
Jure SPRUK*

TEORETIČNE PRVINE POLITIČNEGA PRAVOZNANSTVA**

Povzetek. Članek obravnava politično pravoznanstvo, politološko disciplino, ki preučuje delovanje sodišč, za katero so značilne zlasti tri teoretične prvine: (1) pravo je sredstvo za doseganje političnih ciljev, (2) sodišča so politične institucije, sodniki pa politični akterji ter (3) sodniki pravo ustvarjajo in ne odkrivajo. Navedene prvine nasprotujejo predstavi o politični nevtralnosti prava, ki predpostavlja vrednotno in družbeno izoliranost; namesto tega gradijo predstavo o pravu, ki je ideološko osnovano in kot takšno politično pristransko, kar ne pomeni pristranskosti v razmerju do dnevno-političnega boja, temveč pomeni pristranskost v razmerju do političnih doktrin in strateškega pozicioniranja znotraj političnih sil. Posebna pozornost je na najvišjih sodiščih – ustavnih sodiščih, ki v ustavnih demokracijah vedno pogosteje odločajo o politično kočljivih zadevah, pri čemer je z vidika političnega pravoznanstva najbolj uspešen napovedovalni kriterij glasovanja posameznih sodnikov njihova ideološka opredelitev.

Ključni pojmi: pravo, politika, politično pravoznanstvo.

UVOD

Politično pravoznanstvo (*political jurisprudence*) je raziskovalno področje na središčni točki med pravom in politiko. V teoretičnem smislu politično pravoznanstvo pomeni nasledek ameriškega pravnega realizma, ki svoj vrh doseže v družbeno razgibanih šestdesetih in sedemdesetih letih dvajsetega stoletja. Kot produkt svojega časa politično pravoznanstvo izide iz kritičnega vrednotenja tedanjega socialno-ekonomskega in političnega stanja, ki ga je narekovalo izrazito zanimanje za socialno pravičnost in identitetne politike. V osnovi je šlo za kritiko t.i. leve politične hemisfere, v kateri sta prevladovali progresivna vizija družbe ter kritika ustaljenih in utrjenih družbenih in političnih vzorcev. Na

* Dr. Jure Spruk, samostojni raziskovalec, Stahovica, Slovenija, e-pošta: sprukjure@gmail.com.

** Izvirni znanstveni članek.

DOI: 10.51936/tip.61.4.963

področju politologije je tedaj že prevladalo stališče o odvisnosti prava od političnih procesov, medtem ko so na področju prava to odvisnost najbolj izrazito izpostavljali predstavniki kritične teorije prava. Ta zavrača predstave o nevtralnih vrednotnih načelih ter »pravilni« pravni teoriji in metodi (Fitzpatrick in Hunt 1987, 1), pravo v liberalni (kapitalistični) državi pa koncipira kot sredstvo zatiranja in ustvarjalca družbenih konfliktov (Ratnapala 2009, 217).¹ Kritična teorija prava izhaja iz kritike liberalno-kapitalistične podstatí družbe, medtem ko je na pravo osredotočena v toliko, v kolikor pravo prepozna kot sredstvo za vzdrževanje sistema, ki ga v osnovi kritizira. V tem pogledu se ta teorija približa *politični* teoriji, ki kritično vrednoti določeno pravno teorijo, saj k pravu pristopa s predpostavko o njegovi izključni politični posredovanosti. Ker je tu pravo razumljeno kot sredstvo političnega tekmovanja, pomeni avtonomija prava zgolj ideološki konstrukt, ki ga pri življenju ohranjajo interesi privilegiranega družbenega razreda. Političnega pravoznanstva ne gre preprosto enačiti s kritično teorijo prava,² vendar je tisto, kar ju druží, radikalna skepsa do samostojne moči prava. Tako politično pravoznanstvo kot kritična teorija prava marsikaj dolgujeta pravnemu realizmu, čeprav je ta dolg nastal na podlagi slabo razumljenih poudarkov pionirjev ameriškega pravnega realizma, na kar prepričljivo pokaže Brian Tamanaha v analizi na videz večnega nasprotja med formalizmom in realizmom. Tamanaha namreč pokaže, da ima to nasprotje močno politično konotacijo, ki jo od vsega začetka poganja slamnati mož v obliki predstave o mehaničnem sojenju ameriških sodnikov (Tamanaha 2010, 115).

Z vidika razumevanja političnega pravoznanstva se je potrebno osrediniti na njegove teoretične temelje, ki izvirajo iz premise o nepriznavanju avtonomije prava, ki so medsebojno tesno prepletene. Prvič, politično pravoznanstvo pravo razume kot sredstvo, prek katerega se v družbi ustvarjajo oblastna razmerja in dosejajo zastavljeni cilji ključnih strateških političnih akterjev. Drugič, sodišča so politične institucije, sodniki pa politični akterji. Tretjič, sodniki pravo ustvarjajo in ne odkrivajo. Našteti teoretični temelji, združeni v celoto, tvorijo posebno politološko disciplino, ki skuša pravo in pravne procese opisati skozi politološki konceptualni in metodološki aparat. Posamezne različice političnega pravoznanstva lahko vključujejo tudi dodatne teoretične predpostavke, vendar pa zgoraj našteté tvorijo jedro političnega pravoznanstva, zato se v pričujoči razpravi omejujem nanje.

¹ Filozofsko podlago kritični teoriji prava predstavlja Marxovo pojmovanje prava kot produkta danih lastninskih razmerij. V *Nemški ideologiji* Karl Marx pravo (in religiji) odreja lastno zgodovino, saj je njegov razvoj vezan na ekonomske silnice, ki določajo temelje (bazo) družbene ureditve. V pravu, ki je del družbene nadstavbe, so zajete misli vladajočega razreda, ki »niso nič drugega kot idejni izraz vladajočih materialnih razmer, v misli zajeta vladajoča materialna razmerja« (Marx 1976, 57). Podrobneje o marksistični teoriji prava v delu *Splošna teorija prava in marksizem* Evgenija Pašukanisa.

² Politično pravoznanstvo je v osnovi politološka disciplina, ki pravo proučuje s politološkimi metodološkimi pristopi. Lahko bi rekli, da se politološka in pravna veda ena drugi najbolj približata na stičišču političnega pravoznanstva in kritične teorije prava.

POLITIKA IN PRAVO: RAZLIČNI STRANI ISTEGA KOVANCA

Referenca na politično pravoznanstvo bi domala vsakemu ameriškemu učenjaku na področju politologije in/ali (javnega) prava zvenela domače, lahko bi rekli že dodobra poznano, čeprav se morda v glavnem posveča proučevanju prava z nekega drugega teoretičnega gledišča, npr. sociološkega ali zgodovinskega. Naš ameriški učenjak bi se ob omembi političnega pravoznanstva počutil domače, ker se je ta teoretična smer znotraj pravne vede v ZDA že pred desetletji uspešno uveljavila v tamkajšnjem znanstveno-raziskovalnem in univerzitetnem prostoru (Smith 1988, 89). Uveljavljenost političnega pravoznanstva v ZDA seveda ni nobeno naključje, saj gre za deželo, v kateri so dobršen del pravne tradicije od konca 19. stoletja gradili na nauku teorije pravnega realizma, ki nastanek pravnih pravil in načel razume kot produkt političnega procesa, njihovo uporabo s strani sodne oblasti pa vsaj deloma kot posledico javnopolitičnih izbir. Na bolj zadržan odziv bi nemara naleteli pri katerem izmed evropskih učenjakov, in to zlasti pri tistih, ki prihajajo z območij, kjer prevladuje nemška tradicija razumevanja prava. Naš evropski učenjak bi najbrž pokazal zanimanje za empirične vidike prava, a zanj bi bila prva izbira še vedno normativistična metodologija. Razlog za zadržanost Evropejca ne bi bil v tem, da le-ta ne bi priznaval vsaj omejenega vpliva političnih procesov na vsebino prava, bi pa lahko njegovo rahlo skepso povezali z zgodovinsko izkušnjo izvzemanja prava iz močnih rok vladarja, katerega prijem je na evropskem kontinentu začel popuščati šele tekom 19. stoletja, kot kaže izkušnja z nemškega prostora, kjer vznikne doktrina pravne države (*Rechtsstaat*) kot nekakšna kontinentalna različica angloameriške vladavine prava (*Rule of Law*), ki se je razvila nekaj stoletij pred tem. Med pravno državo in vladavino prava sodobna teorija prava zarisuje le nejasno ločnico, saj se v vsebinskem pogledu skorajda v celoti prekrivata (Pavčnik 2009, 31), vendar pa omenjena ločnica ostaja pomembna v toliko, v kolikor se razlikujejo zgodovinske okoliščine njunega nastanka in razvoja.³ Načelo pravne države je eno izmed osrednjih pravnih načel v sodobnih ustavnih demokracijah, a pomen tega načela se ne izčrpa na polju teorije prava, saj v svoji vsebini nujno posega tudi na polje politične teorije. To pomeni, da pravna država v sebi ne nosi zgolj pravne, temveč tudi politično razsežnost. Politično v tem primeru pomeni, da je koncept pravne države lansiral določeno razmerje političnih sil za utrditev političnega interesa najbolj agilnih skupin in posameznikov. Pravna država tako politično ni nevtralen pojem, ki je v enakem interesu vseh državljanov in vseh političnih akterjev, ampak je najbolj v interesu najmočnejših centrov moči. Gre za različni razsežnosti, ki ju gre analitično ločevati, vendar pa se v vsakdanjem življenju države tako zelo prepletata, da absolutne ločnice med njiju ni mogoče zarisati. Za vsakršno teorijo države je zato potrebno razumevanje obeh navedenih razsežnosti pravne države, ki je zaradi svojega vpliva postala eden osrednjih konceptov, s katerimi

³ Prim. Meierhenrich (2021). Izraza pravna država in vladavina prava sta v članku uporabljena kot sopomenki.

mislimo in opisujemo procese vodenja oz. upravljanja sodobne države. Medtem ko se pravna razsežnost pravne države osredotoča na moč pravnih pravil in načel, se politična razsežnost osredotoča na instrumentalno vrednost prava pri doseganju zastavljenih družbenih ciljev s strani državnih institucij. Stična točka med politologijo in pravom je ravno teorija države, v kateri morajo biti zaobjeti opisi institucionalnega ustroja države kot produkta tako pravnih kot političnih procesov. Za ta namen je nujna analitična razjasnitev temeljnih konceptov prava in politike, nato pa prepoznavanje njunih sorodnih značilnosti in značilnosti, na podlagi katerih se pravno in politično sooča v okviru delovanja države. Bistvo preučevanja razmerja med pravnim in političnim je njuna analitična razmejitev, hkrati pa tudi pojasnjevanje njunih raznolikih darov k vodenju in upravljanju države, torej tistega koncepta, ki si ga pravna in politična znanost kot objekt preučevanja nedvomno delita. Pravna in politološka veda državo proučujeta ločeno, vsaka s svojim pojmovnim aparatom, zato so tudi njune ugotovitve različne, vendar pa se vsaj v določenem obsegu srečata na točki oblasti in javnega prava. Tako politika kot pravo v človeški družbi opravljata temeljno funkcijo razreševanja konfliktov, pri čemer se njun pristop k opravljanju te funkcije razlikuje v toliko, v kolikor sta pravo in politika analitično različna družbena fenomena. Politično pravoznanstvo vztraja pri priznavanju politične vloge prava pri upravljanju javnih zadev, pri čemer pa seveda ne gre za enačenje prava in politike po vzoru kritične teorije prava. Jedrno sporočilo političnega pravoznanstva se tako glasi: *po eni strani je pravo produkt političnih procesov, po drugi strani pa pravo aktivno vpliva na procesne in vsebinske vidike političnih procesov*. Politično pravoznanstvo sicer poudarja vpliv politike na nastanek sodniškega prava, vendar pa ob tem ne sme prezreti vpliva prava na politiko, ki je v sodobnih ustavnih demokracijah močnejši, kot je bil kadarkoli doslej. Pravo in politika sta si v življenju države usojena, in sicer je vez med njima tako močna, da vsi tisti, ki skušajo med njiju postaviti absolutno ločnico, pravzaprav dodatno pripomorejo k razjasnitvi njune usodne navezave. Ker sta tako pravo kot politika instrumentalizirana v smeri razreševanja konfliktov med ljudmi in upravljanja s politično skupnostjo, lahko njuno funkcionalnost prikažemo skozi podobo kovanca z dvema različnima stranema.

Osrednji motiv političnega pravoznanstva je v eksplikaciji sodniškega prava, ki nastaja onkraj pravne dogmatike in se vsebinsko orientira glede na sodnikove javno politične izbire ter ideološke opredelitve. Predmet proučevanja političnega pravoznanstva je javno pravo, ki ureja razmerja med posameznikom in državno oblastjo, posebej ustavno pravo, v okviru katerega obstajajo načela delovanja in ohranjanja državne oblasti. Poleg organizacije državne oblasti je v ustavi vselej prisoten ideološki vidik razmerja med posameznikom in državo, ki je strnjen v poglavju o temeljnih človekovih pravicah in svoboščinah. Funkcija t. i. ideološke ustave je v usmerjanju razlage ustavnega dokumenta (Kristan 2014, 9), s čimer v okviru sodniškega prava nastaja vrednostno zaznamovano ustavno pravo. Besedilna ustava je produkt razmerij političnih sil ob njenem nastanku, je utrditev

tedanjih političnih razmerij in vprične politične strukture, ki jo tudi dolgoročno skozi formo prava brani. Povedano drugače, šele ideološka in politična razsežnost ustavi vdahne živahnega duha človeških odnosov, s čimer ji pripade status poglobitnega pravnega in političnega akta države. Razlagalna moč političnega pravoznanstva v pomembnem obsegu doprinaša k razumevanju vloge in funkcije sodne oblasti pri (so)upravljanju države. Nosilec sodne oblasti in njihovega delovanja politično pravoznanstvo ne zreducira na preprosto enačenje z nosilci zakonodajne in izvršilne oblasti, jih pa zato razume kot tisti del oblasti, ki na upravljanje države vpliva skozi sodne postopke, v katerih so prisotni vzorci odločanja na podlagi političnih stališč. Delovanje na sivem polju med pravom in politiko, kjer se politično pravoznanstvo vselej nahaja, preizkuša trdnost njune analitične razmejitve, s tem pa nam lahko razkrije in pojasni določene pomembne življenjske znake vsake države.

POLITIČNO PRAVOZNANSTVO: POLITOLOŠKA TEORIJA SODNIŠKEGA ODLOČANJA

Politično pravoznanstvo lahko označimo za politološki pristop k pravu, ki skuša opisati pomen politike pri nastanku in razvoju prava, lahko pa tudi vpliv prava na politične procese.⁴ Od npr. zgodovinskega ali sociološkega pravoznanstva se razlikuje v zornem kotu, s katerega opazuje pravo, zato politično pravoznanstvo ponuja zgolj eno izmed možnih perspektiv, s katerih skušamo razumeti pravo. V središče raziskovalnega procesa postavlja s celoto političnih razmerij posredovanega sodnika in ne monarha, predsednika republike, ministra v vladi ali izvoljenega predstavnika ljudstva v parlamentu. Zato sodnik tu nastopa kot avtonomen politični akter, ki ni v nobenem pogledu podrejen ostalim političnim akterjem, pri čemer so mu zaradi institucionalnih funkcij znotraj političnega sistema vsaj v demokratičnih političnih sistemih zagotovljene razmere za neodvisno izvrševanje funkcije v razmerju do nosilcev ostalih dveh delov državne oblasti. Obstoje omenjene perspektive je v temelju pogojen s pojmom prava in politike, ki določita doseg razlagalne moči političnega pravoznanstva. Šele z ustrezno konceptualizacijo pojmov prava in politike namreč lahko začrtamo teoretično izhodišče proučevanja. Kot glavni izziv političnega pravoznanstva lahko definiramo opis procesov razreševanja konfliktov med ljudmi, ki so prepuščeni sodni oblasti zaradi njenih imanentnih značilnosti. Na tem mestu se zastavlja vprašanje, zakaj je razrešitev določenih družbenih konfliktov prepuščena sodiščem in ne denimo parlamentu, kjer sedijo demokratično izvoljeni predstavniki ljudstva. Odgovor na to vprašanje se skriva v dveh različnih razsežnostih

⁴ Politično pravoznanstvo razumem kot analizo vzajemnega vplivanja med pravom in politiko. Za ZDA je zlasti zaradi vpliva behaviorizma sicer značilno razumevanje političnega pravoznanstva kot vplivanja politike na pravo, medtem ko v Evropi zaradi vpliva institucionalizma velja ravno obratno. Američani torej (večinoma, ne izključno) govorijo o politizaciji prava, Evropejci pa (prav tako večinoma, ne izključno) o juridifikaciji politike. Nekakšen kompromis med obema pristopoma predstavlja zgodovinsko-interpretativni teoretični model (Rehder 2007, 22–23).

pravnega in političnega. Medtem ko se v (demokratski) politiki predpostavlja, da se rešitve iščejo prek vzvodov moči, sklepanja kompromisov in dogovarjanja, se pravo v reševanje konfliktov podaja z ambicijo, da poda nedvoumno rešitev konflikta v smislu določitve »zmagovalca«. Pravniški *res iudicata* predpostavlja sodbo kot dokončno in ireverzibilno, zato sodni postopek zmore rešiti zlasti tiste konflikte, ki jih v danih razmerjih politične moči drugi akterji niso zmožni razrešiti. Druga možnost pa je tudi ta, da ostali politični akterji določenih konfliktov enostavno ne želijo razreševati, ker je tako politično bolj oportuno. Z vidika upravljanja politične skupnosti je torej sodna funkcija esencialnega pomena, saj nastopa kot garant mirnega razreševanja konfliktov, kar glede na oblastno funkcijo sodišč v temelju pomeni tudi politično razreševanje konfliktov, ki deluje v smeri utrjevanja obstoječega političnega konsenza.

Politično pravoznanstvo predstavlja teoretično usmeritev, ki odkrito oponira pravnim teorijam, ki pravo analizirajo v luči njegove domnevne izolacije od družbe, ideologije, interesov in človekove volje (*voluntas*). V tem pogledu politično pravoznanstvo sledi teoriji pravnega realizma, ki se je zgodovinsko porodila iz nasprotovanja togosti pojmovnega pravoznanstva iz 19. stoletja. Še pred pravnim realizmom so pojmovno pravoznanstvo in njegovo pozitivistično poreklo ostro kritizirali nemški svobodnopravniki s Hermannom Kantorowiczem na čelu, za katerega je bila pravna dogmatika zgolj privid, ki ni ustrezal pristni naravi sodniškega odločanja, saj se je zatekal k utvari o popolnosti kodeksa.⁵ Politično pravoznanstvo se osredotoča na sodniško pravo, kakršno nastaja kot produkt sodnikovih miselnih procesov, katerih ne obvladuje pravna dogmatika, temveč (predvsem) njegov odnos do političnih doktrin⁶ in javnih politik ter posredno vladajoči politični konsenz, ki nanj deluje nereflektirano. Ravno v navezavi na javne politike (*policy*) politično pravoznanstvo obravnava sodnikovo vrednotno opredelitev kot spodbudo za njegovo vlogo (so)ustvarjalca v političnem procesu ustvarjenega prava (Shapiro 1963, 311). Vloga (so)ustvarjalca je ključna za razumevanje epistemološke pozicije političnega pravoznanstva, ki torej zavrača predpostavko klasičnega naravnega prava o odkrivanju prava. V tem pogledu je poreklo političnega pravoznanstva pozitivistično, saj (tako kot tudi moderna politična znanost) nasprotuje enačenju prava (in politike) z moralo. Pozitivistično razumevanje prava kot *veljavnih* človeško ustvarjenih pravil, zapovedi in norm (Wacks 2022, 7) je skladno s poslanstvom političnega pravoznanstva v odkrivanju funkcij in moči sodstva v razmerju do ostalih dveh vej

⁵ »Edino pravna znanost misli, da lahko zaradi svoje domnevne sistematske popolnosti reši vsak resnični in vsak predstavljivi problem ter celo zahteva to sposobnost tudi od zadnjega svojih učencev. Mazač, ki tudi pri najbolj nejasnem primeru še najde diagnozo in tudi pri najbolj brezupni diagnozi terapijo, duhovnik, ki spovedancu za vsako napačno dejanje neizprosno zaračuna pokoro, ki jo hoče Bog, to sta usodna tovariša, s katerima potuje dogmatični pravnik« (Kantorowicz 2020, 76–77).

⁶ Moderna politična teorija identificira tri poglobitve doktrine, in sicer konservativizem, socializem in liberalizem. Sodobne države v zahodni pravno-politični tradiciji so v osnovi zavezane liberalni politični doktrini. Med naštetimi doktrinami nastajajo različne kombinacije, npr. socialnoliberalna politična doktrina, ki je značilna za evropski prostor.

oblasti (Shapiro 1963, 316), pa tudi v opisu širših družbenih implikacij sodnega razreševanja konfliktov. Z zornega kota političnega pravoznanstva pravo ni politično nevtrarno, saj se vsaka sodna odločitev vselej umesti v konkretno okolje, ki ga tvori razmerje političnih sil, tj. v okolje delovanja države, v katerem poteka kontinuirano politično tekmovanje. Da je sodna oblast dejansko vključena v sprejemanje političnih odločitev, je jasno razvidno iz primera ustavnega sodišča, ko presoja skladnost zakonov z ustavnimi določili (Damaška 1983, 368), pri čemer trend zadnjih nekaj desetletij kaže na porast procesa »poustavljanja« političnih procesov.⁷ Pomembno je poudariti, da politično pravoznanstvo ne stremi k odrekanju unikatnosti pravi in pravnim institucijam, temveč z izpostavljanjem podobnosti in razlik med političnimi akterji pravzaprav vzpostavlja nujno potrebno distinkcijo med pravnim in političnim odločanjem (Shapiro 1963, 317). Temeljna premisa političnega pravoznanstva pravi, da je pravo posebna dimenzija politike (Loughlin 2016, 2), ključno vprašanje ob tem pa je, kako pravo to svojo dimenzijo udejanja. Sodišča in sodniki torej opravljajo politično funkcijo, vendar to svojo funkcijo kvalitativno opravljajo drugače, kot to počnejo ostali politični akterji, kar je glavni razlog za njihovo uspešno sodelovanje v političnih procesih (Shapiro 1963, 318). Vztrajanje političnega pravoznanstva pri nedoločenosti pravnega jezika ima daljnosežne posledice za naravo sodniškega odločanja. Podobno vlogo, kot jo ima nedoločenost pravnega jezika, ima tudi povsem epistemološko dognanje, po katerem v abstraktni pravni normi ni mogoče zaobjeti vseh mogočih konkretnih dejanskih stanj, ki bi se ji absolutno prilegala, zato sta tu na tla vprašanji pravne predvidljivosti in pravne varnosti. Politični kriteriji sodniškega odločanja se pravnim kriterijem pridružijo, kjer se konča določnost in jasnost pravnih pravil.

Za zamejitev političnega pravoznanstva je ključnega pomena razjasnitev pojma politike. Jedro političnosti vselej tvorita skupno in oblastno, javno in prisilno. V naravi politike je aktivno usmerjanje družbe, pri čemer je ključna moč oz. zmožnost političnih akterjev, da dosežejo zastavljene cilje. Identiteta politike razkriva njeno zavračanje omejitev, tj. politika sama na sebi nima normativne (pravne ali moralne) razsežnosti, saj deluje po sebi lastnih zakonitostih.⁸ Primarni cilj politike je vselej usmerjen v zagotovitev (in ohranitev) oblastne pozicije, s katere je mogoče posredovati med navzkrižnimi interesi in nasprotnimi ideološkimi vizijami razvoja družbe. Normativno v politično prodre šele z interakcijo z moralo in s pravom kot dvema sicer prav tako analitično ločenima fenomenoma, ki pa se v realnosti politične skupnosti dokaj pogosto prekrivata. Z vidika političnega pravoznanstva je ključna predpostavka o tem, da sodišča delujejo politično s tem, ko razrešujejo konflikte, posegajo v interesno strukturo in prek tega

⁷ Cf. Stone Sweet (2000); Hirschl (2004).

⁸ Na Slovenskem je pionirsko delo na področju avtonomije politologije opravil Adolf Bibič. Bibič politologije ni zgolj utemeljil kot samostojne znanstvene discipline, temveč je ob tem svaril pred njeno instrumentalizacijo s strani prevladujočih družbenih sil. Šlo mu je za to, da politologija ne bi postala tehnični pripomoček najmočnejših, s čimer bi le-ti postajali še močnejši (Bibič 1981, 18).

kreirajo in utrjujejo obstoječi politični konsenz. Ta predpostavka je nujna, saj politično pravoznanstvo človeško sobivanje razume skozi inherentno vgrajeni konflikt, pri čemer je človek prepoznan kot politično bitje, ki mora z drugimi ljudmi obenem sodelovati in tekmovati. Ravno v tekmovalni razsežnosti človeškega sobivanja tako pravo kot politika ponujata svojevrstna načina upravljanja konfliktov. Nosilci sodne oblasti opravljajo funkcijo razsojanja v primeru sporov, le-to pa na polju ustavnega prava z zornega kota političnega pravoznanstva poteka po principu namenske interpretacije ustavnega dokumenta, v katero so zajeti ideološki in javnopolitični odtenki odločanja po veljavnem pravu. Politično pravoznanstvo se ne mudi pri vprašanju pravne pravilnosti sodniškega odločanja, torej s pravno dogmatičnimi argumenti, ampak se namesto tega osredotoča na opis vsebinske, tj. interesne plati konflikta in nosilnih skupin. Javni interes je interes vseh deležnikov v politični skupnosti in ne morebiti zgolj mehanska vsota vseh subjektov, zato so v njegovo definicijo vedno vključene tudi vrednote, ki odražajo sodnikovo politično umeščenost in s tem tudi njegovo ideološko opredelitev. Uporaba kriterija javnega interesa očitno presega okvire nekega konkretnega primera, saj se v tem primeru problematiko zasebnega misli skozi prizmo javnega. To privede do zaključka, po katerem je sodnikova drža hkrati pristranska in nepristranska, in sicer nepristranska do konkretnih strank v postopku, a pristranska v razmerju do ideološke konstrukcije političnih razmerij. Kadar pravni jezik dopušča več razlag oz. kadar pride do tehtanja deklarativno enakovrednih načel, je sodnikovo pojmovanje javnega interesa, vsaj z vidika političnega pravoznanstva, odločilni kriterij. Ideja javnega prostora je za vsakršno koncipiranje politike konstitutivna, kar pomeni, da se politično vselej oblikuje skozi prizmo skupnega.⁹ Politično pravoznanstvo v zavračanju avtonomije prava pravzaprav kritično presoja temelj sodne oblasti – načelo nepristranosti, brez katerega bi sodno razreševanje družbenih konfliktov izgubilo svojo glavno prednost v primerjavi s politiko, pri kateri štejejo drugi pristopi, npr. pogajanja med danimi interesi ali zanašanje na večinsko premoč. Politično pravoznanstvo namreč trdi, da v primerih, v katerih ni ene same pravilne rešitve sodnega spora,¹⁰ sodnikova sodba ni politično nevtralna. Posebno pri odločanju najvišjih sodnih instanc, na katere se zagovorniki političnega pravoznanstva še posebej radi osredotočajo, ima ključno vlogo večinski princip odločanja, ki pa ga v osnovi od Locka naprej povezujemo z idejo konstituiranja politike in v zadnjem stoletju tudi demokracije kot oblike političnega sistema.¹¹ Sojenje v sodnem senatu kot pravno pravilno

⁹ V politiki obstaja razumski element, ki političnim akterjem omogoča zastavitev družbenih ciljev in oblikovanje strategij za njihovo izpolnjevanje (Spruk 2022, 904).

¹⁰ Povsem absurdno bi bilo nedoločnost očitati npr. predpisom, ki urejajo najvišjo dovoljeno hitrost vožnje skozi naselje. Tu prostora za politične dejavnike pri odločanju preprosto ni. V primerih, v katerih se odloča na podlagi načel, zapisanih v ustavo, pa je maneverski prostor sodnika pri sojenju bistveno večji.

¹¹ Lukšič (1997, 983) političnost prepoznava kot konstitutivni element celotne sodne oblasti, tj. političnost je vgrajena v samo zasnovo sodišč, ki se med drugim kaže tudi skozi interne hierarhične odnose med sodniki, določena razmerja moči in neravnotežij, neenakosti in podvajanj.

sodbo postavlja tisto, za katero glasuje večina sodnikov, in ne tisto, ki bi jo kot pravilno potrdila npr. naravoslovna metodologija.

MED DVEMA DOKTRINAMA – PRAVNO IN POLITIČNO

Glavni izziv političnega pravoznanstva je določiti in *opisati* kriterije sodniškega odločanja. Politično pravoznanstvo skuša dognati, v kolikšni meri politične preference sodnikov vplivajo na njihovo sojenje. Ko govorimo o političnih preferencah, je govora zlasti o dveh vidikih političnih preferenc, tj. ideologiji in javnopolitičnih izbirah, vendar so slednje pravzaprav pogojene s prvo oz. so iz nje izvedena. Bistvo ideologije je sistematično urejen korpus idej in vrednot o človeku in skupnosti. V ideologiji se prepletajo individualni in strukturni vidiki človeškega sobivanja, v jedru ideologije se namreč nahaja večno vprašanje postavitve razmerja med delom in celoto. V vsaki politični skupnosti se to razmerje nujno vzpostavi, pri čemer je vzpostavitev konkretnih razmerij vselej del procesa, v katerem primesi teoloških determinizmov ali naravoslovnih konstant ne obstajajo. V temelju gre namreč za izčiščen politični proces, skozi katerega se vzpostavljajo razmerja moči, medtem ko so lahko omenjeni determinizmi in konstante vključeni le v toliko, v kolikor njihovo sporočilnost v ideološki sistem vprežejo konkretni nosilci interesov. Nastanek političnih doktrin je ideološko posredovan, saj gre za teren, na katerem se ljudje zavedo svojega položaja, interesov in konfliktov, tj. gre za ideološki teren, ki z refleksijo posameznih politično formiranih skupin dolgoročno dobi status doktrine. Glavne politične doktrine moderne dobe – liberalizem, socializem in konservativizem – so nastale v kontekstu globokih družbenih sprememb, ko so nove sile kapitalizma bile bitke za svojo prevlado in s tem ogrožale fevdalno ureditev. Naštete politične doktrine so v stvarnost priklicali nosilci različnih interesov – meščanstva, delavstva in plemstva –, ki so iz razmerja med delom in celoto izpeljali različne politične, pravne, ekonomske in druge razsežnosti človeškega sobivanja. Vsaka izmed političnih doktrin na svojstven način, vedno pa v skladu s svojim temeljnim interesom, naslavlja temeljni politični izziv, ki je nakazan v nasprotju med svobodo in enakostjo.¹² Premagovanje ovir med obema konstitutivnima vrednotama moderne dobe v politični teoriji praviloma poteka v imenu dobrobiti celotne skupnosti oz. interesov politično zaokrožene celote.¹³ Politično vselej napotuje na skupno, zato vezanje interesa izključno na posameznika ne more predstavljati glavne premise te ali one politične teorije. Še drugače, posameznikova svoboda je v politično teorijo vpeta v toliko, v kolikor jo le-ta zmore upravičiti pred ciljem ohranjanja celotne skupnosti. Na vprašanje, koliko svobode še lahko prenese skupnost, posamezne politične doktrine odgovarjajo različno, pri čemer je referenčen zlasti

¹² Francoska revolucija je obe vrednoti združila (skupaj z bratstvom) v slogan *liberte, egalite, fraternite*. Svobodo in enakost človeka v moderni dobi so v svoj politični program vključile domala vse meščanske politične platforme.

¹³ Tudi najbolj individualistično obarvane politične doktrine se morajo pri odmeri posameznikove svobode ozreti k posledicam za skupnost.

odnos do vloge države v družbi. Intervencionistična in minimalna država imata različne interesne in zato tudi ideološke nastavke, v obeh pa se skuša zaobjeti celovit program skrajnega dometa državne oblasti v urejanju medčloveških odnosov. Delitev na negativno in pozitivno polje svobode ter javno in zasebno sfero človeškega življenja pomeni poskus odmere posameznikove avtonomije in državnih pristojnosti.¹⁴ Našteti pojmi so zatorej v osnovi del pojmovnega aparata za opis ideološko pogojenega razmerja med delom in celoto. Ideološko in politično v temelju pomeni pristransko, saj vsaka politična doktrina vsebuje različne odtenke vrednot, v imenu katerih poteka politični proces umestitve partikularnega interesa v obče dobro.

Medtem ko politične doktrine konkretizirajo ideološke premise na področju politike, pravne doktrine konkretizirajo ideološke premise na področju prava. Pravne doktrine zarisujejo meje avtonomije prava, tj. iz pravnih doktrin so izpeljane odločitve, ki jih je mogoče sprejeti na podlagi pravne argumentacije. Pravna doktrina na ta način pokaže domet pravne argumentacije, s čimer pravo ograjuje od drugih družbenih in političnih fenomenov ter od drugih družbenih oblik zavesti, npr. morale, umetnosti ali religije in njihovega konceptualnega aparata. Ključna funkcija pravne doktrine je torej v tem, da skuša sistematizirati in interpretirati veljavno pravo (Peczenik 2001, 75), politična vloga tega početja pa je v tem, da pravno doktrino vzpostavlja kot neodvisno kategorijo zunaj družbenih konstelacij in vsakokratnih političnih razmerij. Klasično pojmovanje pravne doktrine vsebuje predpostavko o zmožnosti razrešitve vsakega konkretnega sodnega spora na podlagi pravne argumentacije oz. nevtralnih pravnih načel, kar izključuje vplive političnih stališč ali osebnostnih potez sodnika na razsodbo (Tiller in Cross 2005, 3). Podoba klasične pravne doktrine je umerjena po kriterijih pravne znanosti, ki so jih utemeljevali zlasti nemški profesorji prava v 19. stoletju na čelu s Savignyjem. Kritika nemških svobodnopравnikov je to podobo prepričljivo ovrgla s tem, da je izpostavila nezmožnost doseganja ideala popolnosti pravnega sistema, ki samega sebe reproducira brez eksternih vplivov.¹⁵ To ne pomeni, da je doktrina s tem postala odvečna, pomeni pa, da se je njena opisna in razlagalna moč omejila.

Pravu je še vedno potrebno priznati notranjo koherentnost in s tem relativno avtonomijo v razmerju do politike, ki jo povzemajo različne pravne doktrine. Kot ugotavlja Aleksander Peczenik, pa notranja koherentnost prava ne zadošča, saj mora biti pravni sistem harmoniziran s prevladujočo moralo in politično

¹⁴ Radikalna politična teorija, npr. feminizem, ne more pristati na tovrstno razdelitev, saj bi si s tem zvezala roke za hrbtom. Po liberalni koncepciji je politično vezano na javno, to pa za radikalno kritiko ni dovolj, saj tako zunaj dosega sprememb ostane prevelik del medčloveških odnosov. Vztrajanje feminizma pri krilatici javno = zasebno in zasebno = politično je torej prvi pogoj za doseg cilja emancipacije žensk v razmerju do moških.

¹⁵ Kot najbolj izviren poskus utemeljitve prava kot popolnoma avtonomnega sistema štejemo Kelsnovo čisto teorijo prava. Kelsnova teorija pojasnjuje normativno naravo prava, ki je predpisovalna (*Sollen*) in ne opisovalna (*Sein*), pri čemer pravne norme razume kot objektivne, neosebne in neodvisne od dejstev (Heidemann 2020, 1).

filozofijo (Peczenik 2001, 79), kar kaže na družbeno pogojenost celotnega pravnega sistema in njemu imanentnih doktrin, s pomočjo katerih se najbolj približamo idealu pravne znanosti.¹⁶ Zlasti pravni realizem pravno doktrino skuša razumeti v tem oziru, saj izhaja iz predpostavke o delni razlagalni moči pravne doktrine, ki ji dodaja še druge kriterije odločanja v procesu sodniškega odločanja. Politično pravožnanstvo v tem sledi pravnemu realizmu, ob tem pa se osredotoča zlasti na ideološke prvine sodniškega odločanja, v katerih so zajete politične preference. Slednjih ne gre izenačevati z ozkim pojmovanjem politike, tj. dnevnapolitičnim strankarskim, frakcijskim ali individualnim bojem za oblast, temveč gre za kompleksno omrežje interesov in od tu oblikovanih idej in vrednot, ki odsevajo razumevanje politične skupnosti in vloge posameznika v njej.

Meje med pravno in politično doktrino morajo biti analitično karseda jasno zarisane, saj med pravom in politiko ni enačaja. Gre za dva različna fenomena, ki do določene mere delujeta avtonomno, vendar pa med njima v realnosti obstoja države in družbe absolutna ločnica ne obstaja. Tako pravo kot politika na neki točki izgubita avtonomnost, zato je pomembno razumeti njuno soodvisnost, o kateri danes ni nobenega dvoma. Trendi zadnjih nekaj desetletij znotraj zahodne pravno-politične tradicije kažejo na naraščanje vpliva prava na politiko, kar velja zlasti za ustavno pravo. Moč sodne oblasti narašča skozi proces konstitucionalizacije in pospeševanja t. i. judikalizacije politike, pri čemer pa se prepoznajo spregleda politični izvor konstitucionalizma (Hirschl 2004, 211). Politične vizije ustvarjajo različne podobe reda (Loughlin 2000, 217), proti kateremu se ozirata tako pravo kot politika. Konstitucionalizem v moderni dobi je navdahnjen liberalna politična doktrina, s katero je meščanstvo dokončno želelo zlomiti srednjeveški korporativizem in fevdalno ureditev. Diskurz človekovih pravic ima politično poreklo, čeprav ga obvladujejo pravni pojmi in koncepti, o njihovih konkretnih izpeljavah pa odločajo sodišča. Brez političnega konsenza, ki ga vzdržuje razmerje političnih sil v prid zagotavljanja človekovih pravic, nobeno sodišče ne zmore izpeljati koncepta človekovih pravic za posamezne skupine ali posameznike. Če pravo ne premore odtenka političnosti, potem pravo ne more opravljati svojega pomembnega poslanstva, tj. postavljati normativnih preprek zgoščanju politične moči, ki bi potencialno lahko navrgla arbitrarno oblast. Npr. ustavno sodišče ne more omejevat moči zakonodajalca, če tudi samo nima politične podpore v državi. Ustavnosodni nadzor nad zakonodajno oblastjo lahko poteka izključno po pravilih pravne stroke, a njegove posledice so vselej tudi politične. Političnost pravzaprav najdemo že pri sami vzpostavitvi ureditve, ki tovrsten nadzor omogoča, saj se na ta način v jedru prerazporeja politična moč med različne institucionalne nosilce oblasti v državi. Osredotočanje na posledice sodnih odločitev je značilno za politološko razumevanje prava, pri katerem je pomembno predvsem vprašanje zmage oz. poraza v sodnem postopku, kar

¹⁶ Podoba urejenega pravnega sveta ima štiri pomanjkljivosti: ontološko nejasnost, nedoločenoost, fragmentiranost in lokalnost (Peczenik 2001, 83).

je z vidika posledic sicer ključno, ni pa s tem izčrpana vsa razsežnost pravnega postopka. Posebej znotraj sistema precedenčnega prava so sodniške obrazložitve sodb skorajda enako pomembne kot sama določitev zmagovalca sodnega postopka, vendar se politologi bolj kot na vsebinske vidike sodb še vedno raje osredotočajo na končne posledice (Friedman 2006, 266).¹⁷

POLITIČNI KRITERIJI SODNIŠKEGA ODLOČANJA

Ko je leta 1977 izšla knjiga pravnika Johna Griffitha *The Politics of the Judiciary*, je v Združenem kraljestvu završalo. Vznemirjenje je povzročila avtorjeva analiza funkcije sodišč v političnem sistemu, ki je med drugim pokazala, da sodniki ne odločajo izključno po kriterijih pravne stroke, kar da velja tako za sistem splošnega *common law* kot za sistem zakonskega prava (*statute law*), v katerih se sodniški kreativnosti enostavno ni mogoče izogniti (Griffith 1997, 281). Ustvarjalnost sodnika se kaže na različne načine, tj. od ugotavljanja namena zakonodajalca do ekstenzivnih razlag pravnih norm. Teorija pravnega realizma, denimo, kreativnost sodnikom pripisuje iz razloga pomske odprtosti pravnih norm, ki jih zato ni mogoče uporabljati mehanično. Nezmožnost mehanične uporabe pravnih norm zahteva interpretiranje, ki je v osnovi ustvarjalna dejavnost vsakega človeka, zaradi česar v pravu pogosto (ne pa vselej) ni mogoče ustvariti objektivno pravih razlag, če kot objektivno vzamemo kriterij naravoslovnih ved.¹⁸ Pravna metodologija je specifična ravno v tem, da so predmet sprememb v družbi in politiki tako primarna kot tudi sekundarna pravila (Friedman 2006, 265),¹⁹ kar objektivno pravilnost podvrže vplivom prostora in časa, ki segajo onkraj pravno dogmatičnih pravil. Griffith tradicionalno razumevanje funkcije sodne oblasti, pri kateri sta v ospredju zlasti načeli nevtralnosti in nepristranosti, označi za mit. Nevtralnost namreč presega zahtevo po nepristranosti v razmerju do strank v sodnem postopku in od sodnika terja, da se spremeni v političnega, ekonomskega in socialnega evnuha, ki pri sojenju ne sme upoštevati posledic sodb (Griffith 1997, 290).²⁰ Funkcija sodišč je politična funkcija, kar izhaja iz njihove umeščenosti v politični sistem (*ibid.*, 292–93), političnost pa ne pomeni zgolj avtoritativnega razreševanja sporov, temveč tudi to, da se pri razreševanju sporov upošteva kriterij širših posledic za družbo in politično skupnost kot celoto. V tem je jedro zanimanja političnega pravoznanstva, ki mora pri analiziranju posledic sodnih odločitev krepko preseči okvire strankarske politike in

¹⁷ Z zornega kota sodniškega prava, pri katerem učinkuje doktrina *stare decisis*, imajo obrazložitve sodb veliko težo tudi v sistemih civilnega prava.

¹⁸ Npr. Larry Alexander in Emily Sherwin zagovarjata tezo, po kateri ne obstajajo posebne oblike pravnega rezoniranja, saj pravni odločevalci uporabljajo enake oblike rezoniranja kot vsi tisti ljudje, ki se odločajo o tem, kaj storiti. Med te oblike rezoniranja spadajo moralno rezoniranje, empirično rezoniranje in dedukcija iz avtoritativnih pravil (Alexander in Sherwin 2008, 3).

¹⁹ Gre za Hartovo koncipiranje primarnih in sekundarnih pravil.

²⁰ John Griffith je navedeno knjigo spisal v obdobju velikih ekonomskih in političnih pretresov v Združenem kraljestvu. Njegov opis konservativne narave sodne oblasti sovпада z nezmožnostjo uravnoteženja interesov med delom in kapitalom s strani zakonodajne in izvršilne oblasti.

se osredotočiti na ideološke vidike sodb. S tega zornega kota postane jasno, zakaj se politično pravoznanstvo posveča javnemu pravu, tj. pravu, ki ureja razmerja med posameznikom in državo ter razmerja med državnimi institucijami. Jeffrey Segal in Harold Spaeth menita, da je vloga sodnikov, posebej sodnikov najvišjih sodišč, v tem, da (so)ustvarjajo javne politike skozi posamične primere, iz katerih izidejo posledice, ki so bistveno širše od posledic za konkretne stranke postopkov (Segal in Spaeth 2002, 8). Avtorja sta pred dobrima dvema desetletjema ocenjevala, da je na svetu le nekaj držav, ki so sodiščem podelila pristojnost razreševanja tako širokih sporov kot Združene države Amerike, vendar je že omejen proces konstitucionalizacije politike v večini ustavnih demokracij krepko razširil polje presoje sodišč.

Ameriški sistem se v mnogočem razlikuje od sistemov v Evropi, vendar se zdijo razlogi za širitev sodniške jurisdikcije, ki jih Segal in Spaeth sicer navajata v kontekstu ameriške izkušnje, precej poznani tudi v evropskih državah, kjer delujejo načela ustavne demokracije. Na tem mestu sta pomembna zlasti dva razloga, tj. institucionalizacija ustavnosodnega nadzora nad zakonodajno oblastjo in nezaupanje do državne oblasti (izvršilne in zakonodajne).²¹ Slednje je vgrajeno v liberalno politično doktrino, znotraj katere velja človekova svoboda za osrednjo vrednoto. Začetni upor zoper kraljevi absolutizem se je v moderni državi prelevil v iskanje institucionalnih varoval pred samovoljo državne oblasti, v kateri je klasični liberalizem prepoznal največjo grožnjo svobodi posameznika in njegovi lastnini. Sodobna širitev polja presoje sodišč v državah, ki pripadajo t. i. zahodni pravno politični tradiciji, ima temelje v enačenju večinskega principa odločanja s politiko, pri katerem je bistvena zlasti procesna neoporečnost. Poslanstvo modernega naravnega prava v obliki iskanja univerzalnih človekovih pravic in svoboščin, s katerimi bi se posameznik lažje obranil pred izvotlitvijo njegovih interesov v korist politično opredeljenih splošnih interesov, je privedlo do razumevanja sodne oblasti kot branika individualne svobode v razmerju do t. i. političnih vej oblasti, tj. zakonodajne in izvršilne oblasti. Sodna oblast postane, kot bi rekel Alexander Bickel,²² najmanj nevarna veja državne oblasti. Ko zakonodajalec sprejema zakone, ima pred seboj abstraktno celoto, medtem ko sodišča odločajo v konkretnih postopkih. Konkretno ima vselej večji posluš za posameznikove posebnosti kot abstraktno.

Pretrsljiva izkušnja druge svetovne vojne je dala procesu »posodnikovanja«²³ politike odločilen zagon, ko se institucionalizira ustavnosodni nadzor nad

²¹ Poleg nezaupanja do državne oblasti in ustavnosodnega nadzora nad zakonodajalcem avtorja navajata še temeljno pravo (ustava), federalizem in delitev oblasti.

²² Bickel ameriško vrhovno sodišče opisuje kot najmanj nevarno vejo oblasti in najmočnejše sodišče na svetu. Moč sodišča izhaja iz ustavnosodnega nadzora nad zakonodajalcem, tj. iz pristojnosti, ki v ameriški ustavi ni nikjer zapisana. Bickel glede tega nonšalantno pripomni: »*To ne pomeni, da pristojnosti ustavnosodnega nadzora ni mogoče vstaviti v ustavo; pomeni zgolj, da je tam ni mogoče najti.*« (Bickel 1962, 1).

zakonodajalcem.²³ Volja zakonodajalca se umakne ustavnim pravilom in načelom, kar pomeni, da volja in moč večine ne pretehtata nad pravicami posameznika. Politično pravoznanstvo se v večji meri posveča ravno ustavnim sodiščem (v primeru Združenih držav Amerike vrhovnemu sodišču),²⁴ saj ima ta institucija pristojnost presoje usklajenosti zakonov z ustavnimi pravili in načeli. Politično pravoznanstvo slednje razume bolj kot orodja političnega procesa in ne kot strokovno tehničnih navodil. Iz tega razloga je politično pravoznanstvo zadržano do nevtralnosti, ustavna sodišča pa so najbolj logična izbira za analizo tudi zato, ker ta sodišča sodijo na podlagi manj določnih pravil oz. načel, ki jih morajo vsebinsko napolniti šele sodniki in ne zakonodajalec. Manj določna so pravila, več je maneverskega prostora za diskrecijsko odločanje, pri katerem se odločevalec običajno pomika onkraj pravne dogmatike, s čimer se povečujejo možnosti za vpeljavo izvenpravnih kriterijev odločanja.

Med izvenpravne kriterije odločanja spadajo tudi ideološke opredelitve, na katere se osredotoča politično pravoznanstvo. Skupina profesorjev političnih ved z ameriških univerz je ustvarila teoretični model, ki predpostavlja, da iz ideologije izpeljane vrednote predstavljajo najboljši kriterij za napovedovanje glasovanja posameznih sodnikov na ameriškem vrhovnem sodišču (Segal *et al.* 1995, 812). T.i. atitudinalni model temelji na časopisnih poročilih o izpričanih vrednotah posameznih sodnikov, ki so nato uporabljena kot sredstvo za napovedovanje glasovanj posameznih sodnikov na področju državljanskih svoboščin in ekonomije. Avtorji na primer ugotavljajo, da napoved v primeru sodnice Ruth Bader Ginsburg kaže, da bo v zadevah, povezanih z državljanskimi svoboščinami, v 61 % glasovala v skladu z liberalno doktrino, v ekonomskih zadevah pa bo liberalno stališče podprla v 57 % (*ibid.*, 820).²⁵ Atitudinalni model je bil sčasoma nadgrajen s t.i. strateškim modelom, ki predpostavlja, da družbeni akterji (v tem primeru sodniki) (1) odločitve sprejemajo na podlagi zastavljenih ciljev, (2) delujejo strateško v smislu, da svoje odločitve prilagajajo pričakovanjem drugih akterjev, (3) njihove odločitve pa so strukturirane glede na pravila institucije, v okviru katere so sprejeta (Epstein in Knight 2000, 626). Za oba modela je značilno, da pravni doktrini ne pripisujeta znatnega vpliva na odločitve sodnikov, saj oba predpostavljata, da imajo specifična dejstva posameznega primera večjo odločevalsko težo od pravnih norm in doktrin. V tem primeru gre za t.i. vzvratno argumentacijo, pri kateri se sodnik na pravne norme in doktrine nasloni šele potem, ko

²³ John Ferejohn navaja tri načine povečevanja moči sodišč: (1) sodišča vsebinsko omejujejo in regulirajo delovanje zakonodajne oblasti, (2) na sodiščih nastajajo vsebinske javne politike ter (3) sodišča regulirajo politične procese prek uvajanja standardov sprejemljivega delovanja interesnih skupin, političnih strank ter izvoljenih in imenovanih funkcionarjev (Ferejohn 2002, 41).

²⁴ V Združenih državah Amerike ustavnosodni nadzor ni omejen na vrhovno sodišče, a gre za najvišjo instanco v sodni veji oblasti.

²⁵ Ameriški politični prostor je razdeljen na liberalni in konservativni del, zato razprava upošteva zgolj ti dve ideološki poziciji.

že sprejme odločitev.²⁶ Za politično pravoznanstvo so zares pomembne posledice sprejete odločitve, ki se ne nanašajo toliko na neposredne udeležence v postopku, temveč na širšo skupnost, kar še bolj očitno velja za sisteme precedenčnega prava, v katerih je vloga sodnika kot (so)ustvarjalca javnih politik še bolj izrazita. Ključna predpostavka političnega pravoznanstva o tem, da sodniki pravo ustvarjajo in ne odkrivajo, implicira na prevlado voluntarizma nad dogmatiko. Martin Shapiro celo meni, da je v sami naravi sodnih institucij laž, ki se je sodniki poslužujejo z namenom prikrivanja dejstva, da pravo ustvarjajo in ne odkrivajo (Shapiro 1994, 156). Shapiro ne moralizira, temveč skuša s provokativno retoriko ovreči mit o objektivnosti in nevtralnosti sojenja.²⁷ Politično pravoznanstvo kot glavni kriterij odločanja sprejema ideološke opredelitve posameznih sodnikov, ki pravna pravila uporabijo naknadno, torej šele potem, ko alternativne rešitve preizkusijo na polju ideologije. V jedru slednje je razmerje med posameznikom in državo, iz katerega so izpeljane različne stopnje posameznikove svobode oz. avtonomije, lahko bi rekli tudi negativne svobode, kamor država s svojimi javnimi politikami ne posega. Prostor negativne svobode je prostor tekmovanja in formalne enakosti, tj. gre za prostor, v katerem razlike med ljudmi pridejo najbolj do izraza, zato je to tudi prostor, kjer se ustvarja materialna neenakost. Ideološki branik negativne svobode predstavlja liberalizem, ki v svoji klasični različici državo dojema kot nujno zlo in ji odmerja minimalen prostor poseganja, medtem ko v svoji sodobnejši različici, t. i. socialnoliberalni različici, sprejema širše polje javnega, torej skupnega prostora, kjer vprašanje enakosti ni zreducirano na postopkovni vidik, temveč je navorjeno tudi vprašanje materialne enakosti. Politično pravoznanstvo vztraja pri predpostavki o navidezni nevtralnosti sojenja v razmerju do političnih doktrin in ne do konkretnih političnih strank ali političnih akterjev. Sodnika torej ne gre preprosto izenačevati s politikom, ga pa je vsekakor potrebno razumeti kot človeka z relativno izčiščenimi političnimi in ideološkimi stališči. Sodniki v demokratičnih političnih sistemih niso strankarski aparatčiki, razumejo pa, da njihove odločitve ne padejo v družbeni in politični vakuum, zato kot kriterij presoje upoštevajo tudi posledice za širšo politično skupnost, kar njihovo odločanje naredi ideološko. Razmerje med posameznikovo avtonomijo in državnim intervencionizmom je temeljno ideološko vprašanje, ki se v pravu najbolj izrazito manifestira na polju ustavnega prava. Ustava ni zgolj formalno najvišji pravni akt, temveč je hkrati tudi politični temelj. Leonid Pitamic je ves pravni značaj države vezal na vprašanje, kdo je ali kje je tista oblast, ki ima pristojnost interpretiranja ustave.²⁸ Za

²⁶ Ameriška izkušnja kaže, da najvišja sodišča, zlasti pa vrhovno sodišče, pri obravnavi politično občutljivih zadev pogosto sledijo političnemu konsenzu v državi.

²⁷ Roscoe Pound, eden pionirjev sociologije prava, je zavračal Blackstonovo koncipiranje absolutnih pravnih načel, ki jih sodišča odkrivajo in nevtrarno uporabljajo v konkretnih primerih. Pound ost kritike usmeri zoper sodnike v sistemu common law, ki prava niso prilagajali spremenjenim družbenim okoliščinam (Pound 1913, 363–64).

²⁸ V tem primeru ne gre zgolj za vprašanje pravne narave, temveč gre tudi za vprašanje politične narave države, saj se vprašanje nanaša na mesto oblasti oz. moči. Kdor ima pristojnost interpretiranja ustave, poseduje politično moč, prek katere posega v družbena razmerja.

politični sistem Združenih držav Amerike, kjer je ta pristojnost dodeljena sodni oblasti, je tako Pitamic predlagal poimenovanje »sodnijska republika« (Pitamic 2019, 43). Dandanes takšne države imenujemo ustavne demokracije, v katerih ustavna sodišča vsebinsko zamejujejo moč zakonodajalca, pri čemer zagovorniki političnega konstitucionalizma kot slabost te ureditve navajajo zlasti pomanjkanje demokratične odgovornosti sodnikov.²⁹ Težnja političnega pravoznanstva je, da pokaže na politično poreklo sodnih odločitev, s čimer preizkuša domet in kapacitete prava. Pri tem se politično pravoznanstvo opira na teoretične prvine pravnega realizma in pravnega pozitivizma, ki jima je skupno najmanj to, da pravo razumeta kot produkt človekove in politične volje.

SKLEP

V pričujoči razpravi je bilo poudarjeno, da sta pravo in politika ločena fenomena, čeravno za praktično vsakršno obliko države predstavljata nepogrešljiv dvojec. Vladavina prava sicer ni sinonim za vladanje s pravom, a prvo nujno predpostavlja drugo. Posebno znotraj pravne stroke velja, da političnost pomeni nekaj kontaminiranega oz. nekaj, čemur se je dobro izogniti. Za tovrstno prepričanje je značilno izrazito ozko pojmovanje politike, ki je zreducirano na vsakodnevni boj (političnih strank idr. subjektov) za oblast.³⁰ Po drugi strani politološka stroka pravo prepogosto obravnava podcenjujoče, češ da ne zajame širše slike družbenega življenja. Pomembna odlika političnega pravoznanstva je, da skuša med vedama zgraditi most, čeprav velja, da gre za politološko disciplino, ki preučuje delovanje sodišč. Slednja odločajo o nekaterih najpomembnejših vprašanih človeškega sobivanja, ki so bila še v ne tako oddaljeni preteklosti rezervirana za t. i. politične veje oblasti. Sodobni politični sistemi v zahodni pravni in politični tradiciji imajo v jedru načelo vladavine prava, skupaj z demokracijo in temeljnimi človekovimi pravicami. Iz termina »vladavina prava« lahko razberemo, da je pravo politično, saj – vlada. Vladajo torej tudi sodniki, ki pravo na avtoritativen način uporabljajo pri razreševanju družbenih konfliktov, pri čemer imajo vsebinski standardi, ki jih pri tem postavljajo, daljnosežnejše posledice od konkretnih za stranke postopka. Vladati pa pomeni biti opredeljen in delovati v interesu najmočnejših političnih skupin, saj nevtralna vladavina pač ne obstaja. Politično pravoznanstvo vztraja pri tem, da sodniki pri sojenju upoštevajo svoje ideološke opredelitve, kar še posebej izrazito velja za najvišja sodišča, npr. ustavna sodišča.

²⁹ Richard Bellamy meni, da je demokracija nadrejena konstitucionalizmu, vladavini prava in temeljnim človekovim pravicam. To pa ne zato, ker bi bila demokracija pomembnejša od vsega naštetega, ampak zato, ker demokracija vse naštetu združuje v sebi (Bellamy 2007, 260). Bellamyjevo pojmovanje demokracije je izrazito široko, tj. demokracije ne pojmuje zgolj kot večinskega principa odločanja, kar demokracija v osnovi je, temveč ji pripisuje kvalitativne lastnosti, ki niso *nujno* del koncepta demokracije. Npr. vladavina prava ni imanentna demokraciji, jo pa lahko razumemo kot prvi pogoj za ohranitev demokratičnega političnega sistema, kakršen je značilen za zahodno pravno in politično tradicijo.

³⁰ Med 16. in 17. stoletjem pojem politike dobi pejorativen pomen, ki se spremeni iz opredelitve najplemenitejše človeške dejavnosti, s katero se bori proti pokvarjenosti, v oznako izprijene dejavnosti, ki se pokvarjenosti prilagaja in jo vzdržuje (Viroli 1992, 1).

Pri tem ne trdi, da vsak sodnik v vsakem primeru zasleduje lasten ideološki cilj, trdi pa, da v primerih, v katerih pravna pravila niso dovolj jasna in določna, ideološki kriterij prevlada. Iz tega razloga je za vladavino prava tako zelo pomembno, da so pravna pravila predvidljiva, jasna, določna in stabilna, saj takšna pravna pravila izključujejo vpeljavo izvenpravnih kriterijev v odločanje. Ker pa določen del pravnih pravil tega visokega standarda ne dosega, so določene sodne odločitve sprejete po kriterijih ideoloških preferenc sodnika, ki praviloma reproducirajo vladajočo ideologijo. Slednji se lahko posluži še mnogih drugih kriterijev, vendar so za politično pravoznanstvo pomembni predvsem ideološki kriteriji, ki pokažejo na sodnikovo opredelitev glede političnih doktrin. Ta del sodnih odločitev zanima politično pravoznanstvo, ki lahko s svojimi izsledki poda pomemben doprinos k razumevanju delovanja sodne oblasti in političnega sistema kot celote.

LITERATURA

- Alexander, Larry, in Emily Sherwin. 2008. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bellamy, Richard. 2007. *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bibič, Adolf. 1981. *Za politologiju*. Zagreb: Center za kulturnu djelatnost SSO.
- Bickel, Alexander. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven in London: Yale University Press.
- Damaška, Mirjan. 1983. »On Circumstances Favoring Codification.« *Revista Juridica U. P. R.* 52: 355–71.
- Epstein, Lee, in Jack Knight. 2000. »Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead.« *Political Research Quarterly* 53 (3): 625–61.
- Ferejohn, John. 2002. »Judicializing Politics, Politicizing Law.« *Law and Contemporary Problems* 65 (3): 41–68.
- Fitzpatrick, Peter, in Alan Hunt. 1987. »Critical Legal Studies: Introduction.« *Journal of Law and Society* 14 (1): 1–3.
- Friedman, Barry. 2006. »Taking Law Seriously.« *Perspectives on Politics* 4 (2): 261–76.
- Griffith, John. 1997. *The Politics of the Judiciary*. London: Fontana Press.
- Heidemann, Carsten. 2020. *Hans Kelsen's Normativism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kantorowicz, Hermann. 2020. *Boj za pravno znanost*. Ljubljana: GV Založba.
- Kristan, Andrej. 2014. »Razumeti ustavo.« *Revus – Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 23: 7–11.
- Loughlin, Martin. 2000. *Sword & Scales*. Oxford, Portland: Hart Publishing.
- Loughlin, Martin. 2016. »Political Jurisprudence.« *Revue internationale de droit politique* 16: 1–19.
- Lukšič, Igor. 1997. »Političnost Ustavnega sodišča.« *Teorija in praksa* 34 (6): 982–1000.
- Marx, Karl. 1976. »Nemška ideologija.« V: *Izbrana dela*, zvezek II, Karl Marx, Friedrich Engels, urednik Boris Žiherl, 5–352. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Meierhenrich, Jens. 2021. *Rechtsstaat versus the Rule of Law*. V: *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, urednika Jens Meierhenrich in Martin Loughlin, 39–67. Cambridge: Cambridge University Press.

-
- Pašukanis, Evgenij. 2014. *Splošna teorija prava in marksizem*. Ljubljana: Sophia.
- Pavčnik, Marijan. 2009. »Narava pravne države in njene prvine.« V: *Pravna država*, urednik Marijan Pavčnik, 29–55. Ljubljana: GV Založba.
- Peczenik, Aleksander. 2001. »A Theory of Legal Doctrine.« *Ratio Juris* 14 (1): 75–105.
- Pitamic, Leonid. 2019. *Pravo in revolucija*. Ljubljana: GV Založba.
- Pound, Roscoe. 1913. »Courts and Legislation.« *The American Political Science Review* 7 (3): 361–83.
- Ratnapala, Suri. 2009. *Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rehder, Britta. 2007. »What is Political about Jurisprudence?« Max Planck Institute for the study of societies, MPIfG Discussion Paper 07/5: 1–28.
- Segal, Jeffrey, Lee Epstein, Charles Cameron in Harold Spaeth. 1995. »Ideological Values and the Votes of U. S. Supreme Court Justices Revisited.« *The Journal of Politics* 57 (3): 812–23.
- Segal, Jeffrey, in Harold Spaeth. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro, Martin. 1963. »Political Jurisprudence.« *Kentucky Law Review* 52 (2): 294–345.
- Shapiro, Martin. 1994. »Judges As Liars.« *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17 (1): 155–56.
- Smith, Rogers. 1988. »Political Jurisprudence, the 'New Institutionalism', and the Future of Public Law.« *American Political Science Review* 82 (1): 89–108.
- Spruk, Jure. 2022. »Racionalnost moderne politike: k razumevanju jedra političnosti.« *Teorija in praksa* 59 (4): 892–906.
- Stone Sweet, Ryan. 2000. *Governing With Judges*. Oxford: Oxford University Press.
- Tamanaha, Brian. 2010. *Beyond the Formalist – Realist Divide*. Princeton, Oxford: Princeton University Press.
- Viroli, Maurizio. 1992. *From Politics to Reason of State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wacks, Raymond. 2022. *Filozofija prava. Zelo kratek uvod*. Ljubljana: Založba Krtina.

THEORETICAL ELEMENTS OF POLITICAL JURISPRUDENCE

Abstract. *The article discusses political jurisprudence; namely, the discipline of political science that studies the working of the courts. Political jurisprudence has three core characteristics: (1) law is a means for achieving political goals; (2) the courts are political institutions and the judges are political actors; and (3) law is created rather than discovered by the judges. These characteristics are opposed to the image of legal neutrality, which presupposes value and social isolation. Instead, it supports the image of ideologically based law that is politically biased with respect to political doctrines, but not in relation to daily political struggles. Emphasis is given to the highest courts – constitutional courts – which frequently decide politically delicate cases in constitutional democracies. From the point of view of political jurisprudence, the best criteria for the prediction of a judge's votes are their ideological preferences.*

Keywords: *law, politics, political jurisprudence.*