za normativni pozitivizem (avtorjev, kot sta Hans Kelsen ali Herbert Hart) bi lahko rekli, da je pravo neka vnaprej dana stvarnost (to so veljavne norme) in da ga mora pravoslovec enostavno poskušati opisati; ni pa pravo v tem pogledu dejavnost ali delovanje, ki bi ga deloma sestavljali prav postopki pravnega argumentiranja. Družboslovni pozitivizem (pravni realizem) je pozornost – verjetno zaradi svojega močnega vrednotnega relativizma in nagnjenja k temu, da na pravo gleda kot na golo orodje, ki služi zunanjim ciljem brez moralne vrednosti – namenil oznamovalni, in ne utemeljevalni razpravi. »Kritični« nauki o pravu (naj bodo marksistični ali ne) pa so se vedno spotikali ob težavo (ali nezmožnost), da bi naredili pravni skepticizem združljiv s predpostavko vpletenega (notranjega) zornega kota, ki je za pojasnitev utemeljujočega pravnega razpravljanja nujen.

Ti primanjkljaji, s spremembami pravnih ureditev, ki jih je spodbudilo napredovanje ustavne države, razložijo, da se je v zadnjih časih (bolj ali manj od konca 70. let) porodilo neko novo pojmovanje prava, ki ga v različnih delih²² označujejo naslednje poteze (te so vse povezane z argumentativnim pogledom na pravo):²³ 1., pomembnost, ki se priznava načelom kot – poleg pravil – nujnim prvinam, s katerimi je mogoče razumeti ogrožje in delovanje nekega pravnega reda, 2., težnja k motrenju norm – pravil in načel – ne toliko z vidika njihove logične zgradbe kot z vidika vloge, ki jo odigravajo pri pravnem sklepanju, 3., misel, da je pravo gibljiva stvarnost in da ni toliko sestavljena – ali ne zgolj – iz niza norm ali raznovrstnih stavkov kot pa – ali tudi – iz zapletene družbene dejavnosti, ki poleg norm vključuje postopke, vrednote, dejanja, igralce itd., 4., s tem povezano priznavanje pomembnosti razlaganja, v katerem se bolj kot izid vidi razumen in pravo usklajajoč postopek, 5., oslabitev razlikovanja med opisovalnim in predpisujočim jezikom in s tem povezano priznanje praktičnega značaja pravnega nauka in pravne znanosti, ki ju ni mogoče več skržiti na zgolj opisovalno razpravljanje, 6., razumevanje veljavnosti v vsebinskem, in ne le oblikovnem smislu: da je norma veljavna, mora spoštovati v ustavi postavljena načela in pravice, 7., misel, da se na sojenje ne more gledati v preprostem zakoniškem smislu, tj. v smislu sodnikove podreditve zakonu, saj se mora zakon razlagati v skladu z ustavnimi načeli, 8., postavka, da sta pravo in morala zvezana od znotraj in pojmovno, ne zgolj vsebinsko; in četudi se šteje, da je pravo mogoče spoznati ob pomoči takšnega merila, kot je Hartovo pravilo priznanja, naj bi to pravilo vključevalo vsebinska merila, ki so moralna, poleg tega pa naj bi bilo nujno moralnega značaja tudi sprejemanje takšnega pravila, 9., težnja k združitvi različnih področij praktičnega uma: prava, morale in politike, 10., zaradi tega posledično misel, da pravni um ni zgolj orodni um, ampak je to praktični

22 Glej npr. Atienza 2006 (op. 20), 55 in nasl.

23 Seznamu štirih, že omenjenih avtorjev (Ferrajolija, Dworkina, Alexyja in Nina) bi bilo treba dodati vsaj še imeni McCormicka in Raza. Nihče od teh avtorjev seveda ne privzema vseh potez, ki jih omenjam, vendar pa privzemajo večino ali pa vsaj pomembno število teh potez.

um v ozkem pomenu besede (ne le glede sredstev, ampak tudi glede ciljev); dejavnosti pravnika ne vodi – ali pa ga ne vodi izključno – uspeh, ampak zamisel o pravilnosti, prizadevanje za pravičnost, 11., zabrisanost mej med pravom in nepravom, s tem pa obramba neke vrste pravne mnogovrstnosti, 12., pomembnost, ki se kot osnovni značilnosti demokratične družbe priznava nujnosti, da se poskušajo odločitve razumsko utemeljiti, 13., s tem povezano prepričanje o obstoju objektivnih meril (taki sta načelo veseljnosti ali načelo ujemanja ali celovitosti), ki dejavnosti utemeljevanja odločitev podeljujejo razumski značaj, četudi se ne sprejema postavka, da vedno in za vsak primer obstaja ena pravilna rešitev, 14., misel, da pravo ni le orodje za doseg družbenih ciljev, ampak da vključuje tudi moralne vrednote, ki ne pripadajo zgolj neki družbeni morali, ampak neki razumsko utemeljeni morali, to prepričanje pa na določen način pripelje tudi do zabrisanja razlike med pozitivno moralo in kritično moralo.

3 ARGUMENTIRANJE, PRAVNO ARGUMENTIRANJE IN USTAVNO ARGUMENTIRANJE

Omenjene značilnosti sodobnih ustav (in ustavnštva) razgrinjajo dejstvo, da sklicevanje na ustavo (na eno od njenih norm, vrednot itd.) v več vrstah argumentirajna igra poudarjeno vlogo: to igra tako pri tistih vrstah argumentiranja, ki se nanašajo na sodniško uporabo prava, kot pri tistih, ki so usmerjene k zakonski proizvodnji norm in, na splošno, pri vseh praktičnih argumentacijah, četudi nimajo pravnega značaja, ampak prej moralen oziroma političen značaj. Poleg tega sklicevanje na ustavo lahko deluje ali pa ne deluje kot argument avtoritete: argumentiranje, namenjeno spremembi ustave ali oblikovanju nove, bi se, seveda, tudi lahko štelo za neke vrste ustavno argumentiranje. S tem bi šlo pri predhodnem za »ustavno argumentiranje« v najširšem pomenu in, očitno, takem, ki ni zelo uporaben. Zato pa bi lahko razmislili o oblikovanju nekega ožjega pomena, ki bi vključeval zgolj, na primer, tisto argumentiranje, ki je značilno pravno. To pa ni lahko. Po eni strani zato, ker ni gotovo, da je med pravnim argumentiranjem in tistim, ki je moralno oziroma politično, mogoče razlikovati – vsaj jasno razlikovati; še več, kot bomo videli, je prav to ena izmed najbolj značilnih postavk »ustavnških« avtorjev. In, po drugi strani, zato ker »ustavno argumentiranje pravnega značaja« morda ne daje enovite skupine: razumno se zdi misliti, da ne gre za povsem isto stvar pri argumentativni rabi ustave s strani zakonodajalcev ali sodnikov niti pri rabi rednega sodnika in ustavnega sodnika. Vendar pa, v vsakem primeru, preučitev posebnosti ustavnega argumentiranja (katero koli naj že bo) zahteva najprej nekaj razjasnitev glede tega, kaj pomeni argumentirati in iz kakšnih zornih kotov se argumentiranje lahko opazuje.

Argumentiranje ali razlogovanje je dejavnost, ki jo tvori dajanje razlogov v prid ali proti neki določeni trditvi, ki naj bi se utrdila ali zavrnila. Ta dejavnost je lahko zelo zapletena in sestavljena iz številnih argumentov (delnih razlogov), ki so med seboj povezani na zelo različne načine. Za primer vzemimo sodbo španskega ustavnega sodišča (z dne 18. junija 1999), v kateri se razpravlja o ustavnosti zakona o razmnoževanju ljudi s pomočjo (v nadaljevanju: ZRLP) iz leta 1988. V njej so postavljeni in zbrani številni delni argumenti. Tako sodišče razume, da ZRLP v nobenem delu ne posega na področje, pridržano organskim zakonom, ker se 15. člen španske ustave (»vsi imajo pravico do življenja ...«) nanaša na »vse, ki so rojeni«, ZRLP pa te temeljne pravice ne razvija (to, kar ureja, so »tehnike razmnoževanja, ki se nanašajo na trenutke pred izoblikovanjem človeškega zarodka«), zato ni nujno, da bi imel posebno obliko organskega zakona (ta zahteva sprejetje s popolno kongresno večino). Sodišče razume, da dovoljenje ženskam, da se svobodno odločajo za začasno ustavitev postopkov razmnoževanja s pomočjo, ne učinkuje na vsebinsko jedro pravice do življenja in ne pomeni tihe privolitve v morebiten splav, saj to odločitev ženska lahko sprejme zgolj do trenutka, ko je zarodek prenesen v njeno maternico. Razume tudi, da dovolitev oploditve katere koli ženske neodvisno od tega, ali je darovalec njen mož oziroma ali je v zakonski zvezi ali ne, ne posega v bistvo ustanove družine, saj »se družina v pravnem smislu ne pokriva z naravno družino« in »ustavno zaščiten družina ni le družina zakoncev«.

Vsi ti in veliko drugih argumentov, ki jih je mogoče najti v tej sodbi, so del iste argumentacije, saj sestavljajo en sam tok, ki se začne s postavitvijo enega vprašanja (ali je sporni zakon ustaven ali ni) in zaključi z enim odgovorom (zakon je ustaven). Tako lahko ločimo med argumentacijo v njeni celoti, vsakim od posameznih argumentov, iz katerih je sestavljena, posebej in delnimi nizi argumentov (argumentativnimi nitmi), ki so usmerjeni k obrambi ali izpodbijanju neke trditve ali nekega zaključka (najsaj ima ta vmesni ali dokončni značaj). Tako prvi od zbranih argumentov oblikuje neko nit z več drugimi, vsi pa so usmerjeni k potrditvi, da sporni zakon ne posega v področje organskega zakona. In ta trditev je, skupaj s tem, da ZRLP ne nasprotuje niti očitnim vidikom ustave, to, kar ustavno sodišče privede do razglasitve njegove ustavnosti (razen enega dela zakona, ki pomeni šibkejšo kršitev).

Lotiti se argumentiranja pomeni sprejeti, da se mora vprašanje, za katero gre (vprašanje, ki argumentiranje povzroči), razrešiti z izmenjavo razlogov in da se ti razlogi predstavljajo v besedi: ustno ali pisno. Argumentiranje torej predpostavlja odpoved uporabi telesne ali duševne prisile kot sredstva za rešitev spora. Poleg tega je argumentiranje sestavljeno iz določenih osnovnih enot, argumentov, v katerih se lahko ločijo premise (izjave, od katerih se izhaja) in zaključki (izjave, do katerih se pride) in ki jih je mogoče vrednotiti po določenih merilih, ki dopuščajo, da je mogoče opredeliti argumente (in argumentiranje) kot veljavne, trdne, prepričljive, napačne itd.

Kljub vsemu pa ne obstaja ena sama oblika razumevanja – in preučevanja – argumentiranja in argumentov. Ne da bi se spuščali v podrobnosti,²⁴ je mogoče ločiti tri pojmovanja ali približke, ki bi jih lahko imenovali oblikovno, vsebnostno in učinkovno pojmovanje in ki pomenijo tri različne razlage skupnih gradnikov, ki smo jih ravno omenili.

Oblikovno pojmovanje (vzorčni, a ne edini primer je običajna izpeljevalna logika) gleda na argumentiranje kot na niz izjav brez razlaganja (v pomenu, ki odmišlja vsebino resničnosti ali pravilnosti premis in zaključka); odgovarja na vprašanje, ali se od izjav – premis – v eni obliki lahko preide na druge – zaključke – v neki drugi obliki; merila pravilnosti so dana s pravili sklepanja; in to, kar vodi, so obrazci, oblike argumentov. Nobenega razloga ni, da bi mislili, da so ti obrazci samo izpeljevalni: argument ima lahko tudi napeljevalno, verjetnostno, abduktivno itd. obliko. Vendar pa izpeljevanje igra tako rekoč »vzorčno« vlogo, saj: 1., v argumentih izpeljevalne oblike bodo, če so premise resnične, nujno takšni tudi zaključki, ker je v njih, namreč, oblika – logična zgradba – edino merilo preizkusa (medtem ko je v drugovrstnih argumentih njihova pravilnost ali trdnost odvisna tudi od drugih meril); 2., neizpeljevalni argumenti se vedno lahko spremenijo v izpeljevalne, če jim dodajamo določene premise, tako da se izpeljevalni obrazci lahko uporabijo – vsaj do določene mere – kot preizkusni mehanizmi: do katere mere je verjetna premisa, ki jo je treba dodati, da bi bil takšen argument – recimo, da gre za sklepanje po podobnosti – izpeljevalno veljaven? Ulrich Klug, Georges Kalinowski, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Ilmar Tammelo ali Ota Weinberger so dali k nauku o pravnem argumentiranju pomembne, temu pristopu ustrezajoče prispevke.

Za vsebnostno pojmovanje pa ni bistvena oblika izjav, ampak tisto, kar te izjave dela resnične oziroma pravilne (naravna ali ustanovljena dejstva, na katera se izjave sklicujejo); odgovarja na vprašanje, čemu moramo verjeti ali kaj moramo storiti, in zato pomeni v osnovi nauk o premisah: o razlogih, da se nečemu verjame ali da se udejanji ali ima namen neko dejanje uresničiti; njegova merila pravilnosti zato ne morejo imeti povsem oblikovnega značaja: bistveno je določiti, na primer, v katerih okoliščinah razlog ene vrste pretehta nad drugim; in ta merila ne pomenijo pravil sklepanja v smislu formalne logike, ampak so – kot se dogaja s pravili znanstvenega postopanja – odvisna od tega, kakšen je (ali kakšen naj bi bil) svet. Dela Ronalda Dworkina, Josepha Raza, Carlosa Nina ali Roberta Summersa so primeri tovrstnega pojmovanja.

Končno je tu učinkovno pojmovanje, ki argumentiranje dojema kot neko vrsto dejavnosti (neki niz jezikovnih dejanj), usmerjeno k dosegu prepričanosti nekega občinstva ali k sodelovanju z drugim ali drugimi, da bi prišli do soglasja

24 Nadrobna razčlemba z razlikovanjem med pojmom in pojmovanji argumentacije se najde v Atienza 2006 (op. 20).

glede nekega miselnega ali stvarnega vprašanja; uspeh argumentiranja je odvisen od dejanskega doseganja prepričanja ali soglasja z drugim, upoštevajoč določena pravila. Medtem ko se pri vsebnostnem (in pri oblikovnem) pojmovanju na argumentiranje lahko gleda kot na stvar posameznika (argumentiranje je nekaj, kar posameznik lahko izvaja v osami), pa je argumentiranje za učinkovno pojmovanje nujno družbena dejavnost. Znotraj učinkovnega pojmovanja se zdaj lahko ločita dva pristopa. Eden je govorniški pristop, osredotočen na zamisel o prepričevanju nekega občinstva, ki pri argumentiranju zavzema v osnovi nepremično vlogo. Drugi je pogovorni pristop, v katerem argumentiranje poteka med udeležencema (med zagovornikom neke trditve in njenim nasprotnikom), ki privzemata premične vloge: med njima je nenehno vzajemno delovanje. Pojmovanji argumentiranja, kakršni razvijata Chaïm Perelman in Stephen Toulmin, predstavljata pojmovanje prvega govorniški, pojmovanje drugega pa pogovorni vidik.

Treba pa je pristaviti, da dejansko obstoječa argumentiranja ne sledijo na splošno zgolj eni od teh »čistih oblik«, ampak pomenijo bolj ali manj določeno sestavo iz teh treh pogledov izhajajočih prvin. Lep primer tega je pravno sklepanje, saj se zdi, da je vsako od teh treh pojmovanj tesno povezano z neko osnovno vrednoto pravnih redov: gotovost je povezana z oblikovnim pojmovanjem (dovolj je spomniti, da je za Maxa Webra oblikovna razumnost novoveškega prava povezana z rabo logičnih, izpeljevalnih postopanj pri uporabi prava), resnica in pravičnost sta povezani z vsebnostnim pojmovanjem, sprejemljivost in soglasje pa z učinkovnim pojmovanjem. Vzorna pravna utemeljitev bi se zato lahko izrazila rekoč, da gre za postavitev dobrih razlogov v ustrezno obliko, zato da se izkažejo kot izid nekega razumnega pogovora in učinkujejo prepričljivo.

Čeprav se na pravno argumentiranje, če govorimo na splošno, lahko gleda kot na poseben sestav iz prvin, izhajajočih iz teh treh pojmovanj ali razsežnosti argumentiranja, to ne pomeni, da znotraj njega ne bi mogli ločiti različnih polj, na katerih eno ali drugo od teh pojmovanj igra odločilno vlogo. Za odvetniško argumentiranje, na primer, se zdi, da ima v bistvu pogovorni značaj (kadar se dojemata z vidika spopada med strankama, ki branita nasprotujoče si koristi) in govorniški značaj (če se nanj gleda kot na razpravljanje, ki je usmerjeno k prepričevanju sodnika ali porotnika glede določenih trditev). Oblikovno pojmovanje se precej dobro izkaže za pojasnitev dela nekaterih pravoslovcev, kadar se z v osnovi ali izključno razmišljajskimi in opisovalnimi nameni osredotočajo na sodniške odločbe, ki jih dojemajo ne kot dejavnost, ampak kot izid (iz dejavnosti izhajajoče besedilo, izrecna obrazložitev). Za vsebnostno pojmovanje bi se, končno, lahko štel, da sestavlja bistvo argumentiranja – utemeljevanja – ki ga izvajajo sodniki.

Kar bi lahko imenovali »splošno uveljavljeni nauk o pravnem argumentiranju«,²⁵ je neki skupek prvin iz omenjenih treh pristopov oziroma pojmovanj. Ker je, hkrati, ena od značilnosti tega nauka, da se osredotoča na utemeljitev tistih odločitev, ki prihajajo z višjestopenjskih sodišč, je zanj izoblikovana pojmovna orožarna seveda uporabljiva tudi za ustavno argumentiranje sodniškega značaja. V osnovi tam zaobjeti nauk o argumentiranju pravi naslednje.

Pravno (in posebej še sodniško) argumentiranje je očitno neke vrste praktično argumentiranje, usmerjeno k utemeljitvi (in ne razlagi) odločitev. Razložiti neko odločitev pomeni pokazati vzroke, razloge, ki dopuščajo, da se odločitev vidi kot posledica teh vzrokov. Utemeljiti neko odločitev pa, nasprotno, predpostavlja, da se pokažejo razlogi, ki dopuščajo, da se takšna odločitev dojame kot nekaj sprejemljivega. V obeh primerih gre za to, da se dajejo razlogi, vendar je narava teh razlogov različna: na primer, povsem mogoče je razložiti neko odločitev, ki se vendarle izkaže za neutemeljivo; sodniki – sodniki pravne države – pa so na splošno dolžni svoje odločitve tudi utemeljiti, ne le razložiti. Odločbe *obrazložiti* torej pomeni utemeljiti jih, za dosego tega pa se ne smemo omejiti na prikaz, kako je do določene odločitve prišlo, tj. ne zadošča naznačitev razvojnega toka – duševnega, družbenega itd. – ki je do odločitve, do izida, pripeljal. Kljub temu sta utemeljitev in razlaga različni, a med seboj povezani dejanji – oziroma pojma: tako kot vprašanja utemeljitve igrajo neko vlogo pri razlagi (v veliko primerih je to, kar razloži, zakaj je neki sodnik sprejel določeno odločitev – vsaj do določene točke – dejstvo, da odločitev dojema kot utemeljeno), tako tudi razlaga odločitev naredi nalogo utemeljitve lažjo (tj. možni utemeljitveni razlogi se tako pokažejo v izrecnejši obliki).

Kakor koli naj že je, ima utemeljitev sodnih odločitev različne značilnosti glede na to, ali gre za enostavne ali zapletene zadeve. Kar se tiče enostavnih zadev, v katerih ni težav z nobeno od premis (normativnih ali dejanskih), utemeljiti preprosto pomeni zgraditi neko izpeljavo, neki silogizem. Tej vrsti utemeljitve radi rečemo »notranja utemeljitev« ali »utemeljitev na prvi ravni« in lahko bi rekli, da je ta vedno nujna. Vendar pa ni vedno zadostna, saj poleg enostavnih zadev v pravu obstajajo tudi zapletene zadeve. Ker je v obrazcu, iz katerega se izhaja (sodniški silogizem), ena premisa normativna in druga dejanska, to pomeni, da so zadeve lahko zapletene iz normativnih ali pa iz dejanskih razlogov. V prvem primeru gre

25 S tem mislim na tiste zamisli o pravnem argumentiranju – med sabo se v osnovi ujemajo – ki se najdejo v 70. in 80. letih v različnih delih avtorjev, kot so Aarnio, McCormick, Peczenik ali Wróblewski. Glej Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

lahko za *vprišanje ustreznosti*:²⁶ kadar obstajajo dvomi o tem, ali obstaja norma oziroma katera je norma, ki je v primeru uporabna; ali za *vprišanja razlage*: kadar se dvomi nanašajo na to, kako naj se razume neki izraz, ki se pojavlja v uporabni normi. V drugem primeru pa gre lahko za *vprišanja dokaza*, ki se postavljajo o tem, ali se je določeno dejstvo zgodilo ali ne; ali *vprišanja opredelitve*, ki se porajajo takrat, kadar se dvomi nanašajo na to, ali določeno dejstvo, ki ni sporno, spada ali ne spada v polje uporabe določenega pojma, ki se pojavlja v normi. V zapletenih zadevah (v tistih, ki pridejo do ustavnih sodišč, so večinoma vprišanja razlage, vendar pa se prej navedene težavnosti lahko pojavijo tudi v med sabo prepletenih sestavih) je prejšnji utemeljitvi treba dodati drugo: »zunanj o utemeljitev« ali »utemeljitev na drugi ravni«. Izpeljevalno sklepanje pri tem še vedno igra pomembno vlogo, ki pa je omejena. Merilom sklepanja je treba dodati tudi druga, ki (predvsem v zvezi z normativno premiso) vključujejo to, čemur radi rečemo »praktični um«. Neil MacCormick, na primer, jih strne v načela vesoljnosti, stanovitnosti, ujemanja in primernosti posledic. Vesoljnost pomeni, da če se v okoliščinah *O* sprejme odločitev *D*, potem se je treba vedno, kadar nastopajo te ali druge v bistvenem podobne okoliščine, odločiti na način *D*. Načelo stanovitnosti preprosto izraža prepoved rabe protislovnih premis. Od načela ujemanja se razlikuje zato, ker se slednje nanaša na vrednotno neprotislovje: na primer, razlaga norme mora biti skladna (ali čim bolj skladna) z načeli in vrednotami ureditve. Končno pa se na zaključke gleda ne v izkustvenem ali družbenem, ampak v normativnem smislu, tako da so tisto, kar se vrednoti, logični zaključki, ki jih ima odločitev glede na neki niz vrednot, kot so pravičnost, obče dobro ali javna korist.

4 ZNAČILNOSTI USTAVNEGA ARGUMENTIRANJA

Zdaj pa pogledjmo, kako je v določenem smislu mogoče prej povedano razviti in vstopiti v posebnosti ustavnega argumentiranja. V ta namen bom spet začel s tremi razsežnostmi argumentiranja – oblikovno, vsebnostno in učinkovno – ter se osredotočil na argumentiranje, ki ga izvajajo ustavna sodišča in ki kot tako pomeni paradigmo ustavnega argumentiranja.

26 Tu sledim razdelitvi, ki jo najdemo pri MacCormicku. Zanimivo je omeniti, da je ta avtor prešel od zagovarjanja nekega pojmovanja nauka o pravu, ki je zelo blizu Hartovemu (tega podpira njegov nauk pravnega argumentiranja v *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978), k drugemu, ki ga prej približa avtorjem, kot je Dworkin (v njegovi zadnji knjigi o pravnem argumentiranju: Neil MacCormick, *Rethoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005). MacCormickovo pojmovanje je torej povsem na črti z »ustavniškimi« avtorji in je prav tako nepozitivistično pojmovanje prava.

4.1

Čeprav se včasih govori o ustavnih sodiščih kot o »negativnih zakonodajalcih«, način argumentiranja, ki ga ta sodišča izvajajo, brez dvoma pripada rodu sodnega argumentiranja, in to tudi takrat, kadar se rešujejo neživi primeri (vprašanja predhodne presoje ustavnosti).²⁷ Poleg drugih razlik, ki izhajajo iz različnih pristojnosti ustavnih sodnikov in zakonodajalcev in iz različne sestave in ureditev obeh ustanov, je po mojem mnenju bistvena razlika v naravi vprašanj, ki potrebo po argumentiranju povzročijo v enem in drugem primeru. Pri omenjenem zakonu o razmnoževanju ljudi s pomočjo, na primer, se je parlamentarna razprava, ki je potekala, ko se je zakon leta 1988 sprejemal (prav tako pa, ko se je leta 2006 sprejel nov zakon, ki prejšnjega spreminja), nagibala k vprašanju, kot so naslednja: katere cilje mora zakon zasledovati; ali so ti utemeljeni (z moralnega, političnega in tudi ustavnega vidika); katera predmetna (oziroma denarna) in osebna sredstva se morajo uporabiti, da se cilji dosežejo; kakšno ureditev mora imeti zakon, da je popoln in stanovitosten; kako morajo biti spisani njegovi člani. Ko se je veljava zakona spodbijala pred španskim ustavnim sodiščem, pa so bila vprašanja, o katerih se je sodišče moralo izreči (in glede katerih je moralo argumentirati), vendarle zelo drugačna: ali zakon posega v področje organskega zakona; ali dovolitev oplojevanja samskih žensk vpliva na bistvo ustanove družine itd. Povedano z drugimi besedami, vprašanja, ki jih je moralo razrešiti ustavno sodišče, so bila vprašanja razlaganja, katerih odgovor je odvisen od tega, kako je treba razumeti pravico do življenja ali ustavno sklicevanje na ustanovo družine. Res je tudi v parlamentarni razpravi (in v sredstvih obveščanja) prišlo do tega vprašanja, a drugače: ustavnost ali neustavnost zakona lahko pomeni omejitev, ne pa tudi razloga za obstoj tega zakona, tj. zakon v osnovi ni sprejet zato, ker njegova vsebina ne nasprotuje tistemu, kar določa ustava.

27 To velja tudi takrat, ko sodišča – še posebno, a ne zgolj, ustavna sodišča – pri reševanju teh primerov izdajajo t. i. »razlagalne odločbe«, tj. odločbe, v katerih se opozori, da je določen člen določenega zakona ustaven vedno, kadar se razlaga v določenem pomenu, ki ga sodišče naznači; ali pa ko izdajajo »normativne odločbe« (ali »spreminjajoče«) – dopolnjujoče ali nadomeščajoče –, tj. ko se sodišča »obnašajo kot zakonodajalci«, ko »neposredno spreminjajo red s ciljem uskladiti ga z ustavo«, kot pravi Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria del Diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, 258. Tako razlagalne kot »spreminjajoče« sodbje – ali odločbe – Guastini umešča med ustavno skladno razlaganje zakona, ki je, kot smo videli, ena od potez poustavljanja naših pravnih redov.

V vsakem primeru se dejavnost sodišč od dejavnosti zakonodajalca razlikuje iz več razlogov: poleg tega, da je sodniško polje prostega preudarka seveda manjše, kot je to pri zakonodajalcu (in da prvi delujejo samo na poziv strank), je odločitev sodnikov usmerjena (ali bi, da bi se lahko štela za legitimno, morala biti usmerjena) v preteklost (iskati mora ujemanje s pravnim redom, z ustavnimi načeli in vrednotami; to, kar upravičuje takšno vrsto odločb, sta ohranjanje zakona in dolžnost, da se zakoni razlagajo v skladu z ustavo), in ne v prihodnost, kot je to odločitev zakonodajalca – k dosegu določenih ciljev »zunaj« prava, zaradi česar so pri zakonodajalcu bistvena merila koristnosti, ustavna načela in vrednote (ujemanje) pa delujejo predvsem kot omejitve. Glej o tem Manuel Atienza, *Argumentación y Legislación*, v *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

Različna narava vprašanj, ki se postavljajo (v enem in drugem okolju), pripelje do tega, da so različni tudi vrsta odločitev, ki jih ta vprašanja zahtevajo, merila pravilnosti teh odločitev in obrazci ali oblike uporabljene argumentacije. Strnjeno povedano:

- a) Sodne odločbe so zaprte v tem smislu, da se od sodnika navadno zahteva samo to, da izbere med dvema možnostma (med obsodbo ali oprostitvijo; med ugotovitvijo ustavnosti ali neustavnosti itd.), usmerjene pa so k pridobitvi edinega pravega odgovora. Zakonodajalske odločitve so odprte, tako da skoraj nikoli ni mogoče reči, da je neki zakon z določeno obliko in vsebino edini možen: polje utemeljivih odločitev je, torej, v tem drugem primeru veliko bolj odprto, odvisno od vprašanj koristnosti.
- b) Merila pravilnosti sodnih odločitev so v osnovi pravu notranja: sodne odločitve se obračajo k pravni ureditvi in od tod odločilni pomen ujemanja. Pri zakonodajstvu se odločitve obračajo k družbeni ureditvi, ujemanje pa ima zato obrobno vlogo: je merilo pravilnosti, ki – lahko bi rekli – deluje v negativnem smislu, kot omejevalec.
- c) Sodno argumentiranje v osnovi sledi razvrstitvenemu ali podvzemajočemu obrazcu, samo izjemoma pa pri njem igrata kakšno vlogo tehtanje in prilagajanje, medtem ko pri zakonodajnem argumentiranju obrazci zadnjih dveh oblik prevladujejo.

Iz oblikovnega zornega kota argumentiranje rednih in ustavnih sodišč razločuje to, da pri drugih zaradi vloge, ki jo imajo v sodobnih ustavah načela, močno prevladuje tehtanje. To ne pomeni, da redni sodniki ne tehtajo, ampak pomeni, da morajo to na neki način početi zgolj, kadar se srečujejo z zapletenimi zadevami, ki jih ni mogoče rešiti, ne da bi se (izrecno) zatekli k ustavnim načelom, in v okoliščinah, v katerih se ustavno sodišče še ni imelo niti priložnosti izreči; kadar se je izreklo, pa ima redni sodnik na voljo že neko pravilo, tj. slediti mora tehtanju, ki ga je izvedlo ustavno sodišče. Poglejmo vse to nekoliko podrobneje.

Razlog, zaradi katerega je prišlo do razlikovanja treh glavnih oblik ali osnovnih ogrodij pravnih argumentov, izhaja iz obstoja treh oblik (predpisujočih) pravnih norm, ki lahko delujejo kot praktične premise (ali dejavni razlogi) nekega utemeljujočega sodnega argumenta: pravila ravnanja, pravila cilja in, končno, načela (ali načela v strogem pomenu ali smernice). V pravnih besedilih (in tako tudi v ustavah) so še druge oblike stavkov (take so ustanavljajoče norme in opredelitve), vendar te ne vsebujejo tovrstnih razlogov, tj. ne delujejo kot razlogi, ki nekoga pripravijo do tega, da na določen način ravna, ampak kot razlogi, ki »praktično držo« prevajajo v odločitev.²⁸ Ko rečemo, da utemeljuje

28 Eno od takšnih razporeditev razvija Atienza in Ruiz Manero 2004 (op. 18). Na ustavne stavke pa je to prenesel Juan Ruiz Manero, *Una tipología de las normas constitucionales*, v Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza in Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel (Biblioteca Jurídica Básica), 2007, 63–112.

sodniško argumentiranje načeloma lahko privzame podvzemajočo, prilagoditveno ali tehtalno obliko, je seveda tisto, kar izstopa, zgolj zadnji korak ali splošna oblika tega argumentiranja (temu se včasih reče »notranja utemeljitev«). Vendar se za to, da bi prišli do tega koraka, za utemeljitev premis (»zunanja utemeljitev«) uporablja več argumentov, ki se lahko razvrstijo zelo različno. V zvezi s tistimi, ki se nanašajo na normativno premiso, različne obstoječe razvrstitve vključujejo (poleg podvzemajočega silogizma) vsaj argumente *a simili*, *a contrario*, *a fortiori* (*a maiori ad minus* in *a minori ad maius*) in argument *ad absurdum*.²⁹ Razlaga »ponavljajočega se« značaja teh oblik argumentov je po mojem mnenju naslednja.

Če argumentiranje preišljamo v podatkovnem smislu, kot prehod podatka, vsebovanega v premisah, k podatku v zaključku, je treba razlikovati tri podatkovna stanja, v katerih so premise lahko podane:

- a) V premisah so že vsi nujni in zadostni podatki za to, da se pride do zaključka. Argumentirati tako pomeni na določen način podatek preurediti, izpeljati ga (podvzemajoči silogizem).
- b) V premisah je podatek, ki nam ne dopušča priti do zaključka. Argumentirati tako pomeni dodati podatek, ki nas bo pripeljal v zgornje stanje a).

To pa se lahko naredi:

1. z vključitvijo novega primera v prejšnji podatek (normo), tako da:
 - 1.1. se da podoben razlog (argument *a pari*);
 - 1.2. se da razlog, ki ima še večjo težo (argument *a fortiori*);
2. z izključitvijo novega primera iz prejšnjega podatka (norme) (argument *a contrario sensu*).
- c) V premisah je preveč podatkov ali pa so ti protislovni. Argumentirati tako pomeni neki podatek umakniti, zato da bi prišli v zgornje stanje a) (*reductio ad absurdum*).³⁰

Do podvzemajočega ali razvrstitvenega argumentiranja, torej, pride takrat, kadar je treba uporabiti neko pravilo ravnanja, tj. pravilo, ki ob obstoju določenih pogojev uporabe (zakonski dejanski stan) nalaga, da nekdo ne sme, da lah-

29 Eno od razvrstitev, ki so ji velikokrat sledili, je prispeval Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, čeprav ta ni zgrajena iz oblikovnega, logičnega vidika, ampak se v osnovi nanaša na vsebnostna in učinkovna vprašanja. Razlikuje med naslednjimi 15 oblikami »razlagalnih argumentov«: argumenta podobnosti in večje teže, popolnostni, ujemalni, psihološki in zgodovinski argument, argument brezumnosti nasprotnega, ciljni, ekonomičnostni, avtoritativni in ureditveni argument, argument naravnosti stvari, argument naravne pravičnosti in argument splošnih načel – ali *analogiae iuris*. Javier Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987, daje primere rabe prej naštetih oblik argumentov na španskem ustavnem sodišču.

30 Glej Atienza 2006 (op. 20), 162.

ko ali da mora izvršiti neko dejanje. Obrazec (ta se v logičnem oziru predstavlja v obliki *modus ponens*) bi bil naslednji:

Podzemalni
obrazec za
pravila ravnanja

1. Če je podana vrsta znakov *Z* (ti sestavljajo zakonski dejanski stan), potem je obvezno (prepovedano, dovoljeno) izvršiti dejanje *D*.
2. V tem primeru je vrsta znakov *Z* podana (tj. življenjski dejanski stan lahko podvzamemo k zakonskemu dejanskemu stanu).
3. Zatorej je dejanje *D* obvezno (prepovedano, dovoljeno) izvršiti.

Pri tem gre za najbolj običajno obliko sodnega argumentiranja, saj obrazec omogoča, da se stvari zelo poenostavijo, izrazito pa se zoži tudi prosti preudarek: bodoče posledice odločitev odmišlja in v postopkih, v katerih se uporablja, zagotavlja varnost. Vendarle pa so sodniki, čeprav izjemoma, lahko prisiljeni uporabiti tudi kakšno pravilo cilja (na primer tisto, ki pri razvezi določa, da je skrbništvo nad mladoletnimi otroki treba določiti v skladu z njihovimi koristmi). Argumentiranje takrat privzame obliko tega, kar sem poimenoval prilagajanje in kar se ponekod imenuje argument cilja ali, preprosto, praktično mišljenje. Njegov splošni obrazec bi bil tak:

Prilagoditveni
obrazec
za pravila cilja

1. V okoliščinah *O* je obvezno (oziroma utemeljeno) zasledovati dosego cilja *C*.
2. Če se bo izvršilo dejanje *D*, potem bo dosežen cilj *C*.
3. Dejanje *D* je bolj zaželeno od drugih dejanj (*D*₁, *D*₂ ... *D*_n), ki bi do cilja *C* prav tako pripeljala.
4. Zatorej je dejanje *D* obvezno (oziroma utemeljeno) izvršiti.

Temeljna razlika med obrazcema je v tem, da drugi že v predpostavki več prostora daje sodniškemu prostemu preudarku, preprosto zato, ker so pravila cilja (drugače kot pravila ravnanja) obrnjena v prihodnost in pomenijo bolj odprto obliko predpisovanja ravnanj, zato pa je tudi njihova uporaba manj predvidljiva.

Sodniki pa ne uporabljajo samo teh dveh argumentativnih obrazcev. Razlog za to je preprost: nimajo namreč vselej, kadar morajo za rešitev primera uporabiti pravo, na voljo pravila. Povedano drugače, sodniki, in posebno še ustavni sodniki, ne uporabljajo le pravil, ampak tudi načela. K načelom se morajo v osnovi zateči takrat, kadar pravilo, ki bi bilo v danih okoliščinah uporabno, ne obstaja, pa tudi takrat, kadar pravilo sicer obstaja, vendar ni združljivo z vrednotami in načeli ureditve; v teh zadnjih primerih bi bila uporaba pravila kot sklepnega in izključnega razloga zgrešena, saj se njegov usmerjevalni vidik loči od utemeljitvenega.

Vendar pa se načela pri reševanju primerov ne morejo uporabiti neposredno, saj ne dajejo dokončnih razlogov, ampak zgolj razloge *prima facie*, ki jih je treba soočiti z drugimi, izhajajočimi iz drugih načel ali drugih pravil. Uporaba načel zato predpostavlja delovanje v dveh korakih. V prvem koraku se načelo

(ali načela) pretvori(ijo) v pravila: to je tisto, kar resnično lahko imenujemo tehtanje. Zatem, v drugem koraku, pa se zdaj ustvarjeno pravilo uporabi po enem od prejšnjih obrazcev: tj. ali s podvzemajočim ali s ciljnim argumentom.

Glede na to, da so načela lahko bodisi načela v ožjem pomenu besede bodisi smernice, pa je treba govoriti tudi o dveh oblikah tehtanja.³¹ Eno je tehtanje (če želite, tehtanje v ožjem pomenu);³² to se v osnovi opravi med načeli v ožjem pomenu, tj. med normami ravnanja kot, na primer, med normo – načelom, ki prepoveduje napadati čast oseb in skupin in ki zagotavlja – dovoljuje – svobodo izražanja. Druga oblika tehtanja je tista med smernicami; s tem mislim na postopek udejanjanja, ki pripelje do vzpostavitve vrste sredstev (to so lahko pravila ravnanja ali pravila cilja ali pa preprosto stvarna sredstva, ki vzpostavljajo obveznost izvršiti določeno dejanje) iz neke smernice, kot je tista o pravici do uporabe dostojnega stanovanja, ki je vsebovana v 47. členu španske ustave.³³

Pri prvi obliki tehtanja se nadalje lahko razločita dva koraka. V prvem se ugotovi, da v določenem položaju (tega je treba razrešiti) obstajata načeli, vrednoti, ki vodita v nasprotujoče si smeri (pravica do časti, na primer, vodi k prepovedi določenih ravnanj; pravica do svobode izražanja vodi k njihovi dovolitvi) in ki potrebujeta neko vrsto prilagoditve, saj obema ni mogoče zadostiti hkrati. V drugem koraku se, glede na dane okoliščine, vzpostavi prednost enega takšnega načela ali vrednote nad drugim, za kar se dajo razlogi. Končno se izoblikuje neko pravilo (pravilo ravnanja), ki predpostavlja prevod te prednosti v deontičnem smislu in ki bo ustreznemu podvzemanju dalo osnovo (premislo). Tehtanje torej poteka ob vzpostavljanju neke razvrstitve, v kateri se oblikujejo zakonski dejanski stan in ustrezna pravila, ob spoštovanju določenih načel, kot so veseljnost, stanovitnost, ujemanje in primernost posledic. Če preučimo, na primer, zadostno število zadev, odločenih na španskem ustavnem sodišču, v tistih, v katerih si v nasprotje stopata pravica do časti in pravica do svobode izražanja, lahko vidimo, da se različna pravila oblikujejo glede na to, ali so po-

31 Tretjo možnost (tehtanje med načeli v strogem pomenu besede in smernicami) puščam ob strani, zato ker menim, da se na neki način lahko zvede na eno od teh dveh oblik; glej Atienza 2006 (op. 20), 170. O ustavnem tehtanju obstaja zelo veliko spisja; glej za vse Luis Prieto, *Neo-constitucionalismo y ponderación judicial*, v Carbonell 2003 (op. 2).

32 »V ožjem«, ker v širšem pomenu tehtanje zaobjame tudi drugo obliko (o tej bo govor v nadaljevanju), ki bi se lahko imenovala tudi »udejanjanje«. Kot bomo videli, je med tehtanjem v ožjem pomenu in udejanjanjem nekaj podobnosti in razlik, poudarjanje enih ali drugih pa je bolj odvisno od poučevalnih ali razlagalnih namenov kot pa od temeljnih vprašanj nauka o pravu.

33 Primer je zanimiv zato, ker kaže, da je pogojujoči stavek tako pri načelu v ožjem pomenu kot pri smernici odvisen od pravnih ureditev, tj. ima (sorazmerno) spremenljiv značaj. Pravica do dostojnega stanovanja, ki je v Španiji (in v skoraj vseh državah) vsebovana v smernici (postavljena je kot namera, cilj, ki naj se doseže), naj bi bila v Franciji (v skladu z zavezo, ki jo je sprejela francoska vlada decembra 2006) predpisana z normo ravnanja; to pa pomeni, da naj bi se spremenila v pravico, podobno pravici do izobrazbe ali pravici do zdravja.

dani ali niso podani določeni znaki: ali se posega v čast v strogem pomenu ali v zasebnost; ali gre za svobodo izražanja ali obveščanja; ali so ali niso vesti v javno korist itd.³⁴

Če odmislimo postopek argumentiranja in skušamo dojeti predvsem njegov izid, dobimo obrazec, ki je takle:

Obrazec tehtanja
za načela ravnanja

1. V življenjskem primeru *P* načelo *N1* in načelo *N2* – ti dve imata odprte pogoje uporabe – postavljata nasprotujoče si normativne zahteve (na primer dovoljeno *r* in prepovedano *r*).
2. V življenjskem primeru *P*, glede na okoliščine *O*, eno načelo prevlada nad drugim (na primer *N2* prevlada nad *N1*).
3. Zatorej je v tem primeru *P* in v danih okoliščinah *O* utemeljeno narekovati neko normo, ki vzpostavlja, da če je *z* (celota znakov, ki vključuje znake, izhajajoče iz okoliščin *O*), potem je prepovedano *r*.

Če tehtanja ne izvrši sodnik, ampak zakonodajalec (pravila zakonodajalca se lahko v dobršni meri štejejo kot izid tehtanj, ki jih je ta opravil), obrazec (ne sme pa se pozabiti, da tehtanje tu preučujemo samo z oblikovnega vidika) ne bi bil dosti drugačen: treba bi bilo preprosto izbrisati sklicevanja na življenjski primer; lahko bi rekli, da zakonodajalci tehtajo, vendar ne glede na življenjski primer, ampak na miselnega.³⁵

Seveda je največja težava pri zadnji premisi argumenta v prvem koraku, tj. pri vzpostavitvi prednosti enega načela pred drugim. Robert Alexy meni,³⁶ da je za vzpostavitev prednosti nujno treba imeti pred očmi tri prvine, ki, po njegovem mnenju, dajejo »ogrodje tehtanja« (rekli bi, da tehtanju dajejo »zunanjno utemeljitev«):³⁷ zakon tehtanja, utežni obrazec in breme argumentiranja.

34 Manuel Atienza, Justificar la Bioética. Bioética, Derecho y razón práctica, *Claves de Razón Práctica* (1996) 61.

35 Seveda tudi ustavna sodišča tehtajo *in abstracto*, kadar to, o čemer morajo odločiti, ni posamičen spor (kot je to v Španiji ob ustavni pritožbi, kastilj. *amparo*), ampak o ustavnosti ali neustavnosti zakonov; v povezavi s tem bi lahko rekli, da na primer francoski ustavni svet sodi – tehta – samo *in abstracto*. Vendar je v vsakem primeru tehtanje zakonodajalca vedno *bolj miselno* kot tisto, ki ga izvajajo ustavni sodniki; to, kar označuje polje tehtanja zadnjih, je, seveda, dejstvo, da se mora to omejiti na primerjavo med določeno normo (o njeni ustavnosti se razpravlja) in samo ustavo; sodba o teži izraža torej, da čeprav obstajajo v načelu razlogi (utemeljeni na vrednotah, načelih itd.), ki podpirajo ustavnost norme, in drugi razlogi v nasprotni smeri, prvi (v danih okoliščinah: stopnja, s katero norma vpliva na določene pravice, vrednost različnih vključenih načel itd.) prevladajo nad drugimi (norma pa je posledično ugotovljeno ustavna).

36 Robert Alexy, Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, *Revista española de Derecho constitucional* (2006) 66.

37 Alexy 2002 (op. 36); Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; in Gloria Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Zakon tehtanja pravi takole: »Kolikor večja je stopnja nezadovoljitve ali stopnja posega v eno od načel, toliko večji mora biti pomen zadovoljitve drugega.« Ta zakon se udejanja v utežnem obrazcu s tremi spremenljivkami. Te tri spremenljivke so: stopnja učinka življenjskega primera na načeli; pojmovna teža ali pomen teh načel (glede na pojmovanje v družbi prevladujočih vrednot) in gotovost izkustvenih ocen. Alexy poleg tega spremenljivkam prisodi določeno številčno vrednost, tako da bi iz utežnega obrazca (to je matematični obrazec)³⁸ lahko izvedli nekaj takega, kot je »izračun«,³⁹ ki lahko pripelje do zaključka, da je teža enega načela večja od teže drugega (da eno načelo prevlada nad drugim). Kadar ni tako oziroma kadar pride do izenačenja, v igro vstopijo pravila o bremenu argumentiranja: na primer, pravilo, ki vzpostavlja prednost v korist svobode ali (če se presoja primer mogoče neustavnosti nekega zakona) v korist zakona oziroma mišljenja, da je zakon ustaven.

Druga oblika tehtanja (ali udejanjanje), ki je bila zgoraj že omenjena, je zelo drugačna. Njeno izhodišče je nujnost udejanjanja nekega cilja, pri tem pa je treba upoštevati, da to ni mogoče, če se spregleda učinek na preostali del vrednih, s pravnim redom vzpostavljenih ciljev ali če se prekoračijo meje, določene z načeli v strogem pomenu. In medtem ko je prvo tehtanje značilno za sodnike (predvsem za ustavne sodnike, z naznačenimi spremembami pa tudi za zakonodajalce), to drugo tehtanje načeloma izpade iz pristojnosti sodnikov; to pomeni, da gre za ravnanje, ki predvideva zelo visoko stopnjo prostega preudarka in ki ga zaradi tega pravni redi zaupajo skoraj izključno zakonodajalcem in upravnim telesom; to, kar sodniki (vključno z ustavnimi sodniki) počnejo glede tega, je nadzor, da se je tehtanje izvedlo na pravilen način, vendar to ne pomeni ravno tehtanja, ampak preizkus, da se niso prekoračile omejitve, ki jih postavljajo pravila in načela v strogem pomenu. Obrazec bi bil lahko naslednji:

Obrazec tehtanja
za smernice

1. Smernica *S* – njeni pogoji uporabe so odprti – vzpostavlja obveznost doseči cilj *C*.
2. Če se dosežejo cilji *C'1*, *C'2* ... *C'n*, potem se bo dosegel cilj *C*.
3. Če se vzpostavijo norme *N1*, *N2* ... *Nn*, potem se bodo dosegli cilji *C'1*, *C'2* ... *C'n*.
4. Če se vzpostavijo norme *N1*, *N2* ... *Nn*, potem drugi cilji (drugačni od *C*) ali vrednote pravnega reda niso bistveno prizadeti.
5. Zatorej je utemeljeno vzpostaviti norme *N1*, *N2* ... *Nn*.

38 Če oznake spremenimo, da bi bile za slovenskega bralca bolj pomenljive, se obrazec oblikuje takole:

$$T_{i,j} = \frac{U_i \times P_i \times G_i}{U_j \times P_j \times G_j}$$

Spremenljivke v obrazcu beri takole: *T* je teža, *U* je učinek življenjskega primera na načelo, *P* je pojmovna teža ali pomen načela, *G* pa je gotovost izkustvenih ocen.

39 Uporaba matematičnih izrazov je precej bolj – to priznava Alexy – prispodobna, po mojem mnenju pa daje tudi napačno sliko.

Pri tem drugi korak tehtanja (navadno ga opravi drugo telo, kot je izvršilo prvega) lahko privzame obliko podvzemanja (če je to, kar se je utemeljilo, izrek nekega pravila ravnanja) ali ciljnega argumenta (če je to, kar se je utemeljilo, pravilo cilja), lahko pa drugega koraka sploh ni (če pri tem, kar se v prvem koraku utemeljuje, ne gre za nekaj, kar bi se uporabilo, ampak preprosto za nekaj, kar se izpolni ali ne, kot je to z izrekom sodbe).

4.2

V prejšnjem razdelku sem začel s trditvijo, da so težave (tj. težave argumentiranja), ki jih mora neko ustavno sodišče razrešiti, predvsem težave razlaganja, potem pa sem označil – z oblikovnega vidika – argumentativno delo teh sodišč (drugače kot delo rednih sodišč) z izjemno vlogo, ki jo pri tem igrajo obrazci tehtanja. S tem je predpostavljeno najmanj to, da si razlaganje in tehtanje nista nasprotna pojma; kot to na drugi strani nista niti razlaganje in podvzemanje (kadar pomen katerega od izrazov v normi ni jasen, ga je nujno treba razlagati, zato da bi potem opravili podvzemanje) niti tehtanje in podvzemanje (navadno – kot vidimo – so to zaporedni koraki istega postopka: tehta se, da se dobi pravilo, h kateremu se primer podvzame). A kako sta med sabo razlaganje in tehtanje povezana? V kakšnem smislu sta združljiva? Je razlaganje zgolj ena vrsta ali en trenutek tehtanja? Gre za dejavnosti, ki sta resnično različni?

Na ta vprašanja je težko odgovoriti, težava pa izvira iz tega, da se v nauku o pravi razlaganje dozdevno dojema na dva v osnovi različna načina.

Eden od teh (nanj močno vpliva hermenevtična filozofija) je tisti, ki se primeroma lahko spozna v delu Ronalda Dworkina, ki, kot je znano, pravo dojema kot razlaganje oziroma kot razlagalno prakso; tehtanje med načeli pa zaradi tega ne bi moglo biti kaj več kot en trenutek, en korak pri razlaganju.

Dworkinovo pojmovanje prava⁴⁰ se osredotoča na zapletene zadeve, v katerih se je treba zateči k ustavnim načelom in vrednotam. Po njegovem mnenju pri vprašanjih o tem, kaj je to, kar pravo vzpostavlja (ta vprašanja so drugačna od težav dokazovanja ali strogo moralnih težav), lahko pride do neke vrste »miselnih nesporazumov« glede »temeljev prava«, ki kot resnične vzpostavljajo določene »izjave o pravu«, kot je na primer tale: »Po španskem pravu temeljne pravice do življenja nimajo zarodki, ampak rojeni ljudje.« Te izjave ne opisujejo nobene poprej obstoječe stvarnosti, niti niso izraz želja ali opis stvarnih resnic; te izjave niso plod (ali navadno to niso) razrešitve težave, ki izhaja iz pomenske nedoločnosti ali iz čisto moralnega vprašanja, ampak so izid izvršitve razlagalnega delovanja. Iz tega torej izhaja, da je pravo samo – vsaj v teh zapletenih zadevah – prav razlaganje, tj. da se z razlaganjem poraja. Pravo pomeni neko družbeno prakso, razlaganje pa se ne more izvršiti po zgledu pogovora ali iskanja namena, ampak po zgle-

40 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard, Harvard University Press, 1985, in *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986.

du graditve: razlagati predpostavlja prizadevati si za predstavitev obravnavanega predmeta ali prakse kot najboljšega možnega primera rodu, ki mu obravnavani predmet ali praksa pripadata. Razlaganje družbenih praks (in s tem prava) zahteva ali predpostavlja naslednje:

Prvič, neko določeno razlagalno držo. Da bi se ta drža lahko privzela, se zahteva prisotnost dveh pogojev. Eden je ta, da praksa kot taka obstaja in ima smisel; pri pravu bi se to lahko prevedlo v obstoj ne le pravil, ampak tudi namenov in vrednot (načel), ki prakso osmišljajo. Drugi pogoj je to, da je tisto, kar praksa zahteva ali utemeljuje, za njen smisel dovzetno, tj. da imajo vrednote prednost pred pravili in da, do določene mere, pripomorejo k njihovi prilagoditvi.

Drugič, izvršitev nekega razlagalnega delovanja, v katerem se lahko razločijo tri razdobja. V predrazlagalnem razdobju (to Dworkina ne zanima dosti) naj bi šlo v osnovi za prepoznavo prakse – pravil – in za njeno opredelitev kot pripadajočo nekemu določenemu rodu. V razlagalnem razdobju se pokaže, katere vrednote in cilje ta praksa ima: možno je, da se tu pojavijo različni nauki, ki se tej praksi prilegajo; v pravu gre za vrednote in cilje, ki omogočajo pojasnitev pravne stvarine, pravil. Končno bi bilo treba v porazlagalnem ali preoblikovalnem razdobju pogledati, kaj je tisto, kar praksa potrebuje za to, da bi ji kar najbolj uspelo uresničiti načela: ta imajo sposobnost preoblikovati pravila, a samo do določene mere (razlaganje neke prakse ne pomeni njenega izuma).

Tretjič, pozornost razlagalca, da njegovo razlaganje predstavi obravnavani predmet kot najboljši možni primer prakse, tj. da razlaganje preprečuje dvom. Kot vemo, Dworkin trdi, da za vsak primer obstaja vedno – ali skoraj vedno – ena in edina pravilna rešitev, zato ker imamo vedno en osnovni nauk moralnega ali političnega značaja (izmed tistih, ki se prilegajo pravni stvarini), ki je najboljši, najtemeljitejši.

Drugi način pristopa k razlaganju (brez veliko pojasnil bi ga lahko imenovali razčlenjevalnega) se zdi, načeloma, zelo drugačen. Razlagati pomeni pripisovati, predlagati ali ustvariti pomen nekega besedila. Razlagalno težavo imamo, kadar je ta pomen negotov, tj. kadar se lahko istemu izrazu ali istemu stavku neke norme ali nekega določila pripiše, načeloma, več kot en pomen. Na primeru, ki smo ga videli zgoraj, je mogoče razumeti, da izraz »vsi« iz 15. člena španske ustave zaobjema »vsa živa človeška bitja, vključno z zarodkom od trenutka spočetja« ali pa samo »vse rojene ljudi«. Razrešitev težave pomeni prehod od razlaganega izraza do razlagalnega izraza, za to pa je treba navesti argumente v prid eni ali drugi od zgornjih dveh možnosti. Ti argumenti imajo različne logične zgradbe (*a simili*, *a contrario* itd.) in se naslanjajo na različna razlagalna merila (kanone ali pravila), ki se lahko razvrstijo na pet velikih skupin, saj je tisto, kar porodi razlagalni dvom, eden od naslednjih petih vzrokov (ali neki njihov sestav): v besedilu se je uporabil neki nedoločni izraz (jezikovna merila); ni jasno, v kakšnem odnosu je to besedilo z drugimi, že obstoječimi besedili (merila urejenosti); ni jasno, kakšen je doseg avtorjevega namena (merila namena); vprašljiv

je odnos med besedilom in cilji, ki jim mora besedilo služiti (merila cilja); nezanesljivo je, kako se mora besedilo razumeti, da bi bilo združljivo z vrednotami ureditve (vrednotna merila). Vendar se ključ za rešitev neke razlagalne težave ne najde preprosto v teh merilih, ampak v merilih druge stopnje, ki določajo, katera merila in ob katerih priložnostih prevladajo nad drugimi (glede na to, da uporaba enega ali drugega razlagalnega pravila pogosto lahko pripelje do nasprotnih si izidov), to pa nadalje zahteva uporabo določenega nauka o razlaganju (formalističnega, realističnega, subjektivističnega, objektivističnega itd.) in, v bistvu, določenega nauka o pravu.

Tako na koncu koncev ta druga oblika gledanja na razlaganje niti ni tako drugačna od tiste, ki jo nasvetuje Dworkin, če se preučitev argumentiranja, ki izhaja iz neke razlagalne težave, izpelje do konca (do končnih premis) in se privzame neki nauk o razlaganju (in o pravu), ki ni formalističen, objektivističen in ne skeptičen. Rešitev razlagalnih težav je torej odvisna od tega, kako se razume pojav ustavnštva, o katerem sem govoril v enem od prejšnjih razdelkov. Zato ne preseneča, da se Dworkin in drugi avtorji, ki se v strogem pomenu lahko imenujejo »ustavniški«, v osnovi strinjajo s končnimi merili za razlaganje ustave in celotnega pravnega reda. Tako soglašajo prav v zamisli, da se mora vsa pravna tvarina razlagati skladno z ustavo, kar je očitna posledica njenega prvenstva. Soglašajo tudi pri dajanju prednosti razlaganjem, ki vodijo k največjemu možnemu razvoju temeljnih vrednot in pravic. Pri prepričanju, da jezikovna in učinkovna merila ter merila urejenosti (to Dworkin poimenuje angl. *fitness* – prileganje) tvorijo v osnovi neko mejo, ne pa cilja razlaganja. Soglašajo pri obrambi neke različice nauka o »prizanesljivosti do zakonodajalca« in o domnevni ustavnosti zakonov. Končno se strinjajo tudi pri zatrjevanju prednosti vrednotne prvine prava nad oblastveno prvino, pri tem pa vendar ne izgubijo izpred oči, da je pravo (drugače kot morala) nujno oblastven pojav in da mora imeti ta prvina tem večjo težo, kolikor bolj se spuščamo po stopenjskem sodniškem redu: zaradi tega, med drugim, razlaganje ustavnih sodišč ne more biti povsem enako razlaganju drugih sodnikov.⁴¹

41 Vse to se lahko izrazi tudi tako, kot je to nedavno storil Joseph Aguiló, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima-Bogota, Paestra-Temis, 2004, z opozorilom, da se v sodobnem ustavnštvu lahko razločijo štiri dvojice nasprotnih si pojmovanj ustave: »mehansko« pojmovanje nasproti »normativnemu«, »postopkovno« pojmovanje nasproti »vsebinskemu«, »politično« pojmovanje nasproti »pravnemu« in pojmovanje ustave kot »vira pravnih virov« nasproti pojmovanju ustave kot »pravnega vira«; v resnici gre za spor, ki ni spor o lastnostih, ki označujejo neko ustavo, ampak o tem, katere lastnosti prevladujejo; v resnici se vsa ta nasprotja skrijejo na eno temeljno, glede na to, ali se poudarek daje »ustanovni« razsežnosti (tj. v prvem delu vsake od nasprotnih dvojic pojmovanj) ali »predpisujoči« razsežnosti (v drugem delu vsake dvojice); najprimernejše pojmovanje je prav to, drugo, tj. tisto, ki poudarja normativni, vsebinski, pravni značaj in značaj ustave kot pravnega vira; in da se razlika med obojimi pojmovanji razkrije v zarisu ustavne ureditve in v trenutku rešitve primerov ustavne nedoločnosti (zapletenih zadev).

A vrnimo se k vprašanju povezave med razlaganjem in tehtanjem. Ker se v ubeseditvi načel pojavljajo pomensko odprti, nedoločni izrazi (»dostojanstvo«, »čast«, »svoboda«, »enakost«, »nečloveško ali ponižujoče ravnanje« itd.), njihova uporaba seveda zahteva razlagalni napor. In če se sprejme pojmovanje tehtanja, kakršno je Alexyjevo, ni dvoma, da morajo biti izrazi, kot so »pojmovna teža«, »močan učinek« itd., nujno razlagani. Pravimo, da tehtanje sledi obrazcu, da je dejavnost, ki vključuje različne razlagalne korake: brez razlaganja ni mogoče tehtati. Pa je mogoče razlagati, ne da bi tehtali? Da in ne.

Po eni strani se dejansko zdi, da pri razlaganju ustave (in zakonov) obstajajo takšne težave, ki ne zahtevajo tehtanja, ampak samo uporabo enega razlagalnega pravila. Špansko ustavno sodišče je, na primer, razumelo (v že tolikokrat omenjeni odločbi), da bi se »vsi imajo pravico do življenja« moralo razlagati v pomenu »vsi rojeni«, pri tem pa se je v osnovi oprlo na svojo lastno poprejšnjo sodbo; in da bi potrdilo, da se mora izraz »življenja nezmožne zarodne celice«, ki ga uporablja ZRLP, razlagati v pomenu, ki vključuje tudi odvečne zarodne celice, nastale v postopku oplojevanja in katerih usoda je uničenje, bi zadoščalo navesti razlagalno pravilo, ki bi dalo prednost ciljnim in vrednotnim merilom pred tistimi, utemeljenimi na povsem dobesednem pomenu izrazov, oziroma tistim razlogom, ki besedilo podpirajo, in ne dobesednemu zapisu. Vendar pa je, po drugi strani, če na našete težave lahko gledamo na ta način, tako v resnici zato, ker je bilo tehtanje izvedeno drugje: ustavno sodišče samo ga je izvedlo v poprejšnji sodbi (v njej je – glede splava – pod določenimi pogoji dalo prednost svobodni odločitvi ženske pred vrednoto, ki jo pomeni – v svojih prvih obdobjih razvoja – razvijajoče se človeško življenje); ali pa ga je izvedel zakonodajalec (ta je dal v tem primeru prednost koristim biomedicinskega raziskovanja in svobodi pri uporabi tehnik oplojevanja človeka s pomočjo pred vrednoto življenja zarodnih celic). Razlika med temi primeri in tistimi, v katerih se dejansko uporablja obrazec tehtanja, je, zaradi tega, negotova, tj. odvisna je od tega, ali se je tehtanje že izvedlo in ali obstaja razlog, da bi se zdaj izvedlo drugače. Ni pa odvisna od tega, ali ustavno sodišče obravnava življenjski primer (ali, na primer, neka upravna ali sodna odločba pomeni kršitev neke temeljne pravice določenega posameznika) ali kak miselni primer (ali je neki vidik nekega zakona ustaven ali ne).

Tako se torej zdi, da ustavno argumentiranje, toliko, kolikor gre za argumentiranje, ki izhaja od načel, vedno tako ali drugače predpostavlja neko tehtanje (ali izvedbo tehtanja ali sprejetje nekega prej izvedenega tehtanja). Težava (temeljna težava ustavnega argumentiranja) je torej v tem, kako različnim razlogom določiti težo. Očitno je, da ni nobenega obrazca, ki bi se brez pomisleka lahko uporabil v vsakem od obravnavanih primerov (razen če gre za kak prazen obrazec, tj. enostaven logični vzorec). Pa bi med številnimi razlogi, ki so v postopkih utemeljevanja prisotni, kazalo uveljaviti vsaj kakšen red?

Od Roberta Summersa naprej⁴² se običajno razlikujeta dve veliki skupini utemeljitvenih razlogov: oblikovni ali oblastveni (ti se sklicujejo na oblast zakonodajalca, poprejšnje sodbe itd.) in vsebinski razlogi, ki svojo moč izvajajo iz pomislekov moralnega, ekonomskega, političnega itd. značaja; slednji so lahko ciljni (so opora neki odločitvi, ki bo pripomogla k vrednemu cilju) ali pravilnostni (svojo utemeljitveno moč izvajajo iz uporabe neke veljavne družbenomoralne norme). Načela imajo določeno oblastveno sestavino, vendar se v svojem bistvu pojavljajo kot vsebinski razlogi ali, če uporabimo enakovredno izrazje, od vsebine odvisni razlogi.⁴³ Načela v strogem pomenu dajejo pravilnostne razloge, smernice pa ciljne razloge. V skladu s tem, kako delujejo naše pravne ureditve (v ustavnih državah), lahko rečemo, da imajo vsebinski razlogi določeno prednost pred oblastvenimi razlogi, med vsebinskimi pa imajo pravilnostni prednost pred ciljnimi, pri tem pa ni videti možnosti, da bi bilo mogoče med njimi vzpostaviti strog red: pravilnostni razlogi so v določenih, izjemnih okoliščinah lahko preklicani s ciljnimi razlogi; in eni in drugi (oboje vsebinski razlogi) so lahko preklicani z ustanovnimi razlogi, tj. z razlogi, katerih moč je odvisna od nujnosti ohraniti pravni red ali eno od njegovih ustanov (delitev oblasti, na primer, in prizanesljivost do zakonodajalca utemeljujeta, da ustavni sodnik ne more – ali pa to lahko naredi zelo omejeno – spreminjati zakonodajne norme, da bi jo naredil bolj pravično, bolj skladno s pravilnostnimi in ciljnimi razlogi, ki so v primeru uporabni).

Ustanovni značaj pravnega sklepanja označuje predvsem eno pomembno razliko z moralnim argumentiranjem, za katero se zdi, da je urejeno predvsem ali pa zgolj z vsebinskimi razlogi. Na podlagi tega je mogoče govoriti o sorazmerni samostojnosti, ne pa o neodvisnosti pravnega sklepanja od moralnega. V resnici je pravno sklepanje – in seveda sklepanje ustavnih sodišč – podrejeno moralnemu sklepanju, vendar to ne pomeni, da je prvo vrstni primer drugega (to ni, ker v pravnem argumentiranju – vsaj v nekaterih njegovih primerih – ne kraljujejo vse norme razumnega praktičnega argumentiranja). Prej bi bilo treba reči, da vsaka pravna utemeljitev konec koncev predpostavlja neko moralno utemeljitev.⁴⁴ Ustanovne omejitve prava so nujni pogoji (kdaj to so: kadar so utemeljene) za to, da lahko obstaja dragocena pravna praksa. Carlos Nino to izrazi takole: utemeljitveno pravno sklepanje (na primer takega sodnika) poteka v dveh razdobjih ali v dveh korakih. V prvem razdobju, to ima bolj osnovni značaj, se morajo izraziti razlogi, ki legitimirajo družbeno prakso (pravo je, za Nina, neka družbena praksa, neko skupno delovanje), utemeljeno na ustavi; legitimiranje je odvisno od tega, ali je ta ustava izraz demokratičnega soglasja,

42 Robert S. Summers, Two Types of Substantive Reasoning: The Core of a Theory of Common Law Justification, *Cornell Law Review* (1978) 63.

43 Ponovno napotujem na Atienza in Ruiz Manero 2004 (op. 18) ter Ruiz Manero 2007 (op. 28).

44 Za več podrobnosti o tej točki glej Atienza 2006 (op. 20), 242 in nasl.

ki, nadalje, izhaja iz kolikor je mogoče odprte in svobodne razprave; od tega, ali ustava zadostno priznava temeljne pravice; in od tega, ali za to ustavo ni nobenega resničnega nadomestila, ki bi omogočalo uveljaviti kako bolj legitimno prakso. V drugem koraku je sklepanje omejeno s tistim iz prvega koraka, saj zdaj za utemeljitev dejanj in odločitev (prvo se nanaša na ustanove) »ostajajo izključeni utemeljitveni razlogi, ki so z ohranjanjem ustave (...) nezdružljivi. Neko načelo, ki ima brezhibna priporočila z vidika veljavnostnih meril, ki so vsebovana v našem moralnem razpravljanju, je vendar lahko izločeno ali izključeno, če je to nujno za ohranitev pravnomočnosti ustave.«⁴⁵

4.3

Če povzamemo to, kar sem pokazal v prejšnjih razdelkih, bi lahko rekli naslednje: ustavno argumentiranje je, če ga preučujemo s sodniškega vidika, tisto, ki je usmerjeno k utemeljitvi postopkov razlaganja, uporabe in razvijanja ustave. V izhodišču, na mestu premis argumentov, imamo stavke, ki izražajo načela, osnovni obrazec pa je tehtanje, vendar to ne izključuje – omejene – uporabe obrazcev prilagajanja in, seveda, razvrščanja. Temeljna značilnost načel je, da so ubesedena v odprti in nedoločni obliki, da so si pogosto v nasprotju, v vsakem primeru pa je navadno uporabno več kot eno. To pomeni, da ravnanje z njimi pomeni ne samo razlagalne težave v strogem pomenu, ampak tudi težave tehtanja, določitve teže vsakega od njih v razmerju z drugimi in glede na dane okoliščine. Nobenega načina ni, ki bi izid tehtanja omogočal določiti vnaprej, obstajajo pa merila, ki se pri tem uporabijo kot omejitve in vodilo. Pri tem bi lahko razlikovali med merili, značilnimi za vsako praktično argumentiranje, ki ima utemeljitveni značaj (vesoljnost, stanovitnost, ujemanje, primernost posledic), in drugimi, povezanimi z nekim določenim pojmovanjem ustave in prava v ustavni državi. Razlika med argumentiranjem, ki ga izvajajo ustavna sodišča, in tistim, ki ga izvajajo redna sodišča, ne more biti kakovostna, saj je ena od značilnosti ustavnštva to, da ustava prežema ves pravni red. Kateri koli sodniški argument, ki ima utemeljitveni značaj, se konec koncev naslanja na ustavne premise (norme in vrednote). To je v enostavnih zadevah lahko neizraženo (v njih imamo neko posamezno normo, neko pravilo, uporabno v vsakem primeru), a le zato, ker ob neizpodbijanju pravila ni nujno, da argumentiranje pride do najglobljih utemeljitvenih ravni. Imajo pa pravila, kot vemo, svojo utemeljitev v načelih, (izrecno) sklicevanje nanje pa postane nujno, ko se pojavijo zapletene zadeve, tj. primeri, v katerih uporabnega pravila bodisi ni ali pa jih je več, pa si med sabo nasprotujejo, ali pa je samo eno, vendar gre njegova predpisujoča vsebina, glede na utemeljitev, ki mu daje podlago, onkraj ali pa ne dovolj daleč, tj. ko obstaja neko neravnotežje med usmeritvenim in vrednotnim vidikom. Tudi če pogledamo na oblikovne in vsebinske prvine argumentiranja,

45 Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, 71.

ni – ne more biti – velikih razlik v načinu utemeljevanja odločitev v zapletenih zadevah pri rednih ali ustavnih sodiščih. Razločki imajo precej več opraviti z vprašanji ustanovnega značaja (to se pozna v učinkovni razsežnosti argumentiranja), kot sta pristojnost (ustavna sodišča so lahko edina pristojna odločati o določenih vprašanjih) in oblast (ustavna sodišča, ki so končni razlagalci ustave, so seveda zadnja točka v verigi oblasti: njihove odločitve in razlogi, ki jih ponujajo, so lahko zgrešeni – pravno napačni – vendar imajo obvezujočo moč; njihov pomen je zato seveda večji, kot je pomen odločitev drugih sodišč).

Kar zadeva argumentiranje zakonodajalske vrste, pri njem podvzemanje ne igra nobene vloge, saj pri tem pravzaprav ne gre za uporabo ustave, ampak za njeno razlaganje in razvijanje (v tem primeru zakonodajalec tehta v zgoraj naznačenem smislu) ter predvsem za dosego ciljev, za ustavno skladen razvoj politik; zakonodajalsko argumentiranje se zato v osnovi ravna po argumentiranju v obliki sredstvo – cilj; končni cilji, če hočete, so cilji, določeni z ustavo, v zvezi s posrednimi cilji (na te se zakonodajalsko argumentiranje osredotoča) pa ustava igra zgolj vlogo označevanja meja. Merila, ki določajo, kaj je v zakonodajnem okolju dober razlog, niso povsem enaka kot pri sodniškem utemeljevanju, kljub temu pa med merili razlaganja in merili proizvodnje zakonov obstaja opazna podobnost: argumenti za utemeljitev vsebine nekega zakona se sklicujejo na njegovo jasnost, urejenost, zmožnost učinkovanja, dejansko učinkovitost, vrednotno prilagojenost in smotrnost (oziroma na izpolnitev teh meril v razumni meri).⁴⁶ Največja razlika med ustavnim argumentiranjem, ki ga izvajajo sodišča in zakonodajalci, je povezana tudi z učinkovno razsežnostjo: kateri so argumentacijski igralci, kakšna je njihova ustanovna vloga; v kakšnih okoliščinah delujejo, katera pravila urejajo njihovo argumentativno ravnanje in kakšne učinke argumentiranje proizvaja. Povezana je s tem, kdo, kako in zakaj argumentira.

V povezavi s kdo pomeni, kot je znano, dejstvo, da so sodniki – posebno pa ustavni sodniki – končni razlagalci ustave in da imajo moč presojaati ustavnost zakonov, težavo, ker se zdi, da to nasprotuje občemu razumevanju ljudske suverenosti in demokracije. Legitimnost sodnikov, vključno z ustavnimi sodniki, ni demokratične narave; ustavne sodnike izvolijo v političnih telesih, vendar bi težko rekli, da predstavljajo ljudsko voljo, ko pa njihov mandat tudi časovno ni usklajen z mandatom telesa (naj bo to parlamentarno ali ne), ki jih je zato, da bi opravljali te naloge, izvolil. Napetost se seveda kopiči, ko ustavne meje zakonodajne oblasti – kot je to v ustavni državi – niso zgolj oblikovne in postopkovne, ampak so tudi vsebinske, porajajo pa se ne v obliki posebnih in sorazmerno zaprtih pravil, ampak v nedoločni in odprti obliki načel. Kako torej utemeljiti to protivečinsko sodniško oblast?

Kot je znano, je to ena od osrednjih težav sodobnega ustavnštva, saj zamišlel o demokraciji postavlja v nasprotje s tisto o pravicah, med pravoslovci pa

⁴⁶ Atienza 2004 (op. 27).

povzroča pomembno delitev na privrženca poudarjanja ene ali druge prvine, od katerih sta v pojmu pravne države prisotni seveda obe.⁴⁷ Če bi močno poenostavili stvari, se mi zdi, da bi lahko rekli, da se prvi nagibajo k dvomu glede vloge, ki jo praktični um lahko igra pri argumentativni rabi načel; nagibajo se k temu, da bi težavo izrazili s političnimi pojmi v smislu, kdo ima zadnjo besedo, kdo odloča. Odločajo se za prevlado zakonodajalca nad sodnikom, za vladavino zakonov nad vladavino ljudi (ta naj bi, po njihovem mnenju, pomenila, da se sodnikom priznava moč razlaganja ustavnih načel in ugotavljanja neustavnosti zakonov). Drugi, nasprotno, zagovarjajo – ali bi morali zagovarjati – nauk o praktičnem umu; nagibajo se k temu, da bi težavo izrazili v precej bolj moralnih pojmi (ali vsaj ne v izključno političnih pojmi). Kot razumejo, pravice postavljajo demokraciji meje, (protivečinska) sodniška oblast pa se legitimira s tem, da je njeno izvrševanje namenjeno varovanju pravic.

Obstajajo nekatere poteze ustavnega argumentiranja, ki ga opravljajo sodniki, ki se prav s prej povedanim povezujejo in ki po svoje poudarjajo isto napetost, o kateri smo ravno govorili. Na eni strani se zdi, da bi način preseganja tega primanjkljaja demokratične, izvirne legitimnosti morala pomeniti neka strožja zahteva glede izvrševanja oblasti; lahko, da je zaradi tega mogoče upati, da utemeljitveno razpravljanje, ki ga obrazložitev sodnih odločitev – posebno tistih z ustavnih sodišč – vsebuje, sledi liku razumnega pogovora. Vendar pa po drugi strani to argumentiranje ne bi moglo biti vodeno izključno z mislijo o pravilnosti, tj. ne gre za čisto filozofski pogovor, ampak za pogovor, ki je povezan z nujnostjo doseči določene stvarne cilje in katerega naslovnik morda ni ravno »vesoljno občinstvo«. ⁴⁸ To navaja na misel, da v ustavnem argumentiranju obstajajo tako pogovorne kot govorniške prvine, ki jih je vredno upoštevati.

Drugače od tega, kar se zgodi pri argumentiranju, ki se izvaja v trenutku sprejemanja zakonov, ko so močno prisotne pogovorne prvine, je to, kar je pri sodnem argumentiranju »opazno«, ne dejavnost argumentiranja, ampak njen proizvod, besedilo sodbe; po splošnem pravilu je posvetovanje znotraj sodišča – vključno z ustavnim sodiščem – tajno, čeprav obstajajo tudi izjeme od tega pravila.⁴⁹ Vendar se lahko v vsakem primeru pogovorne prvine razprave kažejo prek dveh pomembnih ustanov. Ena je navzkrižnostni postopek, ki mu, posebej na področju varovanja temeljnih pravic, sledijo tudi ustavna sodišča. Sodniki imajo tako možnost poznati argumente za določeno trditev in proti njej, argumente, ki jih poudarjajo stranke (čeprav »stranke« velikokrat niso posamezniki, ampak telesa javne oblasti). Običajno je, da pri pisanju sodb ostanejo »sledijo«

47 Salazar 2006 (op. 1).

48 Chaïm Perelman in Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Pariz, PUF, 1958.

49 Mislim na mehiško vrhovno sodišče (njegove naloge vsaj deloma ustrezajo nalogam ustavnega sodišča evropskega lika): posvetovanje poteka javno, razprave pa se prenašajo tudi po televiziji.

tega pogovarjanja, recimo, ki predhaja sodniško preudarjanje. Druga ustanova je ločeno mnenje (odklonilno ali pritrdilno), ki omogoča tudi to, da se v besedilu sodbe izraža nekaj tega pogovarjanja, ki se je odvijalo med posvetovanjem znotraj sodišča; ni treba poudarjati, da je možnost pojavljanja argumentov ene in druge strani, večine in ene ali več manjšin posebnega pomena za najbolj sporne zadeve, v katerih razdelitev sodišča brez dvoma odseva tisto delitev, ki obstaja v družbi, v različnih delih družbe.

Neodvisno od večje ali manjše vidnosti teh pogovornih vidikov je vprašanje, ki se neizogibno postavlja – kot sem rekel prej –, vprašanje, ali argumentiranje sodišč (ustavnih sodišč) izpolnjuje ali ne – ali do katere mere – pravila, ki oznamujejo razumno razpravljanje ali pogovor. Pogovorno pojmovanje argumentiranja, kot je bilo že rečeno, argumentiranje pojmuje kot dejavnost, kot postopanje, v katerem udeleženci izvršujejo govorna dejanja, s tem da izpolnjujejo določena pravila, ki se glede na vrsto pogovora spreminjajo: oziroma niso ista pravila tista, ki urejajo razpravo v osebni sporu, v pogajanju ... ali v razumnem pogovoru.⁵⁰ Obstajajo različni načini oznamovanja te vrste medsebojnega vplivanja, ki se v bistvenem ujemajo. Alexy,⁵¹ na primer, sledeč Habermasu, oblikuje vrsto pravil razumnega argumentiranja, od katerih so najpomembnejša tista, ki jih imenuje »temeljna pravila« in »pravila razuma«.⁵² Tudi v pogovorno učinkovnem pojmovanju argumentiranja po Fransu van Eemeren in Robertu Grootendorstu⁵³ se tistim, ki si prizadevajo svoje mnenjske razlike razrešiti s tovrstnim argumentiranjem, predlaga neki zakonik ravnanja, ki ima obliko dese-

50 Douglas Walton, *Informal Logic. A Handbook for Critical Argumentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, in Adelino Cattari, *Los usos de la retórica*, Madrid, Alianza, 2003.

51 Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation*, Frankfurt na Maini, Surkamp, 1978.

52 Temeljna pravila:

- 1.1 Noben govornik ne sme zapasti v protislovje.
- 1.2 Vsak govornik lahko zatrjuje samo tisto, v kar sam verjame.
- 1.3 Vsak govornik, ki povedek *F* uporablja na predmetu *p*, mora biti pripravljen *F* uporabiti tudi na kateremkoli drugem predmetu, ki je v vseh pomembnih vidikih *p*-ju enak.
- 1.3' Vsak govornik lahko zatrjuje samo tiste vrednostne sodbe, ki bi jih sam zatrjeval v vseh primerih, za katere trdi, da so si v vseh pomembnih vidikih enaki.
- 1.4 Različni govorniki ne morejo uporabljati istega izraza z različnimi pomeni.

Pravila razuma:

- 2 Vsak govornik mora, ko se to od njega zahteva, utemeljiti to, kar zatrjuje, sicer je trditev ovržena.
 - 2.1 Kdor lahko govori, lahko sodeluje v razpravi.
 - 2.2.a) Vsakdo lahko pod vprašaj postavi vsako v razpravi podano trditev.
 - 2.2.b) Vsakdo v razpravo lahko vpelje katero koli trditev.
 - 2.2.c) Vsakdo lahko izrazi svoja mnenja, želje in potrebe.
 - 2.3 Nobenemu govorniku se ne more prepovedati izvrševanje njegovih pravic, postavljenih v 2.1 in 2.2 z nasiljem, ki bi bilo razpravi notranje ali zunanje.

53 Frans van Eemeren in Robert Grootendorst, *A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

tih zapovedi.⁵⁴ V obeh primerih je bistveno zavzeti neko držo: postaviti »težnjo po pravilnosti« ali spoštovati pravila »čiste igre«.

Argumentiranje sodišč pa vsem tem pravilom ne more povsem slediti vsaj iz dveh razlogov. Prvi je, da gre za argumentiranje, ki ni odprto za vse, ampak zgolj za člane sodišča. Za ustavna sodišča bi lahko mislili, da njegovi člani (glede na volilno ureditev, ki je drugačna od tiste za druga sodišča) približno predstavljajo različne nazore ali skupine, ki so v družbi prisotni, to pa seveda niti v najboljšem primeru vendarle ne pomeni približka.⁵⁵ Drugi razlog pa je, da sodniki (tudi ustavni sodniki) delujejo ob omejitvah, ki imajo ustanovni značaj (gre za postopkovne, pa tudi za vsebinske omejitve), ki jih v razumnem pogovoru ni. Seveda so vse te omejitve lahko zelo dobro utemeljene (če rečem nekoliko slavlino, lahko omogočajo, da praktični um pride onkraj tistega, kamor bi sicer prišel, tj. omogoča, da se argumentira glede področij delovanja, ki bi v drugih primerih ostala prepuščena samovolji ali nasilju). Vendar je v vsakem primeru tisto, kar se zdi jasno, to, da ustavna sodišča niso utelešenje Habermasove »vzorne skupnosti pogovora« niti manj vzorno slikanega Rawlsovega »javnega razuma«.

54 I. Noben udeleženec ne sme drugemu preprečiti sprejetja njegovega lastnega stališča, pritrdilnega ali nikalnega, glede na točke ali trditve, o katerih se razpravlja.

II. Kdor neko trditev podpira, jo je, kadar to zahteva njegov sogovornik, dolžan braniti in zanjo odgovarjati.

III. Kritika neke trditve se mora nanašati na trditev, ki jo sogovornik dejansko podpira.

IV. Trditev se lahko brani samo z argumenti, ki se nanjo utemeljeno nanašajo.

V. Vsak sogovornik je lahko obvezan priznati svoje zamolčane predpostavke ali premise in tihe sovsebnosti svoje trditve, ki jih mora izrecno pojasniti, dolžan pa je zanje tudi odgovarjati.

VI. Treba je šteti, da sta bila trditev ali stališče dokončno ubranjena, če njuno obrambo sestavljajo argumenti, izvedeni iz nekega skupnega izhodišča.

VII. Treba je šteti, da sta trditev ali stališče dokončno ubranjena, če njuno obrambo sestavljajo argumenti, ki so pravilni in izhajajoči iz ustrezne uporabe argumentativnih obrazcev in smernic, ki so obče sprejeti.

VIII. Izpeljevalni argumenti, ki so uporabljeni med razpravo, morajo biti veljavni in zmožni uveljavitve z izraženjem vseh zamolčanih premis, ki sklep sodoločajo.

IX. Neuspeh pri obrambi neke trditve mora predlagatelja pripeljati do tega, da se od nje umakne, nasprotno pa mora uspeh pri njeni obrambi nasprotnike pripeljati do tega, da umaknejo svoje dvome glede obravnavane trditve.

X. Predlogi ne smejo biti ohlapni in nerazumljivi, izjave pa ne smejo biti nejasne in dvoumne, ampak morajo biti predmet kar je mogoče določnega razlaganja.

55 Naj dam nekaj primerov glede ene same osebne okoliščine, ki bi danes v trenutku izvajanja argumentacije lahko štela kot pomembna: v sedANJI sestavi španskega ustavnega sodišča sta med 12 člani le dve ženski (čeprav je ena predsednica sodišča). In ko je moralo Evropsko sodišče za človekove pravice (neke vrste ustavno sodišče v naddržavnem okolju) odločiti v znamenitem primeru Kalanke (sodba Sodišča Evropskih skupnosti, *Eckhard Kalanke proti Svobodnemu hanzeatskemu mestu Bremen*, z dne 17. oktobra 1995) glede nekega vprašanja o obrnjenem razlikovanju (ali pozitivni diskriminaciji), ki se je nanašalo na ženske, niti eden izmed članov ni bil ženskega spola.

Ti primanjkljaji so še vedno združljivi z mislijo, da se argumentiranje, ki se izvaja na ustavnih sodiščih, vsekakor manj oddaljuje od likov razumnega pogovora kot tisto, ki se dogaja v parlamentih. Na primer, soočenje drž se tu konec koncev razreši (kot se to zgodi na sodiščih) z glasovanjem, vendar tisti, ki glasujejo, pomena svojega glasu niso dolžni utemeljiti in ne le to, da v razpravi lahko privzamejo držo izrazite »pristranskosti«, ampak dokaj pogosto (v resničnem delovanju parlamentarnih skupščin) vnaprej ostane izključena tudi možnost, da bi koga prepričali z argumentom kakega predstavnika nasprotne politične moči. Povrhu (in čeprav je pri tem pomembno razlikovati med razpravljanjem v odborih in na občni seji) je pogosto, da tisti, ki v razpravi odločajo in to razrešijo z glasovanjem, na obravnavanem področju niso strokovnjaki; priložnostno ne bi mogli reči niti tega, da imajo razumno utemeljeno predstavo o tem, o čemer se glasuje (in zatorej tudi o argumentih, ki jih podpirajo ali jim nasprotujejo). Pa je zakonodajno argumentiranje zaradi tega res manj »razumno« kot sodniško? Odgovor je verjetno ne. Nima pomena zakonodajalce ocenjevati slabo, zato ker se njihovo argumentiranje odvija v pogajalskih okoliščinah, v katerih gre za izražanje koristi, in ne za graditev težnje po pravilnosti, prav tako kot tudi ne bi imelo pomena zavračati zagovora kakega odvetnika z namigovanjem, da je pristranski. Ko se ocenjuje »razumnost« neke vrste argumentiranja, ni mogoče odmisлити različnih okoliščin, v katerih se potreba po argumentiranju poraja.⁵⁶ Čeprav po vsem tem morda obstaja kakšen razlog za misel, da je imela ustavna država večji uspeh v okviru sodnih ustanov kot pa v okviru zakonodajnih.

V vsakem primeru to, da na argumentiranje ustavnih sodišč ni mogoče gledati brez pomisleka kot na izvrševanje razumnega praktičnega argumentiranja, predpostavlja tudi neko pripoznanje, da govorniške prvine v njem igrajo – in morajo igrati – pomembno vlogo. V takšnem, kakršno je govorništvo bilo in kakor se je razumelo od starega veka do današnjih dni (lahko bi rekli, od Aristotela do Perelmana), je njegov glavni pomen drugega prepričati. Govorniško argumentiranje torej predpostavlja zamisel o nekem govorcu, ki razpravo gradi pred občinstvom, katerega skuša prepričati o neki trditvi. To občinstvo je pri ustavnih sodiščih navadno širše kot pri rednih sodiščih; lahko bi rekli, da imajo obrazložitve odločitev prvih sodišč za naslovnike vso politično skupnost, in ne le strank postopka ali pravno skupnost. V tem pogledu in glede na obseg občinstva se razlikuje tudi argumentiranje v okoliščinah parlamentarnega razpravljanja (ali drugih prostorov političnega življenja), v katerem vsak udeleženec navadno teži k prepričljivosti v odnosu do svojih lastnih somišljenikov ali do takih, ki so blizu njegovim političnim nazorom. Od tod izhajajo pomembne posledice glede sloga in kar zadeva temelj argumentiranja. Tako, glede na to, da so od-

⁵⁶ To je združljivo s pripisom nekega (nad drugimi oblikami pogovorov) vzvišenega mesta razumnega pogovora. Vzvišenost pomeni, da razumni pogovor dopušča utemeljiti obstoj drugih pogovornih iger: pravila, ki to urejajo, ne pripadajo kritični razumni razpravi, ampak se z njo lahko utemeljijo.

ločitve ustavnih sodišč »končne« ne le v pravnem smislu neizpodbojnega, ampak tudi v tem smislu, da pripomorejo k ustalitvi politične in moralne razprave (tj. k utrditvi določenih točk soglasja v tej razpravi; predvsem, kadar se lotevajo spornih vprašanj, kot so splav, evtanazija, pripoznanje novih pravic, ozemeljsko razdelitev države, omejitve političnega delovanja itd.), bi bilo nesprejemljivo, na primer, da svoje odločitve utemeljijo na oblikovni način ali s pretirano uporabo strokovnih pravnih izrazov ali z oteževanjem na kakršen koli način (en način je dajanje čezmerne obsega svojim sodbam) njenega lahkega razumevanja za nekoga s srednjo izobrazbo in brez posebnih pravnih znanj.⁵⁷

Z doslej povedanim ne želim reči, da je naslovnik argumentiranja ustavnih sodišč ravno »vesoljno občinstvo« v tistem pomenu, v katerem je izraz uporabljal Perelman; oziroma to niso vsa razumna bitja, ampak prej vsi tisti, ki sestavljajo neko politično skupnost. Zaradi tega njegov cilj ne more biti zgolj razumno soglasje, ampak (ali tudi) dejansko soglasje. V resnici tu ponovno pride do določene napetosti med dvema oblikama razumevanja ustavnosti in, zaradi tega, tudi argumentiranja, glede na to, ali se izhaja iz lika razumnosti, v katerem prevladujejo moralne ali politične prvine. Za to dvojno usmerjenost bi morda lahko dali dva primera znamenitih pojmov, ki na neki način označujeta dve razdobji Rawlsovega dela: premišljevalno ravnotežje⁵⁸ proti prekrivajočemu se soglasju.⁵⁹ Premišljevalno ravnotežje tvori predvsem merilo ujemanja, moralne pravilnosti, medtem ko prekrivajoče se soglasje poudarja pojem razumnosti pri dosegu soglasij, ki, čeprav temeljne težave ne razrešijo, omogočajo sožitje svobodnih in enakih posameznikov, ki so razdeljeni zaradi veroizpovednih, političnih ali moralnih vprašanj.

Zdi se mi, da bi moralo biti to, kar bi moralo voditi argumentativni trud ustavnih sodnikov, neka sestava teh dveh meril: miselnega ujemanja in stvarnih koristi; vzornega soglasja in dejanskega soglasja; moralnega nauka in političnega nauka. Na neki način bi bilo morda mogoče najti določeno skupno točko: mislimo na primer lahko, da je ujemanje neodrekljivo merilo, a da je ujemanje, za katero naj bi si pri tem prizadevali – na splošno v pravu – krajevno, omejeno ujemanje, to pa po drugi strani omogoča, da na ustavo lahko gledamo kot na odprto prakso.⁶⁰ Vendar se po drugi strani morda lahko misli, da je stopnja pre-

57 Zdi se mi, da je utemeljitev ameriškega vrhovnega sodišča v zadevi *Brown proti Board of Education of Topeka* (1954) 347 US 483 (kot je znano, je ta naredila konec rasnemu razlikovanju v šolah v ZDA) lep primer govorniško dobro zgrajenega ustavnega argumentiranja.

58 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

59 John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

60 Tovrstna drža ustavnih sodnikov bi bila lahko tista, ki še najbolj ustreza temu, kar so v trenutku, ko so to prakso utemeljili, izražali ustanovni očetje. Kot pravi Aguiló 2004 (op. 41), 139–140: »To, kar so z vidika ustavnega razlaganja mnogi misleci označili z »v svojem bistvu spornimi pojmi«, se z vidika pisanja ustave vidijo kot »nepopolno premišljena soglasja«. Če je nekdo zmožen dati pomen ubeseditvi takšnih soglasij, potem verjetno od njega prihaja pomen, ki ga je treba pripisati »v svojem bistvu spornim pojmom«.

vlade enega lika nad drugim odvisna od raznovrstnosti pristojnosti, ki se ustavnim sodiščem namenjajo: ko gre za varstvo pravic, se zdi, da mora prevladati prva skupina pomislekov (če pravice dejansko pomenijo meje političnega delovanja), medtem ko ni treba, da bi bile stvari take, ko gre za spore o pristojnostih ali (v federativnih ali skoraj federativnih državah) za vprašanja, ki se nanašajo na ozemeljsko razdelitev oblasti.

*Iz kastiljskega izvirnika prevedel Andrej Kristan.**

* Poznavalec je opazil, da namesto tujke konstitucionalizem uporabljam *ustavništvo*, namesto liberalizma *svobodništvo*, namesto legalizma pa po istem vzorcu tvorim *zakoništvo*. Legicentrizem je *zakonosredništvo*, etatizem pa (slabšalno) *državarstvo*. Večpomensko tujko konstitucionalizacija nadomeščam s *poustavljanjem*, *poustavljenjem* ali *poustavljenostjo*, odvisno od sobesedila. Namesto doktrine (npr. liberalne doktrine) uporabljam *učenje* (npr. svobodniško učenje), namesto (pravne) dogmatike pa (pravno) *poučevanje*. *Nauk* mi nadomešča teorijo, *nazor* ideologijo, *način preučevanja* metodologijo; tako iz Bobbiove delitve pozitivizma na teoretičnega, ideološkega in metodološkega v slovenščini dobimo pozitivizem kot nauk, nazorski pozitivizem in načinovni pozitivizem. Formalno, materialno in pragmatično (dialektično ali retorično) pojmovanje ali razsežnost argumentiranja po Atienzi slovenim kot *oblikovno*, *vsebnostno* in *učinkovno* (pogovorno ali govorniško) pojmovanje ali razsežnost argumentiranja. Kot »čezrazlaganje« prejavam kastilj. *sobreinterpretación*. Kastilj. *validez substancial* slovenim kot »samostatno veljavnost« oziroma veljavo, kastilj. *validez formal* oziroma *vigencia* pa kot »uradno veljavnost« ali »pravnomočnost«. Načela *vesoljnosti*, *stanovitnosti* in *ujemanja* nadomestijo pri nas prepogosto s tujkami poimenovana načela univerzalnosti, konsistentnosti in koherence. V zvezi z zelenimi lastnostmi nekega zakona slovenim tudi efikasnost, učinkovitost in efficientnost: in sicer kot *zmožnost učinkovanja* oziroma *učinkujočnost* (tj. zmožnost doseči neki cilj), dejansko *učinkovitost* (tj. dosego zastavljenega cilja) in *smotrnost* (ta se nanaša na razmerje med uporabljenimi sredstvi in doseženim ciljem). Od oblik logičnega sklepanja subsumpcijo slovenim kot *podvzemanje* (podvzemanje življenjskega primera k zakonskemu dejanskemu stanu), dedukcijo kot *izpeljevanje* (tj. s splošnega na posamezno), indukcijo pa kot *napeljevanje* (s posameznega na splošno). Kastilj. *adecuación* prevajam kot »prilagajanje«, kastilj. *concreción* pa kot »ujemanje«. Angl. *reflexive equilibrium* pri Rawlsu nekateri prevajajo s tujko kot refleksivno ravnotežje, sam pa sem se odločil za »premišljevalno ravnotežje«; angl. *overlapping consensus* slovenim kot »prekrivajoče se soglasje«. Vsakršna pomisel bo dobrodošla na naslovu andrej.kristan@gmail.com.