

Uvodnik

Razumeti ustavo

Ustava ni ena.¹ Medtem ko je pravna država že zaradi pojmovne nujnosti lahko – v nekem trenutku na danem ozemlju z določenima ljudstvom in nosilcem suverenosti – zgolj ena sama, ali pa je ni,² moremo v istem okviru vedno razločiti več ustav. S poudarkom, da to drži vedno, izpuščam obravnavo sestavljenih državnih tvorb, kakršne so (kon)federacije, in ozemelj s prebivalstvom, ki si jih hkrati lasti več držav. Tudi če odmislimo slovenski mejni spor z Republiko Hrvaško, bomo namreč ugotovili, da imamo več kot eno ustavo. Teh ni lahko prešteti, za nekatere izmed njih pa je sploh težko natančno določiti, od kdaj veljajo in kdo je njihov avtor.

V tem oziru najprej obravnavam v nadaljevanju *besedilno ustavo* – in argument namena, s katerim razlagalci včasih radi istovetijo svoje odločitve v konkretnem sporu z voljo ustavopisca. Če bi takšna istovetnost obstajala (ali če bi lahko govorili vsaj o neki nujni skladnosti med razlago in *namenom* besedila), bi bilo morda res odveč razlikovati besedilno ustavo in *predstavnoskladne ali ideološke ustave*. Pa ni. Na primeru bom utrdil, da je omenjeno razlikovanje celo nezadostno in da je pozornost treba nameniti vsaj še eni vrsti ustave. A začnimo z avtorstvom Ustave Republike Slovenije iz leta enaindevetdeset.

Najbolj na očeh je besedilna ustava. Že pri njej pa je težko nesporno oznaniti avtorja. So njeni avtorji ustavni očetje, ki so v podvinskem gradu napisali osnutek, ali je pravilneje kot take šteti člane takratne Skupščine Republike Slovenije, ki so ustavno besedilo izglasovali? Naj bi v časih, ko so ti še živi, njih pozivali k avtentični razlagi? — Vprašanji imata odločilno vlogo v tistih primerih, ko se razlago ustave utemeljuje z »namenom« ustavodajalca. Ker je teh primerov nekaj tudi v sodobni ustavnosodni praksi, sklepam, da se vsi (pa naj bodo še tako vrli) razlagalci ustave ne zavedajo, kako votlo legitimnost ima argument namena, kadar se z njim utrjuje razlaga besedil, ki so sprejeta v okviru zbornih, tj. veččlanskih teles.

1 Pričujoče besedilo je nastalo ob dvajsetletnici ustave RS in je bilo (skoraj enako) objavljeno tudi v jubilejnem zborniku. Glej Kaučič (2012).

2 Drugačne trditve, ki jih nekateri pravni strokovnjaki razširjajo v publicističnih zapisih, so vse po vrsti plod metonimije. Če je etični vzor znanosti razlikovanje, pa bo v tem zapisu na mestu opozorilo proti tovrstnemu mešanju različnih pojmov pod okriljem istega imena.

Učno uro nam v tem smislu dajejo že spori med javno prepoznanimi sopisci istih ustavnih vrstic, ki tem pripisujejo vsaj delno izključujoče si pomene (tj. norme). Zgolj primeroma naj spomnim na 103. člen Ustave Republike Slovenije (v zvezi z dopustnostjo ali prepovedjo tretjega nezaporednega mandata na mestu predsednika republike).³

Dodatno kaže na utemeljenost zgornjega svarila ob argumentu namena običaj pritrdilnih ločenih mnenj na samem ustavnem sodišču: ta tudi institucionalno odraža neskladnost med koalicijami odločevalcev zaradi vrednot, politik ali ciljev (na teh gradi navadno argument namena) in koalicijami zaradi besedilnega izreka. Ne da bi odpirali zahtevna vprašanja s področja filozofije uma in filozofije dejanja, pa žebelj v krsto razlaganja po namenu morda le zabijejo izidi raziskav ameriških pravnih realistov. Ti so – čeprav tudi ne za ustavodajni zbor – na podlagi izkustvenih podatkov dokazali, da se koalicije zaradi besedilnega izreka v pomembno velikem številu primerov delijo na dve ali več koalicij zaradi vrednot, politik ali ciljev.⁴ Iz tega dokaza izhaja, da je vsakemu besedilnemu sklopu in torej vsakemu ustavnemu določilu mogoče pripisati dva ali več različnih namenov (ne trdim, da se v vsakem postopku to tudi dejansko stori). Vsak od namenov pa ob danem življenjskem primeru lahko pravno »utemelji« drugačen pomen (besedilu pripisano normo), s tem pa drugačno sodno razrešitev spora.

Prvi nauk je tu: argument namena (le navidez se z njim avtorju izkazuje spoštovanje) je retorična figura, za katero razlagalec bodisi zavestno ali nezavedno skrije svojo odgovornost, odločitvi pa prilepi mitsko ustavodajno legitimnost zgodovinskega besedilotvorca. A le, če bi imeli institut avtentične razlage ustave in mandat članov ustavodajnega telesa ne bi bil časovno omejen (člani pa bi bili vrh tega še nesmrtni), bi z razlago po namenu avtorjev besedila morda v kakšnem primeru res prišli do ene same pravno pravilne rešitve. V večini zadev pa bi z razlago besedila po namenu avtorjev tudi pod temi pogoji dobili vsaj dve ali tri pravno veljavne rešitve.⁵

Ker je argument namena obenem samo eden od danes sprejemljivih razlagalnih argumentov – na množino besedilu pripisljivih pomenov (tj. norm) pa poleg teh vplivajo še odprtost naravnega jezika, pestrost dogmatičnih predstav in, nenazadnje, občutek razlagalcev za pravičnost –,⁶ se od vprašanja, kdo je avtor, zdaj verjetno že lahko premaknem k naslednjemu: Kaj sploh ostane avtorju?

3 103. člen URS: »Predsednik Republike je izvoljen za dobo petih let, vendar največ dvakrat zaporedoma.« O sporu Krivic (2001). Podoben spor bi hipotetično lahko doživel mdr. tudi 17. člen URS (v zvezi z dopustnostjo ali prepovedjo splava): »Človekovo življenje je nedotakljivo.«

4 Beim, Cameron & Kornhauser (2010).

5 Govorim seveda o statični veljavnosti po Kelsenu (2001) oz. o podstatni veljavnosti po Ferrajoliju (2012).

6 Podrobneje npr. Guastini (2010 in 2011: 1. del, III. pogl., § 3).

Enega najlepših odgovorov na to vprašanje je dal v knjigi in na filmih ovekovečeni poštar Pabla Nerude.⁷ Na opazko, češ da je svoji izvoljenki na dušo pihal s tujo poezijo, on z naivno plemenito mešanico užaljenosti in jeze odvrne, da je poezija od tistega, ki jo uporabi!

Povedano velja tudi za pravna besedila. Če bi zdaj hotel narediti uslugo analitični filozofiji in jo popularizirati med ustavnopravnimi strokovnjaki, bi prav to zgodbo uporabil za naslednje miselno popotovanje. 1., izkaže se, da z isto poezijo lahko tako poštar kot Pablo Neruda osvojita vsak eno dekle. 2., mogoče si je zamisliti, da bi z isto poezijo lahko in poštar in Pablo Neruda osvojila katero koli dekle. 3., mogoče si je zamisliti, da bi z isto poezijo poštar lahko osvojil katero koli dekle, Pablo Neruda pa nobenega. 4., mogoče si je zamisliti, da bi z isto poezijo lahko tako poštar kot Pablo Neruda osvojila isto dekle. 5., mogoče si je zamisliti, da bi z isto poezijo in poštar in Pablo Neruda nekatera dekleta lahko osvojila, drugih pa ne. — Ta miselni eksperiment ne izčrpa vseh možnih svetov. Bo pa spodaj ob ustreznem prevodu na naše področje zadoščal pri dokazu, da je koristno v ustavni teoriji vsak trenutek razlikovati med tistimi tremi vrstami ustav, s katerimi v zgornjem besedilu lahko nadomestimo a) poezijo (tj. besedilo), b) poštarja oziroma Pabla Nerudo (tj. različne razlage) in c) dekleta (družbeno podlago). Zatrjeno v hipu pojasnim.

Spor med poštarjem in pesnikom je, če smo čisto iskreni, nerešljiv. Nemogoče je ugotoviti, ali naj uspeh v primeru (1) pripišemo besedam ali interpretoma. Vendar je drugače že v umišljenih primerih (2) in (3): v drugem je očitno odločilnega pomena besedilo, v tretjem interpret. Ali to drži? — Če je z isto poezijo mogoče osvojiti katero koli dekle na svetu (in to ne glede na to, kakšna je interpretacija), potem moremo uspeh nesporno pripisati besedilu. Kadar je, nasprotno, ena od interpretacij besedila takšna, da prepriča vsakogar, druga pa nikogar, bomo morali priznati, da je za (ne)uspeh zaslužen samo interpret. Kaj pa lahko rečemo o primeru (4)? — Tu sta dve interpretaciji dosegli isti cilj, zato bo dopustno sklepati, da osebni šarm poštarja oziroma poeta na uspeh ni imel značilnega vpliva. Vprašanje ostaja, ali je imelo v tem primeru res odločilno vlogo besedilo? In če se razlog uspeha skriva v dekletu?

Primerjava med primerom (4) in primerom (2) pokaže, da sta si različna. Takšna teorija, ki razloge za uspeh lahko pripiše samo besedilu ali interpretaciji, pa teh dveh primerov ne zna razlikovati (v obeh primerih odločilno vlogo pripisuje besedilu; še slabše jo odnese ob primeru (5), ki ga nima kam uvrstiti). Podobno tudi v večjem delu slovenske ustavne teorije danes nimamo ustreznega pojmovnega orodja za vprašanje, ali je v določenih okoliščinah treba nujno spremeniti besedilno ustavo (ali njeno razlago) ali pa je za dosego cilja treba pač poseči v družbeno podlago. Stvar pretehtane razprave in ocen je, ali in v

7 *Il postino* (režija: Micheal Radford), Cecchi Gori Group, 1994; posneto po knjižni predlogi Skármete (1985).

kakšnem smislu se neki cilj lahko doseže s posegom v besedilno ustavo ali v družbeno podlago. *Sama za sebe pa govori odsotnost tovrstnih razprav.*

Za konec želim zato poudariti naslednje: vso pozornost si ob besedilni ustavi zaslužijo tudi predstavnoskladne oziroma ideološke ustave in pa družbena ustava.⁸ Prve usmerjajo razlago besedila (celo bolj kot volja ustavopisca), druga pogojuje njihov vpliv. *Besedilni ustavi* s tem ne jemljem njenega pomena. Vsi vemo, kakšen vpliv je imel poseg v besedilo 47. člena Ustave Republike Slovenije (v zvezi z izročitvijo slovenskih državljanov) ali v besedilo 68. člena Ustave Republike Slovenije (v zvezi z lastninsko pravico tujcev), pa navajam le primeroma. Vendar naša družbena ureditev ni odvisna zgolj od besedilne ustave niti ni od besedila odvisna v največji meri. Do pomembnih sprememb v njej je mogoče priti s tem, da nekateri ključni igralci v političnem prostoru do tedaj vplivno razumevanje ustave zamenjajo z drugim.⁹ Gre za tisto razumevanje, ki vzpostavlja *ideološke oziroma predstavnoskladne ustave*. Primer tega sta lahko dve različni videnji ustave kakor družbene pogodbe, saj nas ti ob vprašanju ustavne vezanosti zakonodajalca pri opravljanju političnih izbir pripeljeta do mestoma precej drugačnih normodajnih zaključkov.¹⁰ Tovrstne primere sprememb poznamo tudi iz ustavnosodne prakse.¹¹ Nazadnje pa je kot najpomembnejši tu še habitus v smislu *družbene ustave*. Nekaterih družbenih sprememb namreč ni mogoče uresničiti ne z drugačnimi ustavnimi razlaganji ne s spremembo besedilne ustave, saj na njih morda odločilno vpliva družbena podlaga.¹²

Andrej Kristan,
gostujoči predavatelj na Pravni fakulteti Univerze v Gironi in
raziskovalni štipendist na Tarellovem inštitutu
za filozofijo prava pri Univerzi v Genovi

8 Zaradi prostora izpuščam vrsto drugih razčlenitev, ki so tudi ključne, če želimo ustavo dobro razumeti. Glej vsaj: Aguiló Regla (2007), Comanducci (2000), Gardner (2011) in Troper (1999).

9 O pojmu in pomenu vplivnosti v pravnem redu je v *Revusu* že pisal Bulygin (2010).

10 Glej Wintgens (2011) in Kristan (2011b) prav tako v *Revusu*. Dodaten primer so različne predstave o ustavni demokraciji: Teršek (2009).

11 Glej npr. odločbi Ustavnega sodišča št. Up-150/03 z dne 12. 10. 2005 in št. Up-309/05 z dne 15. 5. 2008 glede odvetnikove svobode izražanja v funkciji obdolženčeve pravice do obrambe.

12 V zvezi s habitusom v smislu družbene ustave strnjeno Kristan (2011a). Sicer pa temeljno Bourdieu (2002). Glej tudi Le Roy (1999).

Seznam navedenk

- Joseph AGUILÓ REGLA, 2007: Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución. *Fragmentos para una teoría de la constitución*. Joseph Aguiló Regla, Manuel Atienza & Juan Ruiz Manero. Madrid: Iustel. 21–62.
- Manuel ATIENZA, 2009: Argumentiranje in ustava. *Revus* (2009) 9. 91–128.
- Deborah BEIM, Charles M. CAMERON & Lewis A. KORNHAUSER, 2010: *Policy and Disposition Coalitions on the Supreme Court of the United States*. 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. URL: <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1641542> (12. november 2014).
- Pierre BOURDIEU, 2002: *Praktični čut I in II*. Prevod Jelke Kernev Štrajn. Ljubljana: Studia humanitatis.
- Eugenio BULYGIN: Sodba in ustvarjanje prava. *Revus* (2010) 12. 121–136.
- Paolo COMANDUCCI, 2000: Modelos e interpretación de la Constitución. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Ur. Miguel Carbonell. Mehiko: IJ-UNAM-Porrúa. 133–137.
- John GARDNER, 2011: Can There Be a Written Constitution? *Oxford Studies in Philosophy of Law* (2011) 1.
- Riccardo GUASTINI, 2011: *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè Editore.
- Igor KAUČIČ (ur.), 2012: *Dvajset let Ustave Republike Slovenije. Pomen ustavnosti in ustavna demokracija*. Ljubljana: Ustavno sodišče RS in Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Hans Kelsen, 2001: *Čista teorija prava* (1934). 1. izdaja. Prevod Amalije Maček Mergole. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Andrej KRISTAN, 2011a: Spremembe ustave, retorični dražé. *Pogledi* (štirinajstdnevnik za umetnost, kulturo in družbo), št. 13, 22. junij 2011; dostopno tudi na: <www.pogledi.si/druzba/spremembe-ustave-retoricni-draze> (12. november 2014).
- , 2011b: Zakonodavni izbor i njegova opravičnost. Uvodna napomena. *Revus* (2011) 15. 7–12.
- Matevž KRIVIC, 2001: Vaja v argumentiranju. *Pravna praksa*, 7/2001.
- Etienne LE ROY, 1999: *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du Droit*. Pariz: LGDJ.
- Antonio SKÁRMETA, 1985: *El cartero de Neruda*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Andraž TERŠEK, 2009: Suverenost, ljudstvo in človekove pravice. Prispevek k razumevanju konceptov. *Revus* (2009) 9. 45–64.
- Michel TROPER, 1999: La máquina y la norma. Dos modelos de constitución. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* (1999) 2. 331–347. Dostopno tudi na: <bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>.
- Luc J. WINTGENS, 2011: Zakonoslovje. Nov nauk za zakonodajno delovanje. *Revus* (2011) 15. 13–41.

*Synopsis***Andrej Kristan****Razumeti ustavo**

SLOV. | Prvi del prispevka obravnava besedilno ustavo – in argument namena, s katerim razlagalci včasih radi istovetijo svoje odločitve v konkretnem sporu z voljo ustavopisca. Takšno rabo tega argumenta avtor izpodbije. Z miselnim eksperimentom pa nato utrjuje še, da bi ustavna teorija morala razlikovati med istočasno vplivnimi a) besedilno ustavo, b) predstavnoskladnimi oziroma ideološkimi ustavami in c) habitusom v smislu družbene ustave. | Besedilo je bilo napisano ob dvajsetletnici Ustave RS in objavljeno (skoraj enako) že v jubilejnem zborniku: Igor Kaučič (ur.), *Dvajset let Ustave Republike Slovenije. Pomen ustavnosti in ustavna demokracija* (US RS, Ljubljana 2012).

Ključne besede: avtor in razlaga ustave, argument namena, besedilna ustava, predstavnoskladne oz. ideološke ustave, družbena ustava

ENG. | *Ways of a Constitution*. The author makes a claim in favour of distinguishing three ways of a constitution. He rejects first the (mis)use of the argument from intent as a rhetorical figure with no grounds to connect an interpretation of a constitutional text with the legitimacy of the historical text-writer. The author then supports his claim by introducing a thought experiment, according to which constitutional theory needs to distinguish clearly between the textual constitution, the ideologic constitutions, and the social constitution, being all in force at the same time.

Key words: constitution's author, constitutional interpretation, the argument from intent, textual constitution, ideologic constitutions, social constitution

Andrej Kristan is a Visiting Lecturer at the University of Girona (Spain) and a Research Fellow at the Tarello Institute for Legal Philosophy, University of Genoa (Italy). | Address: C/ del Perill 4, int. 2, 17001 Girona, Spain. E-mail: andrej.kristan@revus.eu.