



Revus

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

6 | 2006

Modeli pravosodne legitimnosti

O treh modelih sodniškega nadzora, razpravljanja in pravosodne legitimnosti

Sodišče Evropskih skupnosti, francosko Kasacijsko sodišče in Vrhovno
sodišče Združenih držav Amerike

*Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The
European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme
Court*

Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser

Translator: Andrej Kristan



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/1826>

DOI: 10.4000/revus.1826

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 janvier 2006

Number of pages: 13-56

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser, « O treh modelih sodniškega nadzora, razpravljanja in pravosodne
legitimnosti », *Revus* [Spletna izdaja], 6 | 2006, Datum spletne objave: 04 mars 2013, ogled: 04 mai
2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/1826> ; DOI : 10.4000/revus.1826

All rights reserved

O T R E H M O D E L I H S O D N I Š K E G A
N A D Z O R A , R A Z P R A V L J A N J A I N
P R A V O S O D N E L E G I T I M N O S T I :
S O D I Š Č E E V R O P S K I H S K U P N O S T I ,
F R A N C O S K O K A S A C I J S K O S O D I Š Č E
I N V R H O V N O S O D I Š Č E Z D R U Ž E N I H
D R Ž A V A M E R I K E ¹

MITCHEL DE S.-O.-L'E. LASSER²

1. Uvod

S primerjavo ustaljenih načinov argumentiranja na Sodišču Evropskih skupnosti v Luksemburgu, francoskem Kasacijskem sodišču in Vrhovnem sodišču Združenih držav Amerike v tej razpravi krajše povzemam svojo knjigo *Pravosodno preudarjanje – primerjalna razčlenitev pravosodne preglednosti in legitimnosti*.³ V njej opisujem, da se Kasacijsko sodišče v Franciji prvenstveno naslanja na institucionalno porajanje sodniške odgovornosti, preudarjanja in pravosodne legitimnosti, da ameriško vrhovno sodišče vse skupaj polaga na sodno argumentacijo in da je evropsko sodišče razvilo nekakšen konglomeratni model,

¹ Razprava, delno prirejena, ki jo je avtor sprva objavil pod naslovom *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court*, v *Jean Monnet Working Papers* 1/2003, New York University School of Law. Vse pravice so pridržane. Nobenega dela te razprave v nobeni obliki ni dovoljeno reproducirati brez avtorjeve privolitve.

² Profesor na pravni fakulteti Univerze v Cornellu.

³ Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, New York, Oxford University Press, 2004 (ISBN: 0-19-927412-6).

ki združuje nekatere značilnosti institucionalnega in argumentativnega pristopa.

Najlažje bo razumeti ustaljene načine razpravljanja, institucionalno ureditev in konceptualni stroj katerega od teh treh sodišč, če se osredotočimo na temeljno strukturno posebnost, ki loči francosko in ameriško obliko pravosodnega diskurza. Bistvena razlika je, preprosto povedano, v tem, da francoski model svoje argumentiranje *cepi* na dve razpravni okolji (od katerih je le eno – to je silogistična francoska sodna odločba – dosledno predstavljeno javnosti), medtem ko ameriški model dva načina argumentiranja medsebojno javno *prepleta* v enem in istem razpravnem prostoru, torej v sami sodni odločbi.

Omenjena *cepitev* (angl. *bifurcation*) oziroma *prepletanje* (angl. *integration*) pravosodnega argumentiranja nista niti vzrok francosko-ameriških razlik niti zgolj njihov odsev. Lahko bi rekli, da gre hkrati za vzrok in za posledico, za formalno in materialno različnost, ki odraža, obenem pa tudi krepi pomembne razlike v tem, kako francoski oziroma ameriški pravniki razumejo pravo in vlogo sodstva v njem. Prav tako odraža in hkrati krepi pomembne razlike med francosko ter ameriško pravno in sodno dejavnostjo. Zato primerjalnemu preučevanju osredotočenje na *razcepljenost* oziroma *prepletenost* pravosodnega argumentiranja ponuja posebej obetaven pristop k razumevanju francoske ter ameriške pravne teorije in prakse. Ker pa ima tudi Sodišče Evropskih skupnosti francoske korenine, je tak pristop še toliko pomembnejši prav pri preučevanju slednjega.

V tej razpravi prikazujem, da razlikovanje med *razcepljenostjo* in *prepletenostjo* pravosodnega argumentiranja ne le nakaže, pač pa omogoči tudi jasno izoblikovanje prav tistih *problematik*, ki pravosodnim sistemom Francije, Združenih držav Amerike in Evropske unije posamič dajejo obliko in značilnosti. Francoski model, na primer, ustreza značilno francoski problematiki – torej *kako ohranjati prvenstvo zakonodaje, ob tem pa sočasno spodbujati in nadzorovati interpretacijsko prilagodljivost sodstva ter normativno sodno oblast?* Ameriški model išče odgovor na vprašanje: *kako hkrati razvijati tako a) bolj formalistično, na besedilu slonečo* (angl. *textually formal*), *kot tudi b) bolj pravno-politično usmerjeno* (angl. *policy-oriented*) *argumentacijo, in sicer tako, da bi bilo sodniško ustvarjanje prava s tem nadzorovano in legitimirano?* Podobno za model Evropske unije velja, da ga značilno opredeljuje povsem svojstveno vprašanje: *kako prilagoditi francoski model, da bi ustrezal javno napadanemu normativnemu in političnemu okolju Evropske unije?*

Opis teh problematik, seznanitev s pristopanjem do njih in z njihovim razreševanjem pomaga razumeti, čemu sploh služijo posebnosti obravnavanja

nih treh pravosodnih sistemov. Francoski model kaže temeljit primer konceptualnega in institucionalnega načrtovanja. Njegov prvi element je že omenjena groba cepitev pravosodnega argumentiranja. Zato sestavlja *objavljeno* francosko sodno odločbo a) enostavni silogizem, temelječ na besedilni zakonski podlagi, medtem ko je v *skrito* razpravno okolje znotraj francoskega pravosodnega aparata odrinjeno b) na temeljni poštenosti sloneče, neuokvirjeno razpravljanje o pravnem prilagajanju in naravni pravičnosti (angl. *equity*). Drugi element francoskega modela predstavlja konceptualno pomiritev tega diskurzivnega razcepa s pomočjo francoskega pojmovanja »pravnih virov«. To pojmovanje naklanja pravotvorno veljavo (angl. *law-making status*) in avtoriteto zgolj zakonodajalcu. Takšno omejevanje pravne *moči* sodnih odločb pa se obenem vendarle izkaže tudi za osvobajajoče, saj vrata odpira prilagodljivosti sodniškega odločanja. Francoskim sodnikom je namreč dejansko dovoljeno, da svoje interpretacije po potrebi spreminjajo; za posamične primere to storijo v imenu »naravne pravičnosti« (angl. *equity*), za vrsto primerov pa v imenu »prilagajanja in posodobljenja prava«. Spreminjanje interpretacij je dopustno samo zato, ker sodniške interpretacije po francoskem pojmovanju pravnih virov ne ustvarjajo in ne morejo ustvarjati »prava«. Kljub tej konceptualni rešitvi pa francoski model vendar poskrbi tudi za obvladovanje tega *de facto* preostanka normativne sodne oblasti: francoska država namreč s šolskim formiranjem republikanskih elit ustvarja skupno in enotno normativno polje, za katerega nadalje skrbi preko institucionalnih in poklicnih hierarhičnih struktur.

Ameriški model javno prepleta dva načina argumentiranja v enotnem razpravnem okolju, argumentacijska struktura, ki jo to prepletanje ustvarja, pa omogoča legitimiranje in nadzor sodniškega izvrševanja znatne normativne oblasti. Ameriški sistem svojim sodnim odločbam priznava moč ustvarjanja prava s *precedensi* (angl. *caselaw-making status*). Ker pa hkrati ne premore institucionalnih struktur poenotenja in nadzorstva, kakršne pozna francoski pravni sistem, ameriški model vključuje tudi javno, argumentativno predstavitev ustrezno utemeljenega in prisilnega sodniškega odločanja. Bolj ali manj celotno težo legitimiranja sodniškega odločanja ameriški model v bistvu polaga na en sam dokument – na sodno odločbo. Zato se diskurz ameriškega vrhovnega sodišča – in seveda ameriški pravni diskurz nasploh – opira na javno prepleteno oziroma konglomeratno obliko pravosodnega argumentiranja: v enem samem, javnem polju sodnega mnenja (sodne odločbe) združuje ameriški model tako a) bolj formalistični kot tudi b) bolj pravnopolitično usmerjeni (ang. *policy-oriented*) način argumentiranja. Z nenehnim in skrbnim pre-

pletanjem teh dveh načinov razpravljanja na enem mestu pa postaja ameriški pravosodni diskurz nadvse skrbno zgrajena zmes navidezno navzkrižnih interpretacijskih impulzov; zmes, ki z vsako svojih interpretativnih možnosti hkrati obeta in preti. Rezultat je skrbno uravnan, odločno središčen in izredno močan način argumentativnega utemeljevanja, ki v več pogledih odraža tendenco nekakšnega formaliziranja pragmatičnosti (angl. *formalization of the pragmatic*).

Evropski model (ki seveda ustreza specifično evropski problematiki), končno, gradi in ohranja mehkejšo različico francoske razcepljenosti pravosodnega diskurza. Ob odsotnosti takšnih institucionalnih podlag, ki francoskemu sodnemu sistemu omogočajo poenotenje, nadzor in legitimiranje sodniškega odločanja, pa Sodišče Evropskih skupnosti (v nadaljevanju: Sodišče ES) vseeno privzema nekoliko bolj javno argumentativen pristop. Posledično v vsaki zadevi Sodišče ES hkrati objavi obe razpravni polji (odločbo Sodišča in sklepne predloge generalnega pravobranilca); s tem strogo francosko ločitev na dva razpravna prostora zabriše, razliko med njima pa pomembno oslabi. Sodišče ES ta zmernejši razcep nato skupaj veže tako, da – v obeh razpravnih poljih – razvija premišljen, sistemski, »metateleološki diskurz«, ki a) po eni strani teži k promoviranju ustreznega pravnega reda, ki naj bi bil sposoben ustvarjati takšno normativno ter institucionalno enovitost, kakršno zagotavlja francoski model, hkrati pa se b) po drugi strani naslanja na javno, diskurzivno legitimnost, kakršno udejanja ameriški model.

Naslednja tri poglavja ponujajo nekak uvodni izvleček opisa teh treh problematik in rešitev, ki pravosodnim sistemom Francije, Združenih držav Amerike in Evropske unije dajejo značilnosti in ki jih obravnavam tudi v svoji že prej omenjeni knjigi. V njej sicer primerno širše razpravljam tudi o težavnih, vendar izredno zanimivih vprašanjih vladavine prava in demokratičnih teorij, ki jih postavljajo obravnavani trije pravosodni modeli, na tem mestu pa želim vzbuditi bralčev apetit le s krajšim orisom naslednjih razčlenitev: kako se vsako izmed teh treh sodišč – francosko Kasacijsko sodišče (2. poglavje), Vrhovno sodišče Združenih držav Amerike (3. poglavje) ter Sodišče Evropskih skupnosti (4. poglavje) – ukvarja s tako ključnimi zadevami, kot so sodniški nadzor in odgovornost, demokratično razpravljanje in preudarjanje ter pravosodna legitimnost?

2. Francosko Kasacijsko sodišče

Francoski sodni sistem svoje argumentiranje cepi na dve ločeni razpravni okolišji, kot sem podrobno razložil drugje.⁴ Po eni strani predstavljajo njegove uradne, javne sodne odločbe – ki so oprte na prgišče temeljnih zakonskih določil in zapovrstno nizanje vsebinskih sodniških interpretacij teh določil – sliko formalističnega in uradniškega sodniškega odločanja, sestavljenega s silogistično deduktivnimi sredstvi. Po drugi strani pa notranje razprave visokih strokovnih slojev francoskega pravosodja – te so podprte z znanstveno doktrino in argumenti drugih sodnih uradnikov – dajejo sliko neformalnega odločanja, temelječega na ustvarjanju in razvijanju družbeno ustrezne hermenevtike.

V prvem, formalnem okolju sodniškega odločanja – torej v sodni odločbi – nastopa francoski sodnik kot pasivni posredovalec, ki zgolj uveljavlja uzakonjeno zakonodajalčevo voljo, vtisnjeno v samo matrico Zakona. V drugem, neformalnem okolju sprejemanja odločitev – za zaprtimi vrati sodnih soban – pa sodniki delujejo tvorno. Ozaveščeni z znanstveno doktrino, predhodno sodno *jurisprudence* in argumenti *sodnih uradnikov*, kot sta generalni pravobranilec ter sodnik poročevalec, morajo sodiki Zakon razlagati in uveljavljati smiselno. V tem, neformalnem okolju si sodniki tvorno prizadevajo pretresti, domisliti in ustvariti normativne rešitve, ki bodo razumne in družbeno pomenljive. Zato morajo resno vzeti v obzir poglobitve poglede univerzitetnih, doktrinarnih piscev; še posebej se morajo prepričati, da odgovarjajo zahtevam poštenosti in naravne pravičnosti (angl. *equity*) ter družbenim potrebam po prilagajanju in posodobljenju prava.

V tem poglavju bom najprej na kratko predstavil korenito razcepljeno obliko francoskega pravosodnega diskurza,⁵ nato pa bom skušal razložiti, kako se lahko ta strogi francoski razpravni dualizem ohranja *v dobri veri* – tako s praktičnega kot s konceptualnega vidika. Ta razlaga ima tri dele. Prvič, Francozi ohranjajo posebno in nadvse pomembno opredelitev »prava«, ki se močno razlikuje od svojih ameriških ustreznic (tako pred-realistične kot tudi post-realistične). Ta opredelitev »prava« se pojavi skupaj s temeljnim francoskim pojmovanjem »pravnih virov«, ki na plano postavlja tradicionalno francosko

⁴ Mitchel Lasser, *Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, *Yale Law Journal* (1995) 104/6, 1325.

⁵ Opomba prevajalca: Avtor tu govori o »French civil judicial discourse«, da bi ga ločil od diskurza francoskega administrativnega sodstva. Pravo razliko je v prevodu težko izpostaviti, gre pa za to, da v Franciji ločijo *cours judiciaires* – ki so v pravem pomenu besede *pravosodna* sodišča – od upravnih sodišč oz. *cours administratifs*, pri čemer so prva – torej *pravosodna* oz. *judiciaires* – tako civilnopravna kot kazenska sodišča. Najvišje sodišče v sistemu civilnopravnega in kazenskega sodstva je v Franciji prav Kasacijsko sodišče.

razumevanje ločitve oblasti, prvenstva zakonodaje in vloge sodstva. Drugič, francoski pravni sistem ohranja skrbno uravnotežen institucionalni ustroj, ki vzpostavlja in odraža posebno delitev dela med svojimi glavnimi institucionalnimi igralci. Tretjič, francoski pravni sistem poseduje posebej na državo osredotočeno, meritokratično in republikansko *mentaliteto*, ki preveva in utemeljuje osnovne formalne, konceptualne in institucionalne strukture francoskega sistema.

Francoski pravosodni diskurz, kot rečeno, značilno opredeljuje edinstvena cepitev pravosodnega argumentiranja. Prvo sestavino tega razpravnega dualizma predstavlja uradna, objavljena sodna odločba francoskega pravosodnega sistema. Prav te odločbe so bile najmanj zadnjih sto let predmet čudeče se ameriške primerjalne fascinacije; in to z razlogom! Te sodne odločbe ameriškim očem kažejo docela osupljiv portret francoskega pravnega in posebej sodnega sistema. Predstavljajo namreč jasno in skrbno zasnovano podobo pasivne in mehanične sodniške podložnosti, služeče uzakonjenim željam francoskega zakonodajalca.

Težko je tu izraziti jasnost in moč tega *uradnega* francoskega portreta vloge sodstva. Morda je najboljšje naznanilo njegove vsenavzoče narave in avtoritativne doslednosti prav dejstvo, da francosko pravosodje ta portret razširja samo, dan za dnem. Francosko pravosodje vse svoje objavljene sodne odločbe sestavlja na način, ki je skrajn celo po kontinentalnopravnih merilih celinske Evrope. Njegove odločbe so razvpito kratke: tiste s Kasacijskega sodišča (v civilno- in kazenskopravnih zadevah je to najvišje, tako rekoč vrhovno francosko sodišče) zavzamejo manj kot eno tipkano stran! Za ameriškega *common-lawyerja* je zato listanje francoskih zbirk primerov prav presenetljivo.

Da bi dobili občutek o objavljenem delu francoskega pravosodnega diskurza, naj enostavno navedem eno odločbo francoskega pritožbenega sodstva. V nadaljevanju navedena sodba, izdana leta 1995 v pomembni zadevi pred francoskim Kasacijskim sodiščem, bi morala za splošni vtis zadostovati. Odločba se v *svoji celovitosti* glasi takole:

SODIŠČE: — O edini točki:

Na podlagi 1382. člena Civilnega zakonika;

Glede na to, da je storilec delikta ali kvazidelikta odgovoren za polno povračilo škode, ki jo je povzročil;

Glede na to, da je – kakor pravi izpodbijana sodba (Višje sodišče v Rouenu, 2. oddelek, 25. junij 1995) – gospo Annick X ..., medtem ko je vozila kolo, z avtom zbil in poškodoval gospod Y ...; *da* je gospodiščina Catherine X ..., v svojem ime-

nu in v imenu gospe Annick X ..., svoje matere, vložila tožbo na povračilo škode proti gospodu Y ... in njegovi zavarovalnici ...;

Glede na to, da je sodba, sledeč mnenju izvedenca, z nepriznanjem upravičenja gospe X ... do povračila nematerialne škode odločila, da žrtev v vegetativnem stanju absolutno ni zmožna ničesar čutiti, niti bolečine niti občutka prikrajšanja zaradi iznakaženja ali nezmožnosti užitkov niti bivanjskih skrbi; da je višje sodišče zaradi tega zaključilo, da škoda ni dokazana;

Da je s takšnim izrekom višje sodišče kršilo zgoraj navajano besedilo, saj mora biti škoda povrnjena v celoti, kajti vegetativno stanje človeka ne izključuje nobene oblike povračila škode;

IZ TEH RAZLOGOV

RAZVELJAVLJA [sodbo višjega sodišča], a le v zvezi s povračilom nematerialne škode gospe X ..., in zadevo vrača na Višje sodišče v Parizu.⁶

Ta primer predstavlja vzorčno sestavljeno in razlogovano – čeprav neobičajno razumljivo – odločbo francoskega Kasacijskega sodišča, ki izkazuje vse značilnosti svojega žanra: gre za enostavni silogizem, izrečen v neverjetno kratki, neosebni in nepodpisani kolegiatni obliki, brez kakršnihkoli pritrdilnih ali zavrnilnih ločenih mnenj, z neznatno, če sploh, navedbo dejanskega stanja in

⁶ Cass. 2e civ., 22 févr. 1995, 1996 D. Jur. 69 (note Chartier). Opomba prevajalca: Navedek, v podani obliki ustaljen v francoskem pravnem prostoru, pomeni: »Sodba 2. civilnega oddelka Kasacijskega sodišča z 22. februarja 1995, objavljena v zbirki sodne prakse *Dalloz Jurisprudence* iz leta 1996 pod številko 69; doktrinarno beležko pod njo je napisal Chartier.« Sodba se v izvirniku glasi:

(Mlle X... c/ Sté Transport agglomération Elbeuvienne)

ARRET

LA COUR: – Sur le moyen unique: – Vu l'art. 1382 du Code civil; *Attendu que* l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit est tenu à la réparation intégrale du dommage qu'il a causé; – *Attendu*, selon l'arrêt attaqué (CA Rouen, 2^e ch., 25 juin 1992), que Mme Annick X... qui circulait à bicyclette a été heurtée et blessée par l'automobile de M. Y..., *que* Mlle Catherine X... agissant tant en son nom qu'en celui de Mme Annick X... sa mère, a assigné M. Y... et son assureur, la Cie Norwich Union, la caisse primaire d'assurance maladie d'Elbeuf et Sté Transport agglomération Elbeuvienne en réparation de son préjudice;

Attendu que pour exclure Mme X... de la réparation de son préjudice personnel, l'arrêt relève que, selon l'expert, la victime, réduite à l'état végétatif, n'est absolument pas apte à ressentir quoi que ce soit, qu'il s'agisse d'une douleur, d'un sentiment de diminution du fait d'une disgrâce esthétique ou d'un phénomène de frustration des plaisirs comme des soucis de l'existence; *que* la cour d'appel en déduit qu'il n'existe pas la preuve d'un préjudice certain;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

PAR CES MOTIFS:

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qui concerne le préjudice personnel de Mme X..., l'arrêt rendu le 25 juin 1992, entre les parties, par la cour d'appel de Rouen; remet, en conséquences, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Paris.

CASS. 2^e CIV., 22 févr. 1995. – MM. Zakine, prés. – Michaud, rapp. – Monnet, av. gén. – SCP Boré et Xavier, M^{es} Copper-Royer, Blanc, av. – Cassation partielle de CA Rouen, 25 juin 1992 [2^e ch.].

nikakršnim sklicevanjem na prejšnje primere, družbene cilje in politike (angl. *policy*) ali katerekoli druge nezakonske vire. Odločba Kasacijskega sodišča je torej dokument opazno formalističnega videza, ki se na vso moč trudi sporočiti, da je francoski sodnik samo pasivni posredovalec zakonskega prava.

Precej težko si je predstavljati, kako bi katerikoli pravni sistem lahko deloval, če bi se njegovo sodstvo dejansko vedlo skladno z uradnim francoskim portretom vloge pravosodja. Seznam mogočih težav je preprosto neobvladljiv. Francoski Civilni zakonik – če izberemo le neposredno očitno zadrego – je zdaj star že 200 let. Je res mogoče, da napredna zahodna demokracija enaindvajsetega stoletja, s šestim največjim svetovnim gospodarstvom, deluje v pravnem sistemu, katerega sodniki mehanično uveljavljajo uzakonjena pravila, ki datirajo v Napoleonov vek? Lahko sodniki, brez navajanja primerov, ki bi služili kot precedens, razlagajo določila Zakonika, kakor jih je volja? Mar morajo biti tako neučinkoviti, da ponovno pretehtavajo temeljna vprašanja interpretacije in pravnopolitične primernosti (angl. *policy*) ob vsaki novi prometni nesreči? Mar je sodni sistem kot celota res lahko tako neučinkovit in nepovezan, da dopušča in od vsakega sodnika celo zahteva, da se s takimi vprašanji spopada, o njih razmišlja in jih razrešuje posamič, brez nadzora ali usmerjanja, ki bi ga priskrbeli drugi sodniki ali predhodne odločitve? Če morajo francoski sodniki uveljavljati Zakonik posamič in mehansko, kako naj potem francosko sodstvo sodeluje v pomembni institucionalni razpravi o tem, kako sistematično odgovarjati na pritiskajoče interpretacijske in družbene zadrege? Grobo rečeno: kako lahko takšen sistem sploh deluje?

Francosko znanstveno pisanje oz. *doktrina* daje prvi odgovor na to, kako francoski pravni sistem lahko (in tudi res) deluje. To znanstveno pisanje v francoskem pravnem sistemu zaseda določeno vmesno oziroma posredovalno vlogo. Jasno je, po eni strani, da doktrina ni uradni, javni proizvod delovanja zakonodajne, izvršilne ali sodne veje oblasti. Pa tudi razumevanje francoske zakonitosti, ki ga doktrina razodeva, je zelo drugačno od tistega, ki ga skrbno gradi in razširja uradni francoski portret.

Potem ko pravkar navedena dejstva vzamemo v zakup, pa bi bilo osrednje mesto znanstvene doktrine v francoskem pravnem sistemu dokaj težko preceniti. Najprej je treba priznati naslednje: francoski profesorji prava so v pomenljivi meri pravzaprav državni igralci. Ne le da so vsi državni uslužbenci – kajti vse francoske pravne fakultete so državne institucije, vključene v francoski nacionalni univerzitetni sistem – pač pa so bili vsi deležni tudi državno usmerjanega in od države financiranega šolanja, vodenega s strani močno centraliziranih državnih izobraževalnih institucij. Prav vsi so šli skozi močno državno

regulirane postopke francoskega visokošolskega preverjanja in priznavanja – ki jih zdaj tudi sami vodijo – in ki na zelo visoki ravni pripeljejo do izredno cenjene *agrégation*. V določenem smislu so francoski učenjaki zato po definiciji *državni* učenjaki.

Drugič se moramo zavedati, da doktrina v vsakodnevnem delovanju francoskega pravnega sistema igra ključno vlogo. Tej vlogi najopazneje pritiče izdelava znanstvenih kritičnih *beležk* k primerom (fr. *notes*), torej dokaj kratkih znanstvenih pojasnil in kritičnih ocen, ki se tičejo posamezne nedavne sodne odločbe. Spoznanje, kdaj in kje so te beležke objavljane, je za razumevanje njihove povsem osrednje vloge ključno. V glavnem se rutinsko pojavljajo v francoskih različicah poročevalcev ali zbirk sodne prakse (tak je npr. *Recueil Dalloz*). Običajno so objavljene kot dodatek k samim sodnim odločbam, s katerimi so torej natisnjene skupaj – na isti strani. Tako francoskim odvetnikom pogosto prav beležke predstavljajo primarni vir spoznavanja s sodnimi odločbami in z njihovim pomenom, vse to pa dopušča, da ta znanstvena pisanja dojemamo celo kot »kvaziuradne« dokumente.

Te doktrinarne beležke dajejo vpogled v korenito drugačno razumevanje francoskega pravnega in sodnega sistema, kot pa ga ponuja uradni francoski portret. Profesor Yves Chartier, ki je v znamenito zgovornem slogu napisal doktrinarno beležko ob rob prej navedeni sodni odločbi Kasacijskega sodišča, povsem jasno pove, da odločba sodišča v tem primeru ne ubija zgolj ene muhe na en mah, zadan z mehanično uporabo Zakonika in brez ozira na ostale primere ali zavedanje o njih. Nasprotno, dobro poučen o obstoječi sodni praksi in znanstveni doktrini je drugi civilni oddelek Kasacijskega sodišča sprejel težko in odločilno izbiro: pomanjkljiv, čeprav »logičen«, »subjektivni« pojem škode je »odrinil na stran«, in sicer je to storil na medsebojno povezanih pravno-političnih (angl. *policy*), pravičnostnih (angl. *equity*), etičnih in družbenih temeljih. S tem je – kot pravi profesor Chartier – zavzel »etično« držo, torej stališče, ki se zavzema za človekovo »dostojanstvo«, varuje šibke in ranljive, priznava dejansko in kognitivno zapletenost ter negotovost (glede vegetativnega stanja žrtve) ter zavrača implicitno fašistično pojmovanje »podljudi«. Z ugotovitvijo »v strnjeni in zaradi tega toliko jasnejši obliki, da 'mora biti škoda povrnjena v celoti, saj vegetativno stanje ne izključuje nobene vrste odškodnine'«, je drugi civilni oddelek jasno razglasil spremembo svoje sodne prakse in na ta način »izvedel popolno poenotenje s tisto [sodno prakso] s kazenskega oddelka« Kasacijskega sodišča.⁷

⁷ Glej sodbo 2. civilnega oddelka Kasacijskega sodišča z 22. februarja 1995, *Dalloz Jurisprudence* 1996, 69 (beležka: Chartier).

Sodniki drugega civilnega oddelka so, kot piše Chartier v doktrinarni beležki, namerno spremenili in prilagodili francosko pravno pokrajino, in to v glavnem iz institucionalnih in etičnopravičnih razlogov. Gledano s tega zornega kota pa francoski sodnik ne ustreza ravno uradni portretni podobi pasivnega in mehaničnega služabnika Zakona.

Na abstraktni in sistematični ravni beležka kot žanr točno pokaže, kje se francosko doktrinarno razumevanje sodniške vloge sreča s pragmatičnim univerzummom sodnika in praktika. Predpostavke, ki podpirajo beležko, kakršna je Chartierjeva, jasno odražajo in ponavljajo primarne skrbi mainstreamovske francoske znanstvene teorije. Chartierjevo razumevanje sodniške vloge ni nič drugega kot tipično nadaljevanje mainstreamovskih francoskih doktrinarnih pojmovanj. Ta pojmovanja lahko na prvi pogled delujejo težko uskladjiva z uradnim francoskim portretom pasivnega in mehaničnega sodnika, vendar pa imajo kljub temu že dolgo močan vpliv na francoskih univerzah, na katerih so vsi francoski pravniki izšolani in torej vzgojeni za delovanje v francoskem pravnem sistemu.

Kot nakazuje navedeni primer, francoske doktrinarne razprave o naravni pravičnosti (angl. *equity*), pravnem prilagajanju in institucionalni sodni pristojnosti niso odrinjene v znanstveno osamo. Zahvaljujoč francoskemu sistemu objavljanja dajejo beležke k primerom znanstvenim razpravam stično točko s francosko sodniško prakso; odpirajo pa jim tudi vrata v dnevna razpravljanja o tem, kako bi morali (tako z vsebinskega kot z metodološkega vidika) francoski sodniki v primerih odločati.

Kljub temu bi bilo napačno misliti, da so takšne družbeno usmerjene etične in pravičnostne skrbi po svojem izvoru le znanstvene ali doktrinarne nara-ve in da so njihova utemeljujoča, čeprav do neke mere neuradna, pojmovanja o sodstvu – skupaj s skrbmi za naravno pravičnost (angl. *equity*), pravno prilagajanje in posodabljanje ter institucionalno vlogo sodnika – torej v sodstvo vnesena le od zunaj. Dejansko se izkaže, da se to neuradno dojemanje sodnikove družbeno pravičnostne vloge odraža tudi globoko znotraj samega francoskega pravosodja, in sicer v notranjem razpravnem okolju, v katerem sodni uradniki svojim stanovskim kolegom predstavljajo argumente za to, kako naj bo v zadevah, ki so pred njimi, odločeno.

Dva sodna uradnika (fr. *magistrat*) igrata v teh notranjih sodniških razpravah posebej pomembni vlogi: to sta generalni pravobranilec in sodnik poročevalec. Po tem, ko svoji stališči v postopku zagovarjata stranki, *generalni pravobranilec* v položaju *amicus curiae* nastopi »na parketu« v imenu javnega blaga, interesa družbe in ustrezne uporabe prava.⁸ Kasneje svoje argu-

⁸ Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Pariz, Montchrestien, (3. izd.) 1989, 260.

mente predstavi v *sklepnih predlogih* (fr. *conclusions*), ki so pisni dokument.⁹ Z institucionalnega in poklicnega vidika so generalni pravobranilci in sodniki pravzaprav stanovski kolegi: svojo izobrazbo in usposabljanje pridobijo na isti šoli, torej *Ecole Nationale de la Magistrature*,¹⁰ kot člani istega sodniškega telesa pa lahko tudi prestopajo iz sodniške v pravobranilsko službo in obratno.¹¹

Drugi ključni sodni uradnik je *sodnik poročevalec*. To je tisti član sodišča, ki v vsakem posamičnem primeru nosi glavno odgovornost za pregled spisov nižjih sodišč, oblikovanje in študij pravnih vprašanj, predlaganje rešitve zadeve ostalim članom senata in osnutek sodbe. Preden se z ostalimi razpravnimi sodniki spusti v preudarjanje in glasovanje, sodnik poročevalec svojim kolegom predstavi lastne ugotovitve in predlagano rešitev v dokumentu, imenovanem *poročilo* (fr. *rapport*).

V vsaki zadevi pred Kasacijskim sodiščem torej dva sodna uradnika pred svojimi kolegi argumentirata, kako naj bo primer razsojen in zakaj. Tip argumentacije, ki jo ta dva sodna uradnika razvijata v svojih *sklepnih predlogih* in *poročilih*, pa vzbuja pozornost. Kot ti dokumenti jasno kažejo, se od generalnih pravobranilcev in sodnikov poročevalcev *pričakuje*, da razpravljajo na posebej odkrit, izčrpen in oseben način. Od njih se *pričakuje*, da se sklicujejo na pretekle sodne odločbe in doktrinarne komentarje, da izpostavljajo potrebo po prilagoditvi ali posodabljanju prava, ki ustreza razvijajočim se družbenim potrebam, in celo – ali pa morda še posebej – da razpravljajo v neuokvirjenem izrazju temeljne poštenosti in dobre stare *naravne pravičnosti* (angl. *equity*). Skratka, v tem drugem razpravnem okolju nastopajo francoski sodni uradniki na način, ki se od tistega v uradni sodni odločbi razlikuje, kolikor si je sploh mogoče predstavljati.¹²

V francoskem modelu pa tako posebnega pomena ni le dejstvo, da poseduje dva korenito različna načina pravosodnega argumentiranja, pač pa predvsem to, da je eden od njiju bolj ali manj v celoti skrit pred očmi javnosti. Le majhno prgišče sklepnih predlogov in poročil je vsako leto objavljenih, čeprav so napisani v vsakem primeru pred francoskim Kasacijskim sodiščem; in celo ob tistih izjemno redkih priložnostih, ko vendar ugledajo luč dneva v poročevalcih ali zbirkah sodne prakse, so zelo neprizanesljivo redigirani. Izkaže se,

⁹ Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Pariz, Montchrestien, (3. izd.) 1989, 296.

¹⁰ Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Pariz, Montchrestien, (3. izd.) 1989, 264, 310.

¹¹ Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Pariz, Montchrestien, (3. izd.) 1989, 264–265.

¹² Glej Mitchel Lasser, *Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, *Yale Law Journal* (1995) 104/6, 1355–1402.

skratka, da francoski pravosodni sistem sočasno ohranja dva korenito različna načina argumentiranja: eno so strogo silogistične dedukcije, objavljene v uradnih sodnih odločbah, drugo pa izredno odkrite in široko odprte pravičnostne razprave o družbenih potrebah, ki so skrite za zidovi zaprtih sodnih soban.

Kako lahko torej francosko sodstvo ohranja – s praktičnega in konceptualnega vidika – ta koreniti razpravni dualizem oziroma razcep *v dobri veri*? Odgovor pravi, da se francoski pravosodni sistem drži skupaj s kombinacijo konceptualnih in še zlasti *institucionalnih* struktur, ki njegovo korenito razcepljeno obliko podpirajo in osmišljajo.

Prvi del francoskega pristopa je konceptualen. Čeprav Francozi povsem priznavajo in razumejo – ter so priznavali in razumeli vsaj zadnjih sto let¹³ – da sodne odločbe lahko nosijo pomembno – in celo odločilno – *normativno avtoriteto*, kljub temu (v nasprotju s postrealističnimi – in celo predrealističnimi – Američani) tradicionalno *zavračajo* sklep, da ta *de facto* sodna *oblast* ustvarja »pravo«. ¹⁴ »Pravo« je namesto tega obravnavano kot posebna kategorija norm visoke veljave, ki je prvenstveno (in namenoma) pridržana zakonodajalcu. V pomembnem smislu je torej silogistična oblika francoske sodne odločbe obenem simbol, pa tudi praktična ovira omejene normativne avtoritete francoskega sodnika.

Ta omejitev normativne moči sodnih odločb pa je istočasno vendarle tudi osvobajajoča, saj odpira vrata prilagodljivosti sodniškega odločanja. Dejansko je za francoske sodnike popolnoma sprejemljivo, da svoje interpretacije spreminjajo po potrebi – v imenu »naravne pravičnosti« (angl. *equity*) v posameznih primerih ali v imenu »prilagajanja in posodabljanja prava« ko gre za vrsto primerov – prav zato, ker te interpretacije po francoskem pojmovanju pravnih virov ne ustvarjajo in *ne morejo* ustvarjati »prava«. Takšna konceptualna ureditev posledično ohranja posebno veljavo kodificiranega ali drugače uzakonjenega prava, medtem pa je sodniškemu odločanju zavestno dovoljeno, da odigra svojo prilagodljivo in družbeno ustrezno normativno vlogo.

Drugi del francoskega pristopa zato vključuje obvladovanje tega *de facto* preostanka normativne sodne oblasti. Na tej fronti so sredstva nadzora prvenstveno institucionalna, strukturna in ideološka; ključni pojmi pa so centralizacija, šolanje, meritokracija, hierarhija in strokovna usposobljenost.

V notranjem razpravnem okolju visokih slojev francoskega pravosodja je naloga dveh pomembnih francoskih institucionalnih igralcev (sodnika poroče-

¹³ Glej François Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), Pariz, (2. izd.) 1919.

¹⁴ Glej Jean Carbonnier, *Droit civil*, Pariz, PUF, 1967, 111–115. Vendar François Terré, *Introduction générale au droit*, Pariz, Dalloz, 1998, str. 235–251. Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Pariz, LGDJ, 1974. Podrobneje o tem v slovenščini tudi v tej številki Revusa: Tanja Petelin, Vloga Kasacijskega sodišča v francoskem pravnem sistemu, *Revus* (2006) 6.

valca in generalnega pravobranilca), da v vsaki zadevi preštudirata stanje prava ter prejšnje sodne odločbe; da pregledata obsežno znanstveno literaturo; in da razprostreta tako družbene kakor tudi pravne razloge za in proti morebitnim sodnim rešitvam, vključno s tisto, ki jo eden oziroma drugi morda predlaga svojim kolegom.

Glede na ključno vlogo teh dveh institucionalnih igralcev je zelo pomembno razumeti, *kdo* so ti ljudje in *kako* se od njih pričakuje, da bodo opravili svoje delo. Kot bo kmalu jasno, ta podatek v dobršnem delu razkrije vsebinske, razumske, politične in *kulturne* predpostavke francoskega pravnega sistema – torej njegovo *mentaliteto* in njej ustrezen *institucionalni ustroj*.

Poenostavljeno povedano, Kasacijsko sodišče sestavlja elitno, skrbno izbrano in trdo izurjeno telo sodnih uradnikov, posvečenih – ali »formiranih«, če izberem posebej učinkovit francoski izraz – s strani same države. Enako pa velja tudi za vse ostale glavne igralce, ki v francoskem sodnem odločanju vsakodnevno nosijo pomembne vloge.

Najjasnejši primer za to se morda dejansko kaže v okviru francoskega upravnega prava, v katerem je francosko vrhovno sodišče v javnopravnih zadevah – *Conseil d'Etat* oz. francoski Državni svet – čisti simbol Napoleonove republikanske, meritokratične etike posebej izbrane in izurjene državne upravne *noblese*, ki ji je naložena in zaupana naloga, da v imenu javne koristi in javnega interesa razpravlja ter razrešuje vprašanja o pravnopolitičnih ciljih (angl. *legal policy*).¹⁵

Študenti, ki si želijo vstopiti v upravno hierarhijo, v teku neizprosne, a *brezplačnega* francoskega državnega šolskega sistema opravljajo neskončno vrsto nacionalnih izpitov, s katerimi so uradno razvrščeni glede na sebi enake. Skladno z razvrstitvijo so potem morda sprejeti na visoko elitno nacionalno upravno šolo – *Ecole nationale d'administration* ali *ENA*, kjer opravljajo nadaljnjo neskončno vrsto izpitov za nadaljnje razvrščanje, na koncu pa jim je glede na končne razvrstitve dana možnost, da izberejo svoje prvo delovno mesto.¹⁶ Kasneje na podobno urejen, nagrajevan in meritokratičen način napredujejo na višje položaje.¹⁷

¹⁵ Za uporabo pojma »noblesa« pri omenjanju zgornjih stopnic francoskih izobraževalnih in upravnih elit se je najopazneje zavzemal francoski sociolog Pierre Bourdieu. Glej Pierre Bourdieu, *La noblesse d'Etat: Grandes Ecoles et esprit de corps*, Pariz, Les Editions de Minuit, 1989; angleški prevod Laurette Claugh: *The State Nobility: Elite Schools in the Field of Power*, Stanford, Stanford University Press, 1996.

¹⁶ Glej John Bell, Sophie Boyron in Simon Whitaker, *Principles of French Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 61.

¹⁷ Glej Ezra N. Suleiman, *Politics, Power, and Bureaucracy in France: the Administrative Elite*, Princeton, Princeton University Press, 1974.

Enak osnovni model velja tudi za francoski *pravosodni* sistem s Kasacijskim sodiščem na vrhu neskončne karierne hierarhije sodniških služb, ki se začne – v primeru dovolj visokih ocen – z državno urejenim vstopnim tekmovanjem za francosko podiplomsko nacionalno sodniško šolo – *Ecole nationale de la Magistrature* ali ENM,¹⁸ ki vključuje tri leta učilniškega in praktičnega usposabljanja.¹⁹

Organizacija francoskih univerzitetnih in drugih poklicnih pravnih krogov izkazuje iste temeljne lastnosti: koncentracijo, centralizacijo, hierarhijo in strokovno usposobljenost. Tako ali drugače, institucije, povezane s francoskim pravosodjem, ustvarjajo izredno ozko elito, s temu primernim ugledom, ki igra v vsakodnevem delovanju sistema zelo vplivno vlogo.

V *univerzitetnem* okviru torej izrazito »meritokratična«, na nacionalnem izpitu temelječa državna pravna znanstvena hierarhija vzpostavlja ozko elitno telo silno vplivnih »doktrinarnih« piscev – od katerih so skoraj vsi dosegli *agrégation* – ki v samih poročevalcih ali zbirkah sodne prakse (prav vstريح z uradnimi odločbami) razlagajo in komentirajo odločbe sodišča ter tako – v tandemu ter v neki meri tudi na račun svojih sodniških kolegov – nosijo prvenstveno odgovornost za razlaganje, razširjanje in s tem razvoj francoske sodne *jurisprudence*.

Na podobno oblikovan sistem koncentriranega in centraliziranega nadzora, strokovne usposobljenosti in vodenja v francoskem sistemu kaže celo *praktična* pravna stroka. Najpomembneje se zdi, da francoski pravni sistem le izredno majhnemu številu odvetnikov dovoli nastopati pred dvema vrhovnima sodiščema (to je pred civilnopravnim ter kazenskim Kasacijskim sodiščem in upravnosodnim Državnim svetom). Samo ti odvetniki, imenovani *avocats aux conseils*, imajo privilegije, ki jim omogočajo nastopati pred tema dvema sodiščema.²⁰ Z drugimi besedami: imajo državno priznan in s strani države uveljavljen monopol nastopanja pred sodišči s hierarhičnih vrhov francoskega sodnega sistema. Celoten obseg te, s strani države uveljavljene poklicne hierarhi-

¹⁸ V letu 2000 je le približno 8,5 odstotka vpisanih kandidatov uspešno opravilo prvi vstopni izpit na *Ecole nationale de la Magistrature*. Glej http://www.enm.justice.fr/concours/statistiques/2000/stats_1er_concours00.htm (zadnji obisk 17. januarja 2003).

¹⁹ Glej François Terré in drugi, *Magistrats et avocats: formation, carrière, activité professionnelle – rapport au Garde des Sceaux*, Pariz, Collection des rapports officiels, 1987, 38–42.

²⁰ Andrew West in drugi, *The French Legal System: An Introduction*, London, Fourmat, 1992, 113. Glej tudi dekret št. 91-1125 z 28. oktobra 1991 »relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation«; glej tudi uredbo (fr. *ordonnance*) z 10. septembra 1817 »relative aux avocats aux conseils et à la Cour de cassation«, zadnja sprememba z zakonom št. 90-1259 z 31. decembra 1990 »portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques«; glej tudi dekret št. 78-380 s 15. marca 1978 »portant application à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles«.

je postane očiten šele takrat, ko ugotovimo, da je njihovo število omejeno na šestdeset,²¹ čeprav dejansko že samo Kasacijsko sodišče vsako leto obravnava okoli trideset tisoč zadev!²²

Francoski pravosodni postopek je v svojih najbolj osnovnih prvinah torej tak: približno stotina sodnikov na enem velikem sodišču odloča v več deset tisoč pritožbenih zadevah, ki jih ne zastopa niti sto odvetnikov. Zato so pisne odločbe, ki jih izdajajo, nujno kratke, komentira pa jih majhno število vrhunskih strokovnjakov v doktrinarne beležkah k primerom, objavljenih hkrati s samimi sodnimi odločbami.

Z drugimi besedami, ozka elita državno izbranih strokovnjakov z vrha vsake pravne podinstitucije (uradniške/pravosodne, univerzitetne/doktrinarne in praktične/profesionalne) sodeluje a) v skupnem upravljanju, razpravljanju in razrešitvi velikega segmenta pravnih polemik, ki lahko pomagajo pri napredovanju k vrhu francoskega pravosodnega sistema; in b) sodeluje tudi pri nadzoru, šolanju in vodenju mlajših kolegov znotraj svojih podinstitucij. Francoski pravosodni sistem tako izkazuje opazno ter značilno koncentracijo in centralizacijo, ki ustvarjata tesno *povezanost* med hierarhijo in strokovno podkovanostjo, od katere sta končno tudi odvisni.

Dualizem ali razcepljenost francoskega modela pravosodnega argumentiranja ni niti nekaj novega niti naključnega: je sestavni del izjemno centralizirane, namensko meritokratične, republikanske hierarhije državno potrjenih elit, ki dinamično delujejo skupaj za to, da vodijo vsakodnevno delovanje pravosodnega sistema z vsemi pomembnimi zadevami, ki jih zastopa izredno majhna skupina odvetnikov in v katerih zelo ozko telo strokovno podkovanih sodnikov odloča v tesnem diskusijskem sodelovanju s podobno majhnim številom visoko vplivnih teoretikov.

Vsakodnevni sodniški administrativni in interpretativni menedžment se – v nasprotju z ustvarjanjem prava – odvija *znotraj*, s pomočjo posebej odkritih, osebnih, skupinskih in močno vsebinskih razpravljanj med posebej izbranimi, preverjenimi, usposobljenimi, motiviranimi, državno potrjenimi in zato *reprezentančnimi* ter dokaj *normativno poenotenimi elitami*, ki so *vredne zaupanja* prav zato, ker so pod nadzorom močnih izobraževalnih, meritokratičnih in torej *institucionalnih* sredstev.

²¹ Anne Boigeol, *The French Bar: The Difficulties of Unifying a Divided Profession*, v: Richard Abel in Philip S. Lewis (ur.), *Lawyers in Society: the Civil Law World*, Berkely, University of California Press, 1988, 260; Andrew West in drugi, *The French Legal System: An Introduction*, London, Fourmat Publishing, 1992, 129.

²² Glede na *Letno poročilo Kasacijskega sodišča za leto 2000*, je Sodišče sodilo v 21.394 civilnih in 8.714 kazenskih zadevah; glej http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport.htm. Glej tudi <http://www.justice.gouv.fr/chiffres/activ01.htm>. Upravnosodni Državni svet je v letu 2001 sodil v 12.159 zadevah; glej <http://www.justice.gouv.fr/chiffres/admini01.htm>.

Jedro francoskega pravosodnega sistema tvori prav tak, izrazito republikanski pogled na elitno in zaprto sodniško razpravljanje ter preudarjanje. Ta francoski pristop je sestavljen iz več med seboj prepletenih elementov. Dobro organizirani francoski institucionalni ustroj zagotavlja, da sodniško odločanje služi kot katalizator za to, da več poklicnih hierarhij skupaj deluje z namenom ustvarjati resnično podprte in kakovostne razprave uveljavljenih strokovnjakov. Zaščita oziroma odmaknjenost, ki jo daje značilna francoska razpravna cepitev, nato tem strokovnjakom omogoča udejstvovanje v izredno pomembnih tipih razpravljanja, ki se – kot je bilo lepo prikazano v ameriški literaturi o problematičnih učinkih zakonodaje o pravici dostopa do informacij javnega značaja (angl. *sunshine laws*) na vladno razpravljanje²³ – v javnih arenah (če ne upoštevamo javnih sodnih obravnav) le redko pojavljajo; v mislih imam ne-uokvirjene diskusije, ki se vrtijo izrecno okoli napetih vprašanj o naravni pravičnosti (angl. *equity*), materialni pravičnosti in družbeno ustreznemu prilagajanju prava.

Izgradnja tako privilegiranega notranjega razpravnega okolja seveda predstavlja določena tveganja in ustvarja določene težave. Ker spodbuja tako odkrite in kakovostne sodniške pogovore, je francoski sistem razvil doktrino »pravnih virov«, da bi pridušil pravno moč iz teh pogovorov izhajajočih sodnih odločb. Še več, Francozi storijo vse, da bi te sodne odločbe spravili daleč iz središča pozornosti: ne le da jih spišejo kot sorazmerno nepoučne in silno formularne silogizme, ki predhodne sodne prakse ne navajajo, pač pa pomembne odločbe zraven oprtajo še z odločno bolj pripravnimi *doktrinarnimi beležkami*, ki te odločbe za vedno uokvirijo in skritizirajo ter so zato pomembno soudeležene v normativnem menedžmentu, ki ga te odločbe porajajo na daljši rok.

Francoska država dela vse, kar je v njeni moči, da z nepopustljivim šolanjem republikanskih elit vzpostavlja (oziroma ohranja) izredno močan normativni sistem in da nato s hierarhičnimi institucionalnimi in poklicnimi strukturami skrbi za urejenost tega normativnega igrišča. Posamični dejavniki v sod-

²³ Glej npr. Kathy Bradley, Do You Feel The Sunshine?, *Federal Communications Law Journal* (1997) 49, 475; Michael A. Lawrence, Finding Shade from the 'Government in the Sunshine Act': A Proposal to Permit Private Informal Background Discussions at the United States International Trade Commission, *Catholic University Law Review* (1995) 45, 10–12; Jim Rossi, Participation Run Amok: The Costs of Mass Participation for Deliberative Agency Decision-Making, *Northwestern University Law Review* (1997) 92, 196–241; James T. O'Reilly in Gracia M. Berg, Stealth Caused by Sunshine: How Sunshine Act Interpretation Results in Less Information for the Public About the Decision-Making Process of the International Trade Commission, *Harvard International Law Journal* (1995) 36/2, 425; Stuart M. Statler, Let the Sunshine In?, *American Bar Association Journal* (1981) 67, 573; David A. Barrett, Facilitating Government Decision Making: Distinguishing Between Meetings and Nonmeetings Under the Federal Sunshine Act, *Texas Law Review* (1988) 66/6, 1195.

nem sistemu (npr. sodniki) so zaradi tega skrbno usposabljeni, spodbujani in preverjeni, medtem ko so skupinski igralci (torej sodišča) izpostavljeni izredno opaznim razpravam in kritikam. Ta sredstva posamičnega in skupinskega pritiska tako urejajo in nadzorujejo izvrševanje *de facto* preostanka normative sodne oblasti.

Normativni nadzor nad posameznimi sodniki se začne že veliko prej, preden ti v primerih dejansko odločajo. Francosko sodstvo je proizvod vseživljenjskega postopka selekcije, izobraževanja, »formiranja« in usposabljanja. Plod tega postopka je posebej skladno *telo* sodnih uradnikov, od katerih so vsi preživeli nekaj let neusmiljenega učilniškega in praktičnega usposabljanja na francoski državni *Ecole National de la Magistrature*. Vendar je to le začetek. V francoskem pravnem sistemu je sodniška kariera vseživljenjski poklic, ki se opravlja v široki državni hierarhiji, katere osnova je na zaslugah temelječe napredovanje. Sodni uradniki vse svoje delovno obdobje prebijejo pred pozornimi in ocenjujočimi očmi svojih nadrejenih, ki redno preverjajo kakovost in učinkovitost mlajših kolegov. Poenoteni francoski sodni sistem na ta način vzpostavlja prodoren notranji pregled in nadzor, ki ima na kariero posameznega sodnika dolgoročen vpliv in ki zagotavlja tako zelo pomembno normativno enotnost sodstva kot institucionalne celote. Francoski sodni sistem, skratka, normativno sodniško osnovo pripravlja izredno skrbno, nato pa to osnovo krepi z izpopolnjenim in učinkovitim sistemom poklicnih palic in korenčkov. Nadzorovanje posamičnega sodnika je torej v francoskem sistemu do potankosti *institucionalno*.

Če povzamem, francoski model proizvaja sodniško odgovornost in nadzor s sofisticiranim prepletanjem teoretičnih, izobraževalnih, poklicnih, institucionalnih in normativnih dejavnikov. Prvič, Francozi zmanjšujejo sodniško tveganje s tem, da sodnim odločbam odrekajo pravotvorno veljavo. Drugič, Francozi gradijo skrbno centralizirano telo dosmrtnih sodnih uradnikov. Ti so podvrženi neusmiljenemu šolskemu in poklicnemu usposabljanju, ki v glavo vbi-je želene institucionalne vrednote, te vrednote pa so kasneje varovane tudi s hierarhičnimi poklicnimi ukrepi. Končno je sodniško izvrševanje *de facto* preostanka interpretativne avtoritete nenehno predmet izredno opazne znanstvene, torej doktrinarne kritike, ki oblikuje ter si obenem deli njegovo normativno vsebino in vpliv.

Republikanski elitizem francoskega institucionalnega pristopa tudi svojo osnovno demokratično legitimnost nazadnje vleče iz neusmiljeno egalitarnega in meritokratičnega republikanskega etosa ter ustroja francoske države. Ta vir legitimnosti med državljani in javnimi uslužbenci vzpostavlja in izraža predstav-

niško in republikansko vez. Ta predstavniška vez vključuje dve primarni in močno prepleteni sestavini. Prva sestavina se tiče postopka: Francija vlaga velike napore v vzpostavitev – in propagiranje – res meritokratičnega, na preverjanju ter kolegialnih ocenjevanjih osnovanega sistema izbiranja, usposabljanja in napredovanja javnih uslužbencev, ki upravljajo državni aparat. To daje nepretrgano meritokratsko piramido, ki sega od brezplačnega in državno administriranega šolskega sistema vse do samih najvišjih upravnih ravni v državi. Druga sestavina je bolj vsebinska. Od predšolske dobe naprej francoska država tradicionalno ustvarja in v glavo vbija svojevrstno enotno, povezovalno in skoraj monolitno pojmovanje francoske Nacije in njenega življa.²⁴

Francoski sistem z združitvijo teh vsebinskih in postopkovnih sestavin vzpostavlja – ali pa vsaj predpostavlja – nekakšno predstavniško vez s francoskimi državljani.²⁵ Za Francijo je njen do potankosti institucionaliziran republikanski elitizem torej *inkluziven*. Posledično se interpretativno in normativno sodno administriranje zato pojavlja kot deljena oziroma skupna pobuda institucionalno izbranih in usposobljenih – pa tudi institucionalno odgovornih in zavezanih – sodniških, univerzitetnih in poklicnih, s strani države potrjenih republikanskih elit.

3. Vrhovno sodišče Združenih držav Amerike

V nasprotju s francoskim sistemom, ki svoja dva načina argumentiranja (uradni formalistični silogizem ter neuradne družbeno odgovornostne razprave) cepi na dva ločena razpravna prostora, si ameriški pravni sistem formalistično in pravnopolitično (angl. *policy*) argumentacijo na moč prizadeva združiti na enem in istem mestu: torej v ameriškem *sodnem mnenju* (sodni odločbi). V tem poglavju želim zarisati in opisati to značilno ameriško prepletenost, ki

²⁴ Glej Sudhir Hazareesingh, *Political Traditions in Modern France*, New York, Oxford University Press, 1994; Thomas Osborne, *A Grande Ecole for the Grands Corps: The Recruitment and Training of the French Administrative Elite in the Nineteenth Century*, Boulder-Colorado, Social Science Monographs, 1983.

²⁵ To pa ne pomeni, da ta predpostavka – temelječa na domnevno nevtralni izobrazbeni meritokraciji – ne stoji na dokaj majavih tleh, kot so jasno pokazali Pierre Bourdieu, Louis Althusser in Ezra Suleiman. Glej npr. Pierre Bourdieu, *La noblesse d'Etat: Grandes Ecoles et esprit de corps*, Pariz, Les Editions de Minuit, 1989; angleški prevod Laurette Clough: *The State Nobility: Elite Schools in the Field of Power*, Stanford, Stanford University Press, 1996. Glej tudi Ezra N. Suleiman, *Politics, Power, and Beaureacracy in France: the Administrative Elite*, Princeton, Princeton University Press, 1974. Glej Louis Althusser, *Ideology and the Ideological State Apparatuses*, v: *Lenin and Philosophy* (prev. Ben Brewster), New York, Monthly Review Press, 1971, 127. Glej John Ardagh, *France in the New Century: Portrait of a Changing Society*, London, Penguin, 2000, 99. Prav tako pa ne more zanikati naraščajočega ustnega nasprotovanja dolgoletni asimilacionistični filozofiji francoske države, ki se dotika etičnih in kulturnih manjšin. Glej npr. John Ardagh, *France in the New Century: Portrait of a Changing Society*, London, Penguin, 2000, 221–225; W. A. R. Shadid in P. S. van Koningsveld, *Religious Freedom and the Position of Islam in Western Europe: Opportunities and Obstacles in the Acquisition of Equal Rights*, Kampen, Kok Pharos, 1995.

ameriškemu pravosodnemu argumentiranju zagotavlja, da oba načina ves čas vključuje in razvija javno.

Ameriški sodni sistem, in zlasti njegovo vrhovno sodišče, očitno deluje na temeljno drugačnem nizu konceptualnih in materialnih predpostavk, kot to velja za francoski sistem. Najpomembnejše pa je, da ameriški sodni sistem skorajda nima prevladujočih, opredeljujočih in legitimacijskih izobraževalnih ali poklicnih *institucionalnih* struktur.

Naj za začetek navedem (kot očitno) dejstvo, da kakšno ameriško sodniško šolanje sploh ne obstaja. Seveda drži, da so ameriški sodniki načeloma hodili na pravne šole; ko zasedejo federalne ali državne sodniške položaje, težijo tudi k pridobitvi določene sodne usmeritve; vendar pa bi težko kdorkoli trdil, da to *per se* predstavlja pomembno poklicno sodniško šolanje, pa najsi bo to teoretično ali praktično.²⁶

Drugič, le zelo redko se zgodi, da sodniški položaj kakšnemu ameriškemu pravniku predstavlja resnično, vseživljenjsko kariero. Najsi je izbran z volitvami ali imenovanjem, pot do federalnih ali pa celo državnih sodniških položajev navadno vključuje uspešno preteklo kariero na nekaterih drugih pravnih področjih (v zasebni praksi, državni upravi, na univerzah itd.).²⁷ Prav zaradi tega ameriški pravosodni sistem običajno ne more uveljavljati takšnih poklicnih korenčkov in palic, kakršni so značilni za francoski sistem. Ker centralizirane sodniške hierarhije ni, ima ameriški sodnik le malo razlogov, če sploh, da bi pričakoval meritokratično napredovanje po stopničkih sodstva. Povrh se ameriški sodnik nagiba k temu, da bi bil čimbolj dozorel pravnik, zaradi česar bi bil za interpretacijske pritiske »od zgoraj« morda manj dostopen. In končno sta glede na primerjalna merila prodornost in učinkovitost pritožbenega nadzora ter pregleda v ameriškem sodnem sistemu dokaj šibka in naključna.²⁸ Spomnimo se namreč, da francosko Kasacijsko sodišče samo pregleda približno trideset tisoč zadev letno ...

Ameriška sodniška odgovornost in nadzor se torej prvenstveno ustvarjata z *argumentativnimi* – in ne z *institucionalnimi* – sredstvi. V bistvu je sodni odločbi – torej sodnemu *mnenju* (angl. *judicial opinion*) – v največji meri prepriščeno, da sama nosi breme svojega utemeljevanja in legitimiranja. To breme ni nič manj kot velikansko: navkljub vsej šibkosti njegovih institucionalnih

²⁶ Primerjaj Frank Upham, *The Role of Lawyers in Social Change: United States*, *Case Western Reserve Journal of International Law* (1993) 25, 156–157.

²⁷ Glej Mirjan Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986, 45–46. Glej tudi Elliot Slotnick, *The Paths to the Federal Bench: Gender, Race, and Judicial Recruitment Variation*, *Judicature* (1984) 67, 370.

²⁸ Glej Mirjan Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986, 45–46.

struktur ameriški sodni sistem svojim sodnikom tradicionalno in izrecno nanklanja moč ustvarjanja prava, o čemer jasno priča termin precedenčno pravo oziroma *caselaw*, za katerega – kako pomenljivo! – ni nobene povsem primerne francoske ustreznice.

Ta moč precedenčnega ustvarjanja prava pomembno spremeni naravo tistega, kar se mora dosegati skozi in z ameriško sodno odločbo na splošno ter posebej z odločbo ameriškega vrhovnega sodišča. Ker se odločba Vrhovnega sodišča ZDA ne more opirati na neodvisno zaupanje–porajajoči institucionalni ustroj, mora skoraj celotno breme legitimiranja prevzeti nase, prav zaradi tega pa argumentiranju sodne odločitve daje ogromen poudarek.

Ameriška sodna odločba tako nosi pomembno breme preglednosti. Glede na to, da sodna odločba lahko ustvarja precedenčno pravo (angl. *caselaw*) in da obstaja sorazmerno malo institucionalnih mehanizmov za oblikovanje in nadzor takšnega ustvarjanja prava, se mora – kot preprosta zahteva vladavine prava – odločba očitno objaviti in obrazložiti. To povzroči pravi izbruh argumentativnih utemeljevanj, saj so legitimacijska tveganja enostavno prevelika za *pro forma* odločbe. Odločbe Vrhovnega sodišča ZDA pa zaradi tega ne ustvarjajo le neverjetno dolgih in zapletenih obrazložitev, temveč nudijo tudi številne pomembne slogovne značilnosti: vse od posamezno podpisanega sodnega mnenja (sodne odločbe), sestave in objave pritrdilnih ter odklonilnih ločenih mnenj, razkritja sodniških glasov, do globoko osebnega (in včasih opazno nespoštljivega) tona pisanja.

To argumentacijsko breme preglednosti pa v veliki meri preprečuje takšno razpravno cepitev, kakršna je značilna za francoski pravosodni diskurz. Drugače kot francoski sistem, ki *ločuje* družbeno ustrezno argumentacijo (ki jo prihranja za svoje privilegirane notranje razprave) in besedilno formalistično argumentacijo (ki jo objavlja v obliki silogističnih odločb), mora ameriški sistem svoji različici teh dveh razpravnih načinov *preplesti* in združiti na enem in istem mestu: torej v samem sodnem mnenju (sodni odločbi).

To zapleteno ameriško prepletanje argumentiranja pa vendar ustvarja določene težave. Sproža namreč razvoj razpravnih rešitev, ki omogočajo, da hkrati eden ob drugem obstajata – oziroma sobivata – tako formalistični način besedilne aplikacije kot družbeno ustrezní način pravnopolitičnega (angl. *policy*) razčlenjevanja. Ameriški »večdelni« (angl. *multi-part*) ali »več-rogi« (angl. *multi-prong*) »sodni preizkusi« predstavljajo prav takšno rešitev te kočljive, čeprav tudi elegantne prepletenosti ameriškega pravosodnega argumentiranja.²⁹

²⁹ Te sodne preizkuse sem analiziral na drugem mestu. Glej Michel Lasser, 'Lit. Theory' Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse, *Harvard Law Review* (1998) 111, 689.

Tri-rogi preizkus iz zadeve *Lemon proti Kurtzman*, ki ga je Vrhovno sodišče ZDA razvilo in uporabilo zato, da bi določilo, ali zakonodaja krši *Establishment Clause* prvega amandmaja, ponuja sijajen značilni primer. Preizkus Sodišča v tej zadevi pravi:

»Prvič, zakon mora imeti sekularen zakonodajni namen; drugič, njegov osnovni ali prvenstveni učinek mora biti tak, da veroizpovedi niti ne podpira niti ne ovira; končno, zakon ne sme vzpodbujati 'pretiranega vladnega vpletanja v veroizpoved'.«³⁰

Brez težav opazimo, da ta »preizkus« pametno združuje tako formalistične znake močno strukturirane besedilne aplikacije kakor tudi zavedanje o namenu in učinku pravnopolitičnega usmerjanja (angl. *policy orientation*).

Čeprav ameriški sodni diskurz združuje tako bolj formalistični kot tudi bolj družbeno ustrezni način v isti, nadvse pomemben prostor sodnega mnenja (sodne odločbe) – s čimer daje značilno dvostransko usmeritev, ki jo morada lahko najbolje opišemo kot »formaliziranje pragmatičnosti« – moramo priznati, da to vsiljeno sožitje ne obstaja brez truda. Dejansko ta značilno ameriška prepletenost argumentiranja povzroča nenehno nasprotujoče si interpretativne pritiske in s tem stalno kipeče diskurzivno *nezaupanje*.

Primeri tega nezaupanja se ne pojavljajo samo v odločbah vrhovnega sodišča, ki vzpostavljajo in uporabljajo več-roge preizkuse – četudi so prav te nagnjene k izražanju posebej ognjevitih protiformalističnih nagovorov, navkljub njihovi lastni prisvojitvi izrazito togih besedilnih obrazcev.³¹ Na dan prihajajo tudi v drugih (in pogosto odločno manj uglajenih) oblikah diskurzivnega prepletanja, kot so ponavljajoče se sodniške »*plain meaning*« razprave – ki se rutinsko ujemajo v past *pro-* in *anti-* »*plain meaning*« zagovornikov enih proti drugim, kljub dejstvu, da že površna razčlenitev odkrije, da vsaka stran (tako v teoriji kot v praksi) nenehno morfira v drugo.³² Ameriški pravosodni diskurz je na ta način nenehno proti svoji volji mnenjsko razdeljen, z vsako od strani

³⁰ *Lemon proti Kurtzman*, 403 U. S. 602 (1971), 612: »First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion; finally, the statute must not foster 'an excessive government entanglement with religion'.« (Poudarki dodani.)

³¹ Glej npr. *Spector Motor Serv., Inc. proti O'Connor*, 340 U. S. 602 (1951), 611–614 (vrhovni sodnik Clark, odklonilno ločeno); *Complete Auto Transit, Inc. proti Brady*, 430 U. S. 274 (1977), 278–81, 286, 288–289; *American Trucking Association proti Scheiner*, 483 U. S. 266 (1987), 294–295; *Goldberg proti Sweet*, 488 U. S. 252 (1989), 259–260, op. 11.

³² Glej npr. *Tyler proti Cain*, 533 U. S. 656 (2001); glej *Supreme Court Reporter* (2001) 121, 2482 (glede »the plain meaning of the text read as a whole«). *Sternberg proti Carhart*, 530 U. S. 914 (2000); glej *Supreme Court Reporter* (2000) 120, 2637 in 2642 (»conflating plain meaning interpretation with contextual interpretation«). *Alexander proti Sandoval*, 532 U. S. 275 (2001); glej *Supreme Court Reporter* (2001) 121, 1530 (vrhovni sodnik Stevens, odklonilno ločeno: »The plain meaning of the text reveals Congress' intent to ...«).

vztrajno prikazujoč svoje nezaupanje z javnim kritiziranjem – in na ta način nadziranjem – druge strani.

V zvezi s tem (samo-)nezaupanjem, kritiko in nadzorom je na primer vredno omeniti, da v zadnjih nekaj letih *nobeno* mnenje Vrhovnega sodišča ZDA – pa naj bo večinsko, pritrnilno ali odklonilno ločeno – ne uporablja izraza »formalizem« drugače kot slabšalno, torej na način, ki kritizirani predmet obtožuje mehanične aplikacije zgolj jezikovnih diktatov. Takole se izrazi vrhovni sodnik Souter na značilen način:

The significance of winks and nods in state-action doctrine seems to be one of the points of the dissenters' departure from the rest of the Court. In drawing the public-private action line, the dissenters would emphasize the *formal clarity* of the legislative action providing for the appointment of Gerard College's trustees, in preference to our reliance on the *practical certainty* in this case that public officials will control operation of the Association under its bylaws. Similarly, the dissenters stress the *express formality* of the special statute defining Amtrak's ties to the Government, in contrast to the *reality* in this case that the Association's organizers structured the Association's relationships to the officialdom of public education. But if *formalism* were the sine qua non of state action, the doctrine would vanish owing to the ease and inevitability of its evasion, and for just that reason *formalism* has never been controlling. For example, a criterion of state action like symbiosis (which the dissenters accept) looks not to form but to an *underlying reality*.³³

Takšne protiformalistične žaljivke so tu in tam redno vržene na plano!³⁴

Navkljub tem protiformalističnim kritikam pa se izkaže tudi to, da nobeno nedavno mnenje ameriškega vrhovnega sodišča ne uporablja niti izraza *usmeritev* (angl. *policy*) v povezavi s sodniškim odločanjem, razen kadar ima namen obsoditi takšno, na pravnopolitični primernosti temelječo interpretacijo (angl. *policy-based interpretation*) kot natančno tisto, česar sodniki *ne bi smeli* storiti!³⁵ In znova se te *anti-policy* kritike tu in tam pojavljajo ves čas.³⁶

³³ *Brentwood Academy proti Tennessee Secondary School Athletic Association*, 531 U. S. 288 (2001); glej *Supreme Court Reporter* (2001) 121, 924 in 933, op. 4 (poudarek dodan).

³⁴ Glej npr. *United States proti Williams*, 514 U. S. 527 (1995); glej *Supreme Court Reporter* (1995) 115, 1617–1618. *Mitchell proti Helms*, 530 U. S. 793 (2000); glej *Supreme Court Reporter* (2000) 120, 2545–2546. *Apprendi proti New Jersey*, 530 U. S. 466 (2000); glej *Supreme Court Reporter* (2000) 120, 2389–2391 (vrhovna sodnica O'Connor, odklonilno ločeno). *United States proti Morrison*, 529 U. S. 598 (2000); glej *Supreme Court Reporter* (2000) 120, 1768 (vrhovni sodnik Souter, odklonilno ločeno).

³⁵ Dejansko mi je uspelo najti samo eno jasno izjemo: odklonilno ločeno mnenje vrhovnega sodnika Rehnquista v zadevi *Crawford-El proti Britton*, 523 U. S. 574 (1998); glej *Supreme Court Reporter* (1998) 118, 1600–1601 (vrhovni sodnik Rehnquist, odklonilno ločeno: »In crafting our qualified immunity doctrine, we have always considered the public policy implications of our decisions.«).

³⁶ To analizo sem podrobno predstavil na drugem mestu. Glej Mitchel Lasser, *Do Judges Deploy Policy*, *Cardozo Law Review* (2001) 22/3, 863.

Ameriško pravosodno argumentiranje je zato postavljeno v strašno težaven položaj. Po eni strani ameriško sodno mnenje (sodna odločba) javno razvija sestavljeno argumentacijo, ki teži k temu, da bi bila obenem besedilno zanesljiva in družbeno ustrezna, s čimer ameriškim sodnim odločbam daje možnost v isti sapi zadovoljiti težko breme nadzorovanja, utemeljevanja in končno legitimiranja ameriškega sodniškega odločanja. Vendar pa na drugi strani vključitev obeh, bolj ali manj nezdružljivih načinov razpravljanja v en in isti prostor ustvarja pritiske in spore, ki pomembno vplivajo na sodniško argumentacijo in razčlenjevanje.

Prisiljena v hkraten in vzporeden obstoj ter s tem stalno izpostavljena ponavljajočim se javnim pritoževanjem svojih razpravnih nasprotnikov sta vsak od argumentacijskih načinov neusmiljeno peljana proti zmernejši, bolj središčni oziroma kompromisnejši različici. Morda ni presenetljivo, da je s tem izginił sodni silogizem; izginilo pa je tudi odkrito razpravljanje o naravni in materialni pravičnosti. Odločba Vrhovnega sodišča ZDA *usmeritev* (angl. *policy*) ne sme niti omeniti. Zato formalizem ameriškega sodnega diskurza raje namiguje, kot pa da bi odkrito opozarjal (s takimi semiotičnimi sredstvi, kot sta oblika in retorika sodnega preizkusa); in pravnopolitična usmeritev (angl. *policy orientation*) se kot sodniško razmišljanje o »namenih« in »učinkih« tako pojavlja v bolj pridušeni obliki.

Ameriški sodni diskurz se posledično pokaže kot zelo skrbno zgrajena in vse vključujoča mešanica dozdevno navzkrižnih interpretativnih impulzov, ki vzbuja globok in javen dvom v vsako od svojih interpretativnih možnosti in ki zato nima nobene trdne podlage, na katero bi se lahko naslonila. V tej negotovi interpretativni drži lahko ameriški pravosodni diskurz stori le eno: maha v vse smeri, tako da iz vsake od svojih različnih interpretativnih teženj vleče semiotično moč, potem pa nenadoma obstane in polovico svojega diskurza odrine na stran, zato da se končno lahko opredeli za eno ali drugo izmed več interpretativnih različic. Ker ameriško vrhovno sodišče ne želi (in verjetno ni zmožno) dobroverno razglasiti, da se zavezuje le eni ali drugi interpretativni izbiri, svoj pravosodni diskurz javno in odločno postavlja na sredino, tako da se z zapleteno, a sorazmerno pridušeno oziroma središčno obliko prepletenega argumentiranja vztrajno izogiba interpretativnim razpotjem.

V nasprotju s francoskim sistemom, katerega demokratična legitimnost leži v inkluzivno republikanskih institucionalnih strukturah, ki utemeljujejo njegovo razcepljenost na dva korenito različna razpravna prostora, sistem Združenih držav svojo legitimnost v glavnem poraja z inkluzivno javnimi sredstvi argumentiranja. Ta ameriški pristop zaradi tega daje sliko takojšnjega, nepo-

srednega ter javnega sodniškega razpravljanja in preudarjanja. Ameriški sodniki se morajo sklicevati na priznane pravne norme; pretresati, uravnavati, interpretirati in/ali spreminjati jih morajo na priznan način; na sprejemljiv način jih morajo uporabiti na natančno predstavljenih dejstvih; in tako pridejo do sodne odločbe, katere dolgoročno preživetje, pomen in legitimnost so najprej odvisni od takšnih javno argumentativnih sredstev. Z drugimi besedami, legitimnost dane sodniške odločitve v precejšnji meri stoji in pade na logiki in argumentaciji podpisane sodbe.

Od ameriškega sodnika se torej pričakuje, da se vključi v povsem pregledno sodniško odločanje. Ta preglednost ponuja številne ugodnosti. Prvič, služi skrajno pomembni vzgojni in posvetovalni vlogi. Ne le da odločbo utemeljuje pred strankami v postopku, pač pa glavne opazovalce vrhovnega sodišča – to so nižja in pritožbena sodišča, drugi zagovorniki itn. – tudi poučuje o stanju prava in o postopku sodiščnega odločanja. Za splošno javnost je ta dolgi, diskurzivni in močno na dejansko stanje oprti slog Vrhovnega sodišča ZDA tudi precej dostopen; četudi seveda z nekaj težavami, javnost odločbo lahko prebere, preuči ter se na ta način pouči o sodnikovi odločitvi.

Preglednost ameriške sodne odločbe poraja tudi precejšnjo javno odgovornost sodnika, ki jo je napisal. Vsaka sodniška odločitev – in seveda vsako sodno mnenje – je podpisano s strani sodnika, ki svoje mišljenje začrta v izredno podrobni dejanski in pravni razčlenitvi. Ameriški sodnik je izpostavljen skrbnemu posamičnemu pregledu svojega dela. Svoje ugotovitve o dejstvih podrobno obrazloži; svoje pravno razlogovanje precej temeljito izdela; in na koncu svojo odločitev podpiše. Vsakič, ko sodbo izda, je sodnik osebno izpostavljen: njegov poklicni ugled je skladno s tem nenehno na preizkušnji, saj je njegovo sodno *mnenje* stalno dostopno skrbnim pogledom številnih opazovalcev.³⁷

Podpisano ameriško sodno mnenje (sodna odločba) torej ustvarja določeno okolje in pričakovanje posamične sodniške odgovornosti za mnenje in njegovo razlogovanje. V napotkih, ki jih daje svojim novim strokovnim sodelavcem, sodnik Harry Edwards pove tako: »*Razumeti morate, da bodo vaši osnutki vedno predelani z moje strani. Za vsa pisanja, ki so izdana v mojem imenu, sem odgovoren jaz, in zato bodo končni osnutki odražali moj osebni odtis tako v oceni kakor tudi v slogu.*«³⁸ Velik pomen zavezi ameriškega sodnika, ki implicitno izhaja iz njegovega osebnega podpisa, daje tudi Owen Fiss.³⁹

³⁷ Duncan Kennedy, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, *Journal of Legal Education* (1986) 36, 518.

³⁸ »You must understand that your drafts will always be reworked by me. I am accountable for all written work that goes out in my name and so final drafts will reflect my personal imprint in both judgment and style.« Harry T. Edwards, A Judge's View on Justice, Bureacracy, and Legal Method, *Michigan Law Review* (1981) 80, 266. (Sam navaja svoj *Manual for Law Clerks*.)

Ameriška praksa objavljanja posamezno podpisanih sodnih mnenj torej poraja posamično sodniško odgovornost in nadzor s tem, da delo posameznega sodnika izpostavlja skrbnemu javnemu pregledu in kritiki. Taka kritika očitno lahko pride z odločbami pritožbenih sodišč ali pa iz znanstvenih in poklicnih krogov ter iz medijev in širše javnosti; lahko pa pride tudi od ostalih članov istega sodišča. Konec koncev prav takšna medstanovska kritika predstavlja bistvo prakse dopuščanja in objavljanja odklonilnih ter pritrdilnih ločenih sodniških mnenj. Člani istega senata pred kritičnim ognjem ne dajejo kritja; daleč od tega, prav njihova mnenja so ploden vir nadaljnjih kritik. V ameriškem sistemu je torej, poenostavljeno povedano, grožnja posamične kritike tista, ki predstavlja glavni način zunanjega nadzora sodnikove interpretativne in normativne dejavnosti.

Mejni kamen ameriškega sodniškega nadzora in legitimnosti se – prej kot v republikanskem utemeljevanju z izobraževalnimi, poklicnimi in institucionalnimi sredstvi – nahaja v interpretativnem utemeljevanju s sredstvi javnega argumentiranja. Kljub neskončnim ameriškim teoretičnim prerekanjem, ki so tako silovita prav zato, ker so tveganja precedenčnega prava visoka, se edino splošno soglasje zdi v tem, da a) ameriško sodniško interpretiranje predstavlja delo v okolju, ki je sestavljeno iz mnogovrstnih pravnih besedil, vključno s precejšnjo dozo obstoječega precedenčnega prava; da je b) njihova naloga proizvajanje sodniških interpretacij, ki kažejo določeno obliko skladnosti oziroma ustaljenosti s prejšnjimi interpretacijami (v znamenitih Dworkinovi besedah gre za zahtevo »*fit and justify*«); da mora c) imeti ta skladnost/ustaljenost določene besedilne osnove (najsi bodo stvarne, namišljene, iskrene ali taktične);⁴⁰ in da je č) iz tega izhajajoče, javno interpretativno delovanje sodnikov potem predmet zunanje kritike vseh.

Ameriško sodno mnenje (sodna odločba) torej nosi velikansko breme. Združiti in spogajati mora napetosti med bolj formalističnim in bolj družbeno ustreznim načinom argumentiranja; to mora početi javno in sicer z dokumentom, ki lahko kot precedens ustvarja pravo. Pomembno je priznati, da gre to breme z roko v roki s pozornost zbujajočo koncentracijo moči v ameriškem pravosodnem diskurzu. In končno, to breme neposredno izhaja iz dejstva, da je v Združenih državah prav sodna odločba edino pomenljivo sredstvo sodniškega nadzora, utemeljevanja in pravosodne legitimnosti.

³⁹ Owen Fiss, *The Bureaucratization of the Judiciary*, *Yale Law Journal* (1983) 92, 1443.

⁴⁰ O razpravi o sodniški nepristranosti (angl. *judicial »candor« debate*) glej Scott Altman, *Beyond Candor*, *Michigan Law Review* (1990) 89, 296; glej tudi Scott Idleman, *A Prudential Theory of Judicial Candor*, *Texas Law Review* (1995) 73/6, 1307.

V ameriškem sistemu je torej sodna odločba v absolutnem središču pozornosti. V nasprotju s francoskim modelom, ki ponuja močna alternativna pravna okolja – npr. znanstveno doktrino – ki doprinašajo k argumentativni avtoriteti ali pa razširjajo njeno izvajanje, ameriški model vse skoncentrira v sodni odločbi. Njegovo pravosodno argumentiranje nima nobenega konkurenčnega diskurza. Ameriški uradni poročevalci ali komercialne zbirke sodne prakse objavljajo sodne odločbe – in samo sodne odločbe. Znanstveni komentar je neizbežno potisnjen v pravne revije (in do neke mere v neodvisne razprave ali monografije), s čimer je odmaknjen daleč od javnega širjenja uradnih izrekov sodišč.

Glede na to, da ameriški model svojo pravno avtoriteto osredotoča v pravosodnem diskurzu sodnega mnenja (sodne odločbe), in glede na to, da ne vzpostavlja nobenega resnega alternativnega razpravnega okolja, katerega moč bi se morda lahko začela kosati s sodnim mnenjem (sodno odločbo), mora biti ameriško pravosodno argumentiranje v pomembni meri pravzaprav namenjeno vsem in vsakomur. Ameriško sodno argumentativno polje v celoti zaseda in obvladuje pravosodni diskurz. Z avtoriteto, s katero v isti sapi vsiljuje svoj analitični in normativni pogled ter tudi breme utemeljevanja in legitimiranja tega izvrševanja avtoritete sodniškega odločanja, si mora ameriški pravosodni diskurz vse temelje zagotoviti sam.

Ameriška sodna odločba mora zato storiti vse, kar lahko, da javno pokaže, da je razumljiva in da si ne zasluži očitkov. S tem pa ne trdim, da vsebinska nesoglasja o tem, kako naj bo razsojen posamezni primer ali pa celo vrsta primerov, niso možna. To tudi ne pomeni, da glede tega, kako naj bo(do) primer(i) razrešen(i), ne more biti metodoloških nesoglasij. Vendar pa mora ameriška sodna odločba pokazati, da je zahteve po besedilni zanesljivosti in družbeni dostopnosti spremljala z občutkom; da je bila odprta za mogoče kritike in da je te morda celo vključila; ter da je na koncu privzela način razčlenjevanja, ki je dovolj razumljiv, da upraviči pomembno *pravno* oblast, ki jo odločba uveljavlja.

Pravna moč ameriške sodne odločbe in breme utemeljevanja, ki ga odločba temu primerno nosi, sta zaradi tega tesno povezana. Podobno kot pri kuriali-jajcu je tudi tu nemogoče razložiti, kaj je prišlo prej: pravna moč ameriške sodne odločbe ali breme njenega utemeljevanja in dajanja legitimnosti izvrševanju pomembne pravne oblasti. Naj bo tako ali drugače, ta moč in njeno spremljajoče breme – ki je le še večje zaradi odsotnosti pomembnejših alternativnih sredstev institucionalnega utemeljevanja – potrjujeta, da se sodna mnenja (sodne odločbe) ameriškega vrhovnega sodišča ne želijo dosledno in od-

krito vpletati v naravno pravičnost usmerjene (angl. *equity-oriented*) razprave o temeljni poštenosti, materialni pravičnosti in prilagajanju spreminjajočim se družbenim potrebam.

Seveda je lahko v določeni meri ta ameriška sodniška zadržanost tudi smiselna. Eno je dopustiti in omogočiti tako, na naravni pravičnosti temelječo (angl. *equity-based*) normativno avtoriteto v francoskih okoliščinah, kjer je neusmiljeno izbrano, usposobljeno in hierarhično nadzorovano sodstvo podprto z določeno republikansko administrativno legitimnostjo in ozaljšano s francosko doktrino »pravnih virov«. Povsem druga stvar pa je dopustiti tako, na naravni pravičnosti osnovano (angl. *equity-based*) odločanje neusposabljanim, politično izbranim in v veliki meri nenadzorovanim ameriškim sodnikom, ki vendar obvladujejo sodno argumentativno pokrajino in izrecno posedujejo pravotvorno oblast.

Ta opravičljiva zadržanost gre vstric s tradicionalnim ameriškim upiranjem temu, da bi sodnikom privoščili določene postopkovne pristojnosti, ki jih kontinentalni sodniki pogosto imajo. Zato John Langbein svari pred tem, da bi ameriškim sodnikom priznavali primerljive »upravljske« pristojnosti, ki jih nemški civilni sodniki dejansko vsakodnevno izvajajo.⁴¹ Sodnik Marvin Frankel in profesor Paul Frase podobno izpostavljata v zvezi z adversarnim in kazensko pravnim postopkom.⁴² V vsakem od teh primerov ostaja vodilna ideja enaka: kontinentalnopravni sistemi nasploh in francoski sistem posebej se nagibajo k institucionalnemu nadzoru, ki ga ameriški model ne vzpostavlja.

Za razpravo seveda ostaja odprto vprašanje dejanske ali primerjalne učinkovitosti ameriškega argumentativnega in francoskega institucionalnega modela v luči njunih zmožnosti porajanja sodniškega nadzora in krepitev demokratičnega preudarjanja. Ali to, da ameriški pravosodni sistem zavrača razpravljanje o politično občutljivih vprašanjih osnovne naravne pravičnosti (angl. *substantive equity*), take probleme dejansko odstranjuje, ali jih znotraj sistema zgolj prenaša na neko drugo raven? Ali zapleteni, tehnični in prevladujoči ameriški argumentativni centrizem dejansko nadzoruje ameriški pravosodni diskurz in sodniško odločanje na način, ki institucionalne mehanizme francoskega pravosodnega sistema le nejasno vzporeja? Ali, končno, z vidika demokratičnega razpravljanja in preudarjanja, izgon razprav o osnovni naravni pra-

⁴¹ Glej John Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, *University of Chicago Law Review* (1985) 52, 858–866.

⁴² Glej Marvin Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, *University of Pennsylvania Law Review* (1975) 123, 1041–1045; Frankel kot »*unpromising approach*« opisuje modno dožemanje sodnika kot »*a trial director*«. Glej tudi Richard Frase, *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?*, *California Law Review* (1990) 78, 539.

vičnosti (angl. *substantive equity*) za ameriški sodni sistem predstavlja kakšno izgubo?

Rešitev teh vprašanj na tem mestu ni niti moj namen niti želja; in njihova resna razčlenitev v bistvu presega tako okvire tega prispevka kakor tudi moje knjige. Želel sem le prikazati funkcije ameriškega pravosodnega sistema na osnovi argumentativnega modela pravosodne legitimnosti. Brez institucionalnih struktur, značilnih za francoski pravosodni sistem, ameriško sodstvo svoje posamezne odločbe in avtoriteto sodniškega odločanja nasploh utemeljuje in nadzira tako, da se spušča v dolga, podrobna, osebna in javna razpravljanja o tem, kako in zakaj dospe do svojih odločitev. Ameriški sodni sistem zato daje inkluzivno predstavo o javnem in s tem lahko dostopnem pravosodnem razpravljanju ter preudarjanju.

Po drugi strani se javno nalaganje takšnega legitimacijskega bremena na ameriško sodno mnenje (sodno odločbo) res nagiba k usmerjanju pravosodne razprave v varen in blag argumentativni centrizen, ki se navkljub svoji kričeče demokratični dostopnosti izkaže – skoraj posledično – kot strašno nadzorstven. V nasprotju s francoskim sistemom, ki nudi močna, tekmujoča alternativna razpravna okolja – kakršno je znanstvena doktrina – ki se ne le udeležujejo in s tem razširjajo izvajanje sodniške normativne avtoritete, pač pa nudi tudi pomembno drugačne vidike razčlenjevanja, ameriški poročevalci sodne prakse objavljajo samo odločbe sodišča. Zaradi odrinjenja znanstvenih komentarjev v pravne revije ameriška sodna odločba pravosodno pokrajino v isti sapi zaseda in obvladuje. Tako *kraljuje* – in kraljuje kot *precedenčno pravo* – na način, ki je za francosko pravno razmišljanje precej šokanten. Vendar pa je ta pravosodni diskurz vsaj tekoče objavljan v celoti, kar je več kot lahko rečemo za notranje sodniško razpravljanje francoskih sodnih uradnikov.

4. Sodišče Evropskih skupnosti

Razcepljen francoski model pravosodnega argumentiranja ni samo nenavadna in redka francoska pravna posebnost, pač pa je tudi temeljna značilnost Sodišča Evropskih skupnosti (Sodišče ES), ki je dandanes verjetno najpomembnejše sodišče v skoraj celotni Evropi. Sodišče ES je že v svojih zametkih prevze-lo različico francoskega modela. Tako v vsaki zadevi sodnik poročevalec, generalni pravobranilec in samo Sodišče ES sestavljajo bolj ali manj istovrstne dokumente kot njihovi francoski kolegi; ti dokumenti imajo opazno družinsko podobnost. Čeprav so odločbe Sodišča ES izrazito daljše od njihovih tipičnih ustreznikov s Kasacijskega sodišča (saj običajno obsegajo tri do štirih strani),

so to še vedno sorazmerno kratke, deduktivne in uradniške sodbe, izdane v nepodpisani in kolegiatni obliki brez pritrdilnih ali odklonilnih ločenih mnenj. Podobno so sklepni predlogi (fr. *conclusions*, angl. *opinion*) evropskih generalnih pravobranilcev sorazmerno dolgi, podpisani in osebni dokumenti, ki so v nasprotju s sodnimi odločbami izraziteje pravnopolitično usmerjeni (angl. *policy-oriented*) in družbeno ustrezni.

Kljub vsem podobnostim pa Evropska unija razcepljeni francoski model pomembno spreminja, saj ga postavlja v zelo *ne*francoski, *transnacionalni* okvir razdrobljenih političnih in pravnih predpostavk. Navsezadnje Evropsko unijo sestavlja petindvajset držav, od katerih ima vsaka svoje pravne, politične ter kulturne tradicije in institucionalne strukture. Ta očitna *raznolikost* pa normativno in strukturno enotnost, ki sestavlja tradicionalno jedro francoskega modela, močno ogroža.

Brez nadzora, ki ga v francoskem primeru porajata močno poenoteni institucionalno in normativno polje, je legitimirajoča logika korenitega francoskega razcepa neprepričljiva. Strogi silogizem sodne odločbe se zato izkaže kot pretirano formalističen in zaradi tega nezadostno pregleden. Prav tako nič več ne kaže, da bi imela notranja razpravljanja elitnih sodnih uradnikov (npr. generalnih pravobranilcev) dovolj skupne normativne podlage ali institucionalnih varovalk, s katerimi bi lahko podprla ali utemeljila široko odprto razpravljanje o temeljni poštenosti in naravni pravičnosti (angl. *equity*).

Sodniki Sodišča ES očitno niso podvrženi tako izdelanim, poenotenim ter hierarhičnim šolskim in poklicnim izborom, usposabljanjem in nadzoru, ki so sicer tako pomembni za normalno delovanje francoskega pravnega sistema. Pravosodni sistem EU nima, poenostavljeno povedano, nobene vzpenjajoče se hierarhije. Seveda je od leta 1989 Sodišču ES dodano tudi Sodišče prve stopnje, ki do določene mere res deluje kot nižje sodišče, podvrženo pritožbenemu preizkusu, vendar pa to prvostopenjsko sodišče nikakor ne služi kot prva stopnička nekakšne notranje napredovalne lestvice do Sodišča ES. Sodniki Sodišča ES niso postavljeni od znotraj, z napredovanji, ki bi sledila času in doseženemu položaju, pač pa so postavljeni od zunaj, s postopkom političnega imenovanja, urejenega s Pogodbo in nadzorovanega s strani držav članic.⁴³

Sodišče ES, skratka, res ohranja precejšen del vzorcev, značilnih za francoski model, vendar pa poseduje le malo institucionalnih podlag, ki v francoskih okvirih te vzorce utemeljujejo in vzdržujejo. Zato legitimacijsko breme njegovih sodnih odločb in mehanizem porajanja osnovnega zaupanja v te odloč-

⁴³ Glej Pogodbo, člen 223 (prej 167). V letu 2003 sta le dva od tedanjih triindvajsetih članov Sodišča ES (petnajst sodnikov in devet generalnih pravobranilcev) kdaj službovala kot sodnika na Sodišču prve stopnje.

be v veliko večji meri padeta na ramena javnega argumentiranja. Sodišče ES tako svoje legitimacijsko breme v največji meri nosi z *argumentativnimi*, in ne z *institucionalnimi* sredstvi, prav v tem pa se kaže glavni odklon od francoskega modela.

Sodišče ES pomembno spreminja francoski model in blaži koreniti francoski razcep s tem, da v vsaki zadevi objavi *obe* razpravni polji – tako sodno odločbo kot sklepne predloge generalnega pravobranilca. Ta praksa dvojnega objavljaja seveda močno učinkuje na evropski slog pravosodnega argumentiranja. Prvič, praksa dvojnega objavljaja ustvarja izrazito evropsko pravosodno neubranost: poročilo sodnika poročevalca, sklepni predlogi generalnega pravobranilca in odločba Sodišča vsak zase povzemajo argumente vseh vključenih strani. To pomeni, da so v vsakem pomembnem sporu javno obelodanjeni argumenti kakih šest do osem važnejših igralcev (večino izmed njih predstavljajo institucije EU in/ali nacionalne države). Razpravni slog Sodišča ES je torej ves čas in močno javno *prerekajoč*.

Številnost argumentov, objavljenih v zadevah pred Sodiščem ES, postavlja sodišče in njegove generalne pravobranilce v težaven interpretativni položaj. Interpretativni glas generalnega pravobranilca – ali celo samega sodišča – predstavlja le enega od skupno šestih ali osmih glasov.⁴⁴ Povrhu sodišče in generalni pravobranilci značilno dopolnjujejo poglede strank s pomembno mero sodnih – in v primeru pravobranilcev tudi doktrinarnih – razčlenjevanj. Tako Sodišče ES kot njegovi generalni pravobranilci svoje argumente snujejo predvsem z *jurisprudenco* (fr. *jurisprudence*) evropskega sodišča. Ta jurisprudenca, o kateri se javno govori kot o »precedenčnem pravu« (angl. *case-law*), tvori samo hrbtenico pravnih razčlenjevanj in argumentacij pred Sodiščem ES. Pravobranilski sklepni predlogi se zaradi tega *vedno* sklicujejo na sodno prakso Sodišča ES,⁴⁵ tako da značilno navajajo kakih šest do dvanajst prejšnjih odločitev,⁴⁶ katerih pomembne odlomke generalni pravobranilci navadno citirajo.⁴⁷

Podobno predstavlja eno od praktičnih nalog sklepnih predlogov generalnega pravobranilca prav pretresanje in predstavitev *doktrinarnih* komentarjev k spornim vprašanjem, ki jih pred sodiščem postavlja obravnavani primer. V skoraj vseh pomembnih zadevah pred Sodiščem ES se generalni pravobranilec

⁴⁴ Glej npr. *Dillenkofer & Ors proti Zvezni republiki Nemčiji*, [1997] CEC 35, kjer je bilo vključenih kar osem strani, ki so Sodišču predstavljale svoje argumente in različne poglede.

⁴⁵ Še nikoli nisem naletel na mnenje generalnega pravobranilca, ki se ne bi sklicevalo na prejšnje odločitve Sodišča ES.

⁴⁶ Glej npr. *Brasserie du Pêcheur*, zadevi C-46/93 in C-48/93, [1996] CEC (CCH) 295, 298–342; *Hedley Lomas*, [1996] CEC, 982–1016.

⁴⁷ Glej npr. *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, [1992] 2 CEC, 496; *Francovich* [1993] 1 CEC, 616.

izrecno sklicuje na doktrino.⁴⁸ Takšno sklicevanje je lahko bolj ali manj obširno in podrobno. Precej pogosto se sklepni predlogi zgolj sklicujejo na vrsto znanstvenih pisanj. Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi *Van den Boogard proti Laumen*, na primer, navajajo kakih sedem znanstvenih publikacij;⁴⁹ sklepni predlogi Van Gervena v zadevi *Marleasing* jih navajajo kar trinajst.⁵⁰ Precej običajno je tudi to, da pravobranilski sklepni predlogi te doktrinarne vire tudi citirajo in podrobno razčlenjujejo.⁵¹

Praksa sočasnega objavljanja posledično gradi poseben razpravni oziroma argumentativni okvir, v katerem je pravna interpretacija ves čas močno javno spodbijana. Ta večplastna interpretativna polemika, vsem na očeh, postavlja Sodišče ES in generalne pravobranilce v položaj, v katerem morajo razložiti in utemeljiti to, kar se zdaj izkaže le še kot pomembna interpretativna izbira, in nič več kot enostavna dedukcija iz besedila.

Praksa sočasnega objavljanja pomembno učinkuje tudi na slog in tip argumentov ter razmišljanja, ki se ga razvija v vsakem od razpravnih polj. Zdaj ko sta obe razpravni polji objavljeni drugo ob drugem, noben način argumentiranja nima tako čiste slogovne oblike kot njuna francoska ustreznika. Z drugimi besedami, Evropski model diskurzivni razcep med sodiščem in generalnimi pravobranilci pomembno *omehča*.

Sodišče ES ne razvija čistega, enostavnega besedilnega silogizma, kakršen je značilen za francosko Kasacijsko sodišče. Vendarle pa tudi Sodišče ES sestavlja opazne uradniške odločbe.⁵² Uradniška značilnost teh odločb se seveda začne s kolegijskim slogom, v katerem so izdane: Sodišče ES se izraža v brezosebni, nepodpisani in institucionalni tretjeosebni ednini, tako da se samo stalno naslavlja kot »Sodišče ...«. Brez podpisov ali vsaj razkritja glasov odločbe Sodišča ES izpadejo kot proizvod monolitne institucije.

⁴⁸ Seveda vedno obstajajo tudi izjeme. Glej npr. mnenje generalnega pravobranilca Lenza v zadevi *Fratelli Constanzo proti Comune di Milano* [1991] 2 CEC 249.

⁴⁹ *Van den Boogard proti Laumen* (zadeva C-220/95), [1997] CEC 431, 432–449.

⁵⁰ Glej *Marleasing*, [1993] 1 CEC, 130–140.

⁵¹ Glej npr. sklepne predloge generalnega pravobranilca Légerja v zadevi *Hedley Lomas*, [1996] CEC, 991, kjer citira Grévisse in Bonichot, *Les incidence du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres*, v: *Mélanges boulois* (1991), 297. Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Van Gervena v zadevi *Marleasing*, [1993] 1 CEC, 137. Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Van Gervena v zadevi *Chernobyl*, [1991] 2 CEC, 445.

⁵² Glej John Barceló, *Precedent in European Community Law*, v: MacCormick, Summers (ur.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company, 1997, 411. Za podrobno razčlenitev sodnih slogov glej Robert Summers in Michele Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, v: MacCormick, Summers (ur.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company, 1991, 496–502.

Uradniško institucionalni glas Sodišča ES dodatno poudarja avtoritativni ton, s katerim se sodišče v svojih odločbah izraža. Katerikoli interpretativni spor že zadeva vključuje, ga evropsko sodišče razrešuje s skoraj imperialno samozavestjo. Nastopa namreč, kot da bi zadeva dovoljevala eno samo pravilno odločitev. Čeprav povzema argumente vseh strani, Sodišče ES tiste, s katerimi se ne strinja, zavrne na opazno avtoritativen in vzvišeno hladen način. Glede nasprotnih argumentov Sodišče ES uradniško spet in spet ponavlja: »*Tega argumenta se ne da sprejeti.*«⁵³ V nekem rutinskem primeru, izbranem med stotinami drugih, sodišče pravi takole:

31. Abbey National vseeno predlaga, da ...

32. Tega argumenta se ne da sprejeti. Prvič, iz 17(2) člena Šeste direktive jasno izhaja, da ... Drugič, v vsakem primeru ...

33. Argument Abbey National, ki pravi ... mora biti prav tako zavržen. ...

34. Iz tega sledi ...⁵⁴

Nasprotne poglede zna torej Sodišče ES dokaj zavzeto odbijati.

Odločnost in slog sodiščnega izražanja zato puščata močan vtis, kot da je bila možna samo ena odločitev; da deduktivna logika enostavno zahteva prav takšno odločitev, kakršno je sodišče izdalo.⁵⁵ Z razvijanjem vrste značilnih argumentativnih potez Sodišče ES krepi to predstavo o uradniško samozavestnem in deduktivnem odločanju. Tako, na primer, ko odgovarja na vprašanja, ki jih nanj naslavlja nacionalna sodišča, Sodišče ES rutinsko zavije svoje razčlenjevanje odgovarjajoč: »*odgovor mora biti (torej) tak ...*«⁵⁶ Odločbe Sodišča ES so do skrajnosti prežete tudi z besedami: »*iz tega sledi*«. Ponavljajoča raba te besedne zveze očitno daje občutek, da je sodišče vpeto v močno logičen in celo deduktiven poskus, v katerem prevladujoči predlogi – najsi bodo vzeti iz Pogodbe, zakonodaje EU, sodne prakse evropskega sodišča idr. – neizprosn

⁵³ Glej npr. *Société financière d'investissements SPRL (SFI) proti Belgiji*, zadeva C-85/97, 1998 CELEX LEXIS 6640, 18 (1998); *Covita AVE proti Elliniko Dimosio (Grčija)*, zadeva C-370/96, 1998 CELEX LEXIS 6617, 17 (1998); *Georg Bruner proti Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, zadeva C-290/97, 1998 ECJ CELEX LEXIS 6018, 13 (1998); *Brasserie du Pêcheur*, zadevi C-46/93 in C-48/93, [1996] CEC (CCH) 295, 346–347.

⁵⁴ *Abbey National plc proti Commissioners of Customs & Excise*, zadeva C-408/98, 2001 ECJ CELEX LEXIS 336, 16–18 (2001).

⁵⁵ Glej npr. *Angelo Ferlini proti Centre hospitalier de Luxembourg*, zadeva C-411/98, 2000 ECJ CELEX LEXIS 3076, 19 (2000).

⁵⁶ Glej npr. *Maria Nelleke Gerda van den Akker in drugi proti Stichting Shell Pensioenfonds*, zadeva C-28/93, 1994 ECJ CELEX LEXIS 5789, 15 (1994); *Florian Vorderbruggen proti Hauptzollamt Bielefeld*, zadeva C-374/96, 20 (1998) (»*In the light of the foregoing, the reply must be that consideration of the question referred has not revealed ...*«); *Finanzamt Bergisch Gladbach proti Werner Skripalle*, zadeva C-63/96, 1997 ECJ CELEX LEXIS 10891, 17 (1997) (»*Consequently, the reply must be that an authorization by the Council to introduce a special measure ... is not covered by ...*«).

vodijo do postavljenih zaključkov.⁵⁷ Krajše povedano, čeprav Sodišče ES pomembno blaži čisti silogizem francoskega modela, vendarle ohranja njegov opazno uradniški in deduktivni ton.

Podobnost je najti tudi drugje: čeprav evropski generalni pravobranilci ne razvijajo neuokvirjene argumentacije, temelječe na naravni in materialni pravičnosti, vendarle še vedno argumentirajo v jasno subjektivnem in negotovem prvoosebne edninskem slogu. Zato se pojavljajo kot posamični glasovi, ki morajo nasprotnim argumentom podrobno odgovarjati, in to na močno personaliziran, relativiziran in celo negotov način. Njihova argumentacija je tako nenehno zabeljena s frazami, ki razkrivajo, da gre pravzaprav za osebni in včasih ne povsem trden pogled.

Generalni pravobranilci redno uporabljajo izraze kot so: »zdi se mi«, »mislim da«, »smatram« ter »po mojem mnenju« (angl. »it seems to me«, »I think«, »I consider that«, »in my view«), ki le s težavo vlivajo občutek deduktivne interpretativne nujnosti. Kot v nekem tipičnem primeru zapiše generalni pravobranilec Tesaro: »Dodal bi samo to, da se mi ne zdi mogoče povsem izključiti ...«. ⁵⁸ Podobno razpravlja generalni pravobranilec Gulmann: »Vendar se mi v vsakem primeru zdi negotovo, ali je iz zadevnih določb mogoče izvajati obveznost držav članic, da preprečijo ...«. ⁵⁹ Generalni pravobranilec Fennely navrže: »Nacionalno sodišče ima, mislim da, prav v tem, kakšen osnovni namen izlušči iz ... v členu 9(2)(c) ... Direktive.« ⁶⁰ Generalni pravobranilec Colomer pojasni: »Moram reči, da sam smatram, da bo ta argument manj verjetno uspešen kot prejšnji, glede na to, da ...«. ⁶¹ Generalni pravobranilec Elmer uglajeno razloži: »Po mojem mnenju se lahko domneva, da ima ta določba namen izzvze-

⁵⁷ Glej npr. *Potrugalska proti Komisiji*, zadeva C-365/99, 2001 ECJ CELEX LEXIS 1151, 13–23 (2001); *H. Jippes, Afdeling Groningen van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren proti Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, zadeva C-189/01, 2001 ECJ CELEX LEXIS 1204, 59–60 (2001); *B.S.M. Geraets-Smits in H.T.M. Peerbooms proti Stichting Ziekenfonds VGZ in Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, zadeva C-157/99, 2001 ECJ CELEX LEXIS 1147, 38–43 (1999).

⁵⁸ »I would add only that it does not seem to me possible to exclude out of hand that ...« Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Tesara v zadevi *Kraljica proti Ministrstvu za kmetijstvo, ribištvo in prehrano*, zadeva C-165/95, 1997 ECJ CELEX LEXIS 7327, 31–32.

⁵⁹ »But it seems to me doubtful in any case whether it is possible to deduce from the provision in question a duty for the Member States to prohibit ...« Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Gulmanna v zadevi *Lucien Ortscheit GmbH proti Eurim-Pharm Arzneimittel*, zadeva C-320/93, 1994 ECJ CELEX LEXIS 3449, 19.

⁶⁰ »The national court is, I think, correct in its identification of the purpose underlying ... Article 9(2)(c) ... of the Directive.« Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Fennellyja v zadevi *Jurgen Dudda proti Finanzgericht Bergisch Gladbach*, zadeva C- 327/94, 1996 ECJ CELEX LEXIS 5896, 30.

⁶¹ »I must say that I consider this argument less likely to succeed than the previous ones, given ...« Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Ruiz-Jarabo Colomera v zadevi *Nemčija proti Komisiji*, zadeva C-263/95, 1997 ECJ CELEX LEXIS 7345, 25.

ti le poseben primer, v katerem ...»⁶² Takšna osebna in oklevajoča argumentacija se vrača *ad nauseam*, s čimer nemalo pozornosti usmerja na osebno naravo odločanja v okvirih evropskega sodišča.⁶³

S stalno rabo takih argumentativnih tikov kot so »po mojem«, »zdi se mi«, »smatram da«, »mislim« itd. slog pravobranilskih sklepnih predlogov izraža vso raznolikost pogledov, zaobjetih v številnih argumentih, ki so rutinsko predstavljeni v zadevah pred Sodiščem ES. Glede na to očitno raznolikost si lahko domišljamo, da bo sodna rešitev le težko preprosta stvar neosebne in mehanične uporabe pravnih norm. V vroči interpretacijski areni evropskega sodišča morajo biti izbire jasno narejene in stvar osebne perspektive.

Kot je razvidno, Sodišče ES razcepljeno obliko francoskega modela ohranja, čeprav razcep ublaži z odpravo enostavnega silogizma ter s vzporednim objavljanjem pravobranilskih sklepnih predlogov in uradnih sodnih odločb. Tu pa se postavi vprašanje, kako Sodišče ES posreduje med svojima dvema »omehanizma« argumentativnima načinoma?

Sodišče ES med dvema načinoma posreduje z prisvojitvijo posebnega argumentativnega in konceptualnega ogrodja, ki ga pogosto imenujejo tudi »teleološki« interpretativni pristop. Pri tem teleološkem pristopu pa ni najbolj opazna njegova namenska interpretativna drža, temveč to, kakšne vrste namenom ali ciljem služi. Čeprav se generalni pravobranilci rutinsko osredotočajo na tako imenovane mikronamene – torej namene specifične določbe iz Pogodbe ali dela zadevne zakonodaje (npr. določbe *effet utile*) –⁶⁴ takšno mikroteleološko razlogovanje pravzaprav predstavlja najmanj zanimivo in najmanj pomembno plat pravobranilske interpretativne prakse. Poleg tega je za razlogo-

⁶² »That provision can, in my view, be assumed only to have the purpose of exempting the special cases of ...« Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Elmerja v zadevi *Astir A.E. proti Elliniko Dimosio*, zadeva C-109/95, 1996 ECJ CELEX LEXIS 6111, 19.

⁶³ Glej npr. sklepne predloge generalnega pravobranilca La Pergole v zadevi *Komisija proti Nemčiji*, zadeva C-102/96, 1998 ECJ CELEX LEXIS 6589, 28 (»On the other hand, it does not seem to me that, in this case, the protection of consumer health has been jeopardised in any way.«); sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi *Karlheinz Fischer proti Finanzamt Donaueschingen*, zadeva C-283/95, 1997 ECJ CELEX LEXIS 7352, 17 (»It seems to me that, for the purpose of applying the principle of fiscal neutrality in cases such as the present, VAT must be considered in isolation.«).

⁶⁴ Glej npr. sklepne predloge generalnega pravobranilca Légerja v zadevah *Commissioners of Customs and Excise proti T. P. Madgett, R.M. Baldwin in The Howden Court Hotel*, združeni zadevi C-308/96 in C-94/97, 1998 ECJ CELEX LEXIS 6341, 11 (»The purpose of the provision makes it possible to identify an interpretation which is in line with the harmonisation required by the Sixth Directive.«); sklepne predloge generalnega pravobranilca Cosmasa v zadevi *Abruzzi Gas proti Amministrazione Tributaria di Milano*, zadeva C-152/97, 1998 ECJ CELEX LEXIS 6400, 29 (»The application of this regime to cases of that kind would be contrary to the purpose of the provision in question, which is to promote ...«); sklepne predloge generalnega pravobranilca La Pergole v združenih zadevah *Société Louis Dreyfus proti Komisiji in Glencore Grain proti Komisiji*, zadevi C-403/96 P in C-404/96 P, 1997 ECJ CELEX LEXIS 6781, 71–72 (»As I have pointed out ..., the purpose of the provision is to prevent the Community institutions from ...«).

vanje Sodišča ES dokaj neobičajno, da bi bilo vpeto v kruto stvaren način porajanja odločilno politične in/ali družbene integracije držav članic EU.

Sodišče ES in njegovi generalni pravobranilci se, soočeni z mnogimi navzkrižnimi argumenti številnih in pomembnih strank v postopku, raje obračajo na tako imenovane *metanamene*; torej namene, vrednote ali politike (angl. *policies*), ki dajejo osnovo ne toliko posameznim delom zadevne zakonodaje, pač pa Uniji in njeni pravni strukturi *kot celoti*.⁶⁵ Z drugimi besedami, raje kot da bi svoja razčlenjevanja omejevali na zadevne *mikronamene* v danem primeru, se generalni pravobranilci nagibajo povečati raven in splošnost zadevnih namenov in politik. Namesto da bi razpravljali, na primer, o tem, kako namen zadevne zakonodajne ali pogodbene določbe promovira humano klanje živine ali pa kako državam članicam preprečujejo povečevanje carinskih dajatev na uvoz in izvoz, se razčlenjevanja hitro zapletejo – ne v obravnavo izrecno materialnih političnih (angl. *political*) vprašanj, kot je integracija EU *per se*, pač pa v sorazmerno maloštevilna temeljna in ponavljajoča se *metavprašanja* o sistemskih pravnih usmeritvah (angl. *systemic legal policy*) Unije, kot npr. zagotavljanje »učinkovitosti« skupnostnega prava,⁶⁶ promoviranje »pravne varnosti in enotnosti«⁶⁷ ter zavarovanje skupnostnega »sistema« s »pravnim varstvom« individualnih skupnostnih pravic.⁶⁸

⁶⁵ O skladnosti *metanamenov* z *general legal values* glej Robert Summers, *How Law is Formal and How it Matters*, *Cornell Law Review* (1997) 82, 1165.

⁶⁶ Glej npr. *Komisija proti Irski*, zadeva C-354/99, [2001] ECR I-7657 (»41 The Commission considers that the absence ... calls in question the effectiveness of the comprehensive system of protection offered under the amended Act ... Even where a directive does not provide for any specific penalty or fine for non-compliance with the specific obligations it imposes, the Member States nevertheless have a general duty under Article 5 of the Treaty to take all measures necessary to guarantee the application and effectiveness of Community law.«); *Flemmer proti Svetu*, zadeva C-81/99, 9. oktober 2001, [2001] ECR I-7211 (»57 Accordingly, the answer to the second question must be that ... the contracts ... are governed by the rules of national law, provided that their application does not prejudice the scope and effectiveness of Community law.«); *Gervais Larsy proti Institut national d'assurances sociales pour travailleurs independants (INASTI)*, 28. junij 2001, [2001] ECR I-5063 (»51 Suffice it to observe in that regard that the Court has held that any provision of a national legal system and any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent, even temporarily, Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements, which are the very essence of Community law.«).

⁶⁷ »Legal certainty and uniformity.« Glej npr. *Kraljica proti Commissioners of Customs & Excise, ex parte Faroe Seafood Co. Ltd., Foroya Fiskasola L/F*, zadeva C-153/94, 14. maj 1996, [1996] ECR I-2465 (»80 ... As a result, it will be possible for the uniformity of Community law to be ensured by the Court of Justice through the preliminary ruling procedure.«); *The Institute of the Motor Industry proti Commissioners of Customs and Excise*, 12. november 1998, [1998] ECR I-7053 (»16 It is settled case-law that ... Such an approach would be incompatible with the requirement of the uniform application of Community law.«); *Komisija proti Italiji*, zadeva C-49/00, 15. november 2001, [2001] ECR I-8575 (»22 It is particularly important, in order to satisfy the requirement of legal certainty, that individuals should have the benefit of a clear and precise legal situation enabling them to ascertain the full extent of their rights and duties and, where appropriate, to rely on them before the national courts [Case C-236/95 *Commission v. Greece* [1996] ECR I-4459, paragraph 13].«); *Komisija proti Italiji*, zadeva C-159/99, 17. maj 2001, [2001] ECR I-4007 (»32 ...the provisions of di-

V tem, do skrajnosti prodornem načinu argumentiranja se Sodišče ES in generalni pravobranilci prvenstveno osredotočajo na predložitev namenov oz. vrednot, ki bi morale utemeljevati celotni pravni sistem Evropske unije. Odločitveno besedišče je zaradi tega usmerjeno v zadovoljitev *sistemskih* zahtev po vzpostavitvi ustreznega in delujočega evropskega *pravnega reda*.

Ta metateleološki slog razlogovanja je značilen za sklepne predloge generalnih pravobranilcev. Opazno negotovi, v odnosu do mnogih in navzkrižnih argumentov, ki jih predložajo številne in pomembne stranke v postopku, generalni pravobranilci utemeljujejo svoja interpretativna stališča z naraščajoče temeljnimi, sistemskimi, metateleološkimi pravnopolitičnimi argumenti (angl. *policy arguments*), ki jih nato podajajo v značilno osebni (in pogosto kar vzneseni) slogu. Spet in spet, se zdi, generalni pravobranilci ponavljajo: »*Po mojem mnenju bi sprejetje nasprotnega stališča ogrozilo učinkovitost – in s tem samo delovanje in obstoj – celotnega pravnega reda Skupnosti.*«

Tudi samo Sodišče ES privzema enak osnovni pristop, le da v veliko bolj uradniškem tonu. Kot razglša, na primer, v *Brasserie du Pêcheur proti Nemčiji*:

18. Nemška, Irska in Nizozemska vlada trdijo, da ...

19. Tega argumenta se ne da sprejeti.

20. Sodišče dosledno ponavlja, da je pravica posameznikov sklicevati se na neposredno učinkovite pogodbene določbe pred nacionalnimi sodišči le minimalno jamstvo ... Namen te pravice je zagotoviti, da določbe skupnostnega prava prevladajo nad nacionalnimi določbami ... [P]opolna učinkovitost skupnostnega prava bi bila ogrožena, če posameznikom odškodnina ne bi mogla biti priznana ...

...

rectives must be implemented with unquestionable binding force, and the specificity, precision and clarity necessary to satisfy the requirements of legal certainty.«).

⁶⁸ »Legal protection.« Glej npr. tudi *Area Cova SA proti Svetu*, zadeva C-301/99, 1. februar 2001, [2001] ECR I-1005 (»45 Finally, in the third part of the plea Area Cova and others dispute the effectiveness of a system of judicial protection requiring individuals first to choose a domestic remedy, coupled with the possibility of a reference for a preliminary ruling as to validity, in order to challenge the application of a Community regulation.«); glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Cosmasa v zadevi *ED Srl proti Italo Fenocchio*, zadeva C-412/97, 1999 ECJ CELEX LEXIS 5913, 33 (»Procedural discrimination ... is incompatible ..., specifically, with the structure of the system of legal protection under Community law ...«); sklepne predloge generalnega pravobranilca La Pergole v zadevi *Bundesverband der Bilanzbuchhalter e.V. proti Komisiji*, zadeva C-107/95 P, 1996 ECJ CELEX LEXIS 9039, 8 (»It could certainly be stated that there is a lacuna in the system of judicial protection in that it does not enable individuals to bring an action for judicial review of decisions whereby the Commission decides not to initiate the procedure for failure to fulfil obligations.«); sklepne predloge generalnega pravobranilca Légerja v zadevi *Hedley Lomas*, [1996] CEC 991 (»As early as 1981, in its judgment in *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, the Court referred to a 'system of legal protection' making it possible to ensure the effectiveness of Community law.«).

31. V luči prej omenjenih premislekov je sodišče v Francovichu odločilo, da je načelo odgovornosti države ... inherentno sistemu pogodbe.

32. Iz tega sledi, da načelo velja ne glede na to, za kateri državni organ, katerega dejanje ali opustitev je povzročilo kršitev [prava Skupnosti], gre.

33. Poleg tega, z vidika temeljne zahteve pravnega reda Skupnosti, da je skupnostno pravo enotno uporabljano, obveznost poravnati škodo, ki je bila posameznikom povzročena s kršitvijo prava Skupnosti, ne more biti odvisna od domačih pravil ...⁶⁹

Kot je razvidno, se Sodišče ES na koncu zateče k v osnovi podobnemu interpretativnemu in argumentativnemu pristopu kot njegovi generalni pravobranilci, le da v zgoščenem, aksiomatičnem, deduktivnem in avtoritativnem slogu. Ta javni prikaz metodološkega zbliževanja tako zaznamuje pomemben odklon od korenite francoske cepitve pravosodnega argumentiranja.

Z več vidikov ta preklop, ki ga v svojem pristopu do razpravljanja, preudarjanja in utemeljevanja izvede Sodišče ES, predstavlja francoski model, prisiljen v soočenje z resno razdrobljenostjo njegovega *demos*a. O problematično sestavljenem evropskem *demosu* je bilo napisanega že precej – še posebej s strani Josepha Weilerja⁷⁰ – tako da ni nobenega razloga za ponovno pogrevanje razčlenitev na tem mestu. Dovolj je spomniti, da francoski model pravosodne legitimnosti deluje na temelju predstavniške institucionalne strukture, ki med francoskimi državljani, francosko državo in s tem francoskim pravosodnim aparatom (vključno s sodniškimi, znanstvenimi in poklicnimi sestavinami) vzpostavlja republikansko vez. Če se zaradi naraščajoče očitne razdrobljenosti francoskega ljudstva, kakor sem bežno omenil zgoraj,⁷¹ ta predstavniška republikanska vez zdi vse šibkejša, lahko rečemo, da je v multinacionalnem evropskem okviru pretrgana – ali, natančneje, nikoli niti ni bila zgrajena.

Brez svojega ustreznika francoskemu predstavniškemu strukturnemu mehanizmu – torej brez neke različice poenotenih in meritokratičnih postopkov šolanja, izbiranja, usposabljanja in nadzorovanja – in zato v pomanjkanju precejšnjega dela temeljne francoske *institucionalne* strukture Sodišče ES francoskemu modelu dodaja veliko bolj *argumentativen* način pravosodnega utemeljevanja in legitimiranja. Ta konglomeratni pristop pa vendar precej pobere od francoskega modela. Sodba Sodišča ES tako ostaja nepodpisana, uradniška, ko-

⁶⁹ *Brasserie du Pêcheur proti Nemčiji*, zadevi C-46/93 in C-48/93, [1996] CEC (CCH) 295, 346–347.

⁷⁰ Glej Joseph H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; slov. prevod: *Ustava Evrope: »Ali nova oblačila imajo cesarja?« in druge razprave o evropski integraciji*, Ljubljana, Pravna fakulteta, Zbirka Manet, 2002.

⁷¹ Glej op. 25.

legijska in močno deduktivna sodna odločba, ki sodišču preprečuje, da bi postalo normativno prevladujoče: sodba je očitno premalo poučna, da bi bila edino središče pozornosti kasnejših pravnih razčlenjevanj, kaj šele da bi se postala veljave »prava«. Ta motnost odpira vrata in morda celo vzpostavlja potrebo po pojavu alternativnih – in pogosto specializiranih – diskurzov, ki lahko pojasnijo, se vključijo in morda celo izzovejo razlogovanje ter avtoriteto same sodne odločbe. Morda zato ni naključje, da je odločba Sodišča ES vedno objavljena vzporedno s sklepnimi predlogi generalnega pravobranilca: francoski model kriptičnega pisanja odločitev očitno deluje z roko v roki s sočasno objavo daljšega, podrobnejšega in veliko bolj vsebinskega argumentiranja, ki krha argumentativni monopol sodne odločbe.

Obenem lahko razumemo, da Sodišče ES francoski model pomembno popravlja. Njegova sodba je na primer precej obširnejša od suhoparnih obrazložitev, ki jih ponuja odločba francoskega Kasacijskega sodišča. Sodišče ES in njegovi generalni pravobranilci se nenehno sklicujejo na pretekle sodne odločbe, ki so navajane poimensko ter razčlenjevane in uporabljane z jasno skrbnostjo. Sodišče ES zato v smislu razlogovanega, utemeljenega in predvsem pregledno javnega odločanja nudi veliko več. Pomembno širše obrazloži dejansko stanje, potek postopka in interpretacijo, vključujoč povzetke argumentov – in odgovore nanje – za vsako od v postopku udeleženih strani. Odločba Sodišča ES posledično prikazuje vso raznovrstnost pogledov, to pa ima malo skupnega s popolno monolitnostjo odločb francoskega Kasacijskega sodišča.

Ta izbruh očitno navzkrižnih pogledov se kaže tudi v javnem ustvarjanju izpopolnjene odločitvene gramatike, ki sodbe Sodišča ES razlaga in utemeljuje. Namesto silogističnega ali pa na naravni pravičnosti temelječega (angl. *equity-based*) načina argumentiranja, Sodišče ES in njegovi generalni pravobranilci svoje interpretativne naloge izpeljejo z izdelavo in razvijanjem zapletenega metateleološkega ogrodja, ki je usmerjeno v zadovoljevanje sistemskih zahtev po vzpostavitvi primerne in delujočega pravnega reda. Sodišče ES in njegovi generalni pravobranilci to ogrodje razvijajo javno, s čimer je francoski model skritega elitnega razpravljanja zamenjan v korist možnosti javnega nadzora in kritike sodne odločitve.

Domnevne izboljšave, ki jih je Sodišče Evropskih skupnosti dodalo razcepljenemu francoskemu pravosodnemu diskurzu, pa bi bilo vse prelahko precejevali. V več pogledih problemi francoskega modela v veliki meri ostajajo. Kot pojasni Joseph Weiler, so kolegijske odločbe Sodišča ES še naprej pisane v »kriptičnem, kartezijanskem slogu ... katerega videz logičnega pravnega sklepanja in neizogibnosti izida ne vodi v dobro sporazumevanje z nacionalnimi

sodišči». ⁷² Kljub opustitvi enostavnega silogizma pa so odločbe Sodišča ES dejansko še vedno nepodpisani, nedvoumni, uradniški in močno deduktivni dokumenti, ki razkrivajo odločno manj, kot bi lahko: hudo pogosto se stenografska navedba in aksiomatična uporaba takih sistemskih usmeritev (angl. *systemic policies*), kot so »učinkovitost« skupnostnega prava, »pravna varnost in enotnost« in/ali »pravno varstvo« skupnostnih pravic, nagibata k temu, da veliko – in včasih prav vse – puščata nepovedano. Da bi našli meje obrazložitev Sodišča ES, je treba pogledati le ponavljajoča, nasprotujoča si, v veliki meri nepojasnjena in celo izrazito determinantna sklicevanja na »sistem Pogodbe« in na »institucionalno ravnotežje« v takšnih poglavitnih primerih, kot sta *Comitology* ⁷³ in *Chernobyl*! ⁷⁴ S tem na nek način, ki ga je ob vsej pomembnosti prerekanih vprašanj v določenih primerih težko razumeti, odločbe Sodišča ES pogosto ostajajo opazno nepoučne in zato diskurzivno neodgovorne (angl. *discursively unaccountable*). ⁷⁵

Obenem so koristi razcepljenega francoskega republikanskega modela v pomembnem obsegu izgubljene. Problem je, seveda, v tem, da Sodišče ES te kriptične odločbe izdaja navkljub dejstvu, da samo nima ustreznih institucionalnih struktur za njihovo nadziranje, utemeljitev in legitimiranje. In kar stvari še poslabša, Sodišče ES koristi tradicionalne razcepljenosti francoskega pravosodnega argumentiranja pomembno ogrozi z vključitvijo prilagoditev, ki bi za francoski model utegnili biti neprimerna. Čeprav Sodišče ES ohranja, na primer, francosko institucijo generalnega pravobranilca, ki sodišču svetuje o tem, kako bi morale odločiti zadevni primer, tej instituciji velik del njene razčlenjevalne ostrine tudi odvzema, saj ukinja odmaknjenost, ki jo notranjemu diskurzu svojih visokih sodnih uradnikov namenja francoski model.

Zdaj, ko so objavljeni ob vsaki zadevi, pravobranilski sklepni predlogi svoje argumentiranje z naravno pravičnostjo (angl. *equity argumentation*) v celoti opuščajo, prav kakor je na to namigovala literatura o pravici dostopa do informacij javnega značaja (angl. *sunshine laws*). Drugače kot njihovi stanovski kolegi v Franciji si generalni pravobranilci evropskega sodišča zavoljo »šokantnih« posledic, ki jih poraja uporaba obstoječega prava, ne stiskajo rok in redko, če sploh, nastopajo v jeziku temeljne, materialne poštenosti. V bistvu jav-

⁷² Joseph Weiler, *The Judicial Après Nice*, v: de Burca, Weiler (ur.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 215; glej tudi John Barceló, *Precedent in European Community Law*, v: MacCormick, Summers (ur.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company, 1997, 434–35.

⁷³ *Comitologie*, zadeva C-302/87, [1988] ECR 5615, 20.

⁷⁴ *Chernobyl*, zadeva C-70/88, [1990] ECR 2041, 21–26.

⁷⁵ Vemo pa tudi, da Sodišče ES pogosto služi kot prvo in zadnje sredstvo v okvirih prava EU.

nost, ki jo zagotavlja sodiščna praksa objavljajna, zaduši na naravni pravičnosti temelječo (angl. *equity-based*) argumentativno funkcijo, ki jo vzpostavlja in podpira francoska razcepljenost pravosodnega diskurza, s tem pa ukinja precejšni del *raison d'être* takšne republikanske institucionalne strukture.

V zameno sklepni predlogi generalnega pravobranilca zdaj prevzamejo vlogo obrazlaganja, ki jo v francoskem modelu tradicionalno nosijo doktrinarne beležke. Pravobranilski sklepni predlogi zato postanejo daljši in podpisan dokument, ki spremlja sorazmerno kriptično in nepodpisano odločbo Sodišča ES. Ta nadomestitev doktrinarne beležke s sklepnimi predlogi generalnega pravobranilca spet ohranja velik del vzorcev, ki so značilni za razcepljeni francoski model, sočasno pa jih prilagaja na način, ki pomembno spreminja – in morda celo ogroža – tisto funkcijo, ki jo sklepni predlogi nosijo v francoskem sistemu. Francoska praksa dvojnega objavljajna predstavlja in vključuje nekoliko bolj zunanji, nesodniški, specializiran in pogosto kritični glas znanstvene doktrine. Tak ekspertni zunanji glas pa je natanko tisto, kar evropskemu modelu manjka: namesto tega je odločba Sodišča ES pospremljena z argumentiranjem le še enega sodnega uradnika, generalnega pravobranilca. Objavljeno razpravljanje Sodišča ES torej ostaja povsem znotraj sodniške družine. V francoski različici, za primerjavo, doktrina ocenjuje aktualno sodno odločitev in ima tako zadnjo besedo. V evropski različici pa zadnje govori sodišče: po tehtanju argumentov enega izmed svojih kolegov (generalnega pravobranilca) Sodišče ES krog razpravljanja zaključuje z izrekom svoje sodbe.

V evropskem modelu skoraj vse argumentativne karte držijo v svojih rokah kar člani sodišča. Izguba raznolikosti objavljenih pogledov v pravnem okviru EU kaže na – in hkrati povzroča – spremljajoč porast pomembnosti pravosodnega diskurza. Kot edino objavljeni obliki argumentov se sorazmerno podobni pravosodni razpravljanji Sodišča ES in njegovih generalnih pravobranilcev postavljata v položaj argumentativne prevlade. Zato ni prav nič presenetljivo, da sedaj normativna moč sodnih odločb meji na tisto, ki jo ima *precedenčni caselaw* – v pomenu kot besedo razumejo ameriški pravniki. »Precedenčno pravo« Sodišča ES, izrecno opredeljeno kot tako, posledično predstavlja verjetno edino najpomembnejše žarišče evropske pravosodne argumentacije. Takšno *precedenčno* razumevanje sodne prakse pa izniči glavni namen francoske razcepljenosti pravosodnega argumentiranja: torej omejevati in oslabiti avtoriteto sodnih odločb.

Na koncu je vredno omeniti, da povzdignjena avtoriteta odločb Sodišča ES izhaja, modra ne povsem naključno, iz objavljenega argumentativnega okvira, v katerem se znanstveni glasovi doktrinarnih beležk ne najdejo več in iz kate-

rega so očitno subjektivna, na naravni pravičnosti temelječa (angl. *equity-based*) argumentiranja o temeljni poštenosti vse prej kot izginila. Zdaj, ko so s pravobranilskimi sklepnimi predlogi v Evropski uniji načrtno vrženi na plano prej notranji francoski sodniški argumenti, se pravosodno argumentiranje tako sodišča kot generalnih pravobranilcev pomika v varnejšo in bolj homogeno argumentativno plitvino. Zdaj, ko argumentiranje sodišča nosi velik del legitimacijskega bremena odločitve, ki so ga v francoskem sistemu nosile republikanske institucionalne strukture, Sodišče ES vzpostavlja metateleološko obliko argumentiranja, ki se v precejšnjem delu svojega odločanja razvija na nepopustljiv in ponavljajoč način.

Ta metateleološka oblika argumentiranja – ki prihaja v bolj neosebno zgoščeni (odločba Sodišča ES) ali bolj priljudno razširjeni (sklepni predlogi generalnega pravobranilca) različici – pravosodno razčlenjevanje spreminja iz razprave o jasno materialnih in političnih vprašanjih v dozdevno tehnična vprašanja o ustreznih ciljnih lastnostih (angl. *proper design attributes*) pravnega reda EU. Seveda je ta sistemska pozornost v evropskem pravosodnem okviru povsem razumljiva. Evropska unija je pač neizpopolnjen pravni in politični red, zato mora svoje temeljne institucionalne in celo »ustavne« strukture še dodelati.

Vendar pa tisto, kar razpravljanje evropskega sodišča tako pogosto dela neugodno, *ni* dejstvo, da pogosto naslavlja zapletena vprašanja o izgrajevanju sistema, pač pa to, da tako pogosto izpade, kot da ta vprašanja trga iz očitno daljnosežnih in težkih političnih stav. Poenostavljeno povedano, uničujoče nejasna in stenografska oblika sodniškega metateleološkega razlogovanja pušča veliko neizpolnjenega. Za Sodišče ES in njegove generalne pravobranilce ni niti posebej poučno niti posebej zadovoljujoče, da spet in spet – v daljši ali krajši obliki – izpostavljajo, da zahteva »pravna varnost in enotnost« ter/ali »učinkovitost« prava skupnosti tak ali drugačen izid.

Takšno kodirano, stenografsko sklicevanje na osnovne sistemske vrednote sporoča le malo več kot to, da so sodišče in njegovi generalni pravobranilci vsak vestno pretehtali vsakega od argumentov vseh strani in da so primer razsodili z dolžnim upoštevanjem sistemskih usmeritev (angl. *systemic policy*), ki so v njihovih dokumentih bežno izpostavljene. Vendar pa s tem, da mahata strankam in argumentom na tak stenografski način, niti Sodišče ES kaj šele generalni pravobranilec teh vprašanj ne obdelata dovolj pozorno, da bi omogočila njihovo odkrito razumevanje in soočenje.

Čeprav Sodišče ES, če isto povem še drugače, jasno postopa v smeri argumentativnega načina porajanja pravosodne legitimnosti – s čimer zgodovinske

in razumske predpostavke razcepljene francoske oblike pravosodnega argumentiranja pomembno spreminja – še vedno ne gre dovolj daleč po ameriških pravnih merilih: njegove kratke in deduktivne kolegijske odločbe ne zadostijo niti porajanju osebne sodniške odgovornosti niti vzpostavitvi primerne diskurzivne osnove, ki daje pravosodno legitimnost. V določenem oziru je torej Sodišče ES lahko razumljeno kot neke vrste *vmesni* pravosodni model: nosi vse zmožnosti in težave francoskega ter ameriškega modela, a vendar v nobeno od smeri ne gre dovolj daleč, da bi rešilo težave ali da bi izrabilo zmožnosti katerekoli od njih.

5. Sklep

Poenostavljeno povedano, metateleološka argumentacija Sodišča ES razodeva precej temeljnih napetosti, ki so med seboj povezane. Po eni strani Sodišče Evropskih skupnosti in njegovi generalni pravobranilci svoja interpretativna stališča racionalizirajo s sklicevanjem na splošne sistemske *metanamene*, torej s sklicevanjem na namene, vrednote ali politike (angl. *policies*), ki bi morali utemeljevati *pravni sistem* EU, če naj bo ta ustrezen *pravni red*. To povzroča veliko ponavljajočih sklicevanj na takšna meta-, sistemska ali institucionalna, vprašanja, kot so »učinkovitost« prava skupnosti, »potreba po pravni varnosti in enotnosti« ali pomembnost skupnostnega »sistema individualnega pravnega varstva«. Interpretativna tehnika Sodišča ES je zato prvenstveno usmerjena k razvijanju ustreznega pravnega reda, ki bi bil zadovoljivo določen, enoten in učinkovit.

Problem pa je v tem, da se Sodišče ES in generalni pravobranilci v ta sistemski projekt vključujejo v zelo zanimivih diskurzivnih okoliščinah. Delujejo namreč v okviru razcepljene oblike pravosodnega diskurza, ki odraža in sestavlja specifični – torej francoski – pravosodni model, ki je kot vzorec služil evropskemu. Vendar pa legitimnost tega razcepljenega francoskega modela izhaja iz zelo zanimivega pojmovanja in manifestacije države. Kot smo videli, francoska država združuje a) nenavadno centralizirane, hierarhične in na državo oprte institucionalne strukture (npr. strukture, ki prikazujejo – ali pa vsaj dozdevno prikazujejo – nenavadno visoko stopnjo določenosti, enotnosti in učinkovitosti) z b) izredno monolitno, republikansko in meritokratično državno ideologijo. Z drugimi besedami, razcepljena oblika francoskega pravosodnega argumentiranja jemlje kot samoumevno – prav ali narobe – ravno tisto vrsto normativne in strukturne enotnosti, ki Evropski uniji očitno manjka in ki ji metateleološki premisleki o sistemskih usmeritvah (angl. *systemic policy*)

dozdevno ustrezajo. Sodišče ES v svojem sistemskem projektu torej deluje z razcepljeno obliko pravosodnega diskurza, katerega metoda porajanja pravosodne legitimnosti pa je odvisna prav od tistega, na kar EU ne more vplivati: pravosodna legitimnost je namreč v razcepljenem diskurzivnem modelu močno odvisna od normativne, institucionalne, strukturne in kulturne enotnosti.

Na tej točki se Sodišče ES in njegovi generalni pravobranilci zatekajo k odločno bolj argumentativnemu načinu pravosodnega utemeljevanja (ali pa si tega vsaj prisvajajo), kljub dejstvu, da še naprej delujejo v francosko razcepljenem modelu. Iz tega izhajajoče metateleološko argumentiranje nedvomno in učinkovito sporoča, da se v igri sporov, ki potekajo pred njimi, evropsko sodišče in generalni pravobranilci globoko zavedajo pomembnih sistemskih usmeritev (angl. *systemic policy*). Telegrafska, deduktivna in kolegijsko neosebna oblika argumentiranja daje občutek, kot da evropsko sodišče pri sprejemanju odločitve napreduje, ne da bi se popolnoma zavedalo teže interpretativnih dilem in vseh učinkov svojih odločitev. Z drugimi besedami, čeprav v nasprotju s svojim tradicionalnim francoskim prototipom zavzema odločno bolj argumentativen pristop, Sodišče ES to počne brez zadostnih diskurzivnih varovalk ali osebne odgovornosti, da bi lahko ustvarjalo primerno stopnjo interpretativnega zupanja in pravosodne legitimnosti. Metateleološka argumentacija Sodišča ES je namreč prepogosto podobna stenografskim sloganom, ki razpravo samo skrajšujejo z lažnim občutkom nujnosti.

Sodišče Evropskih skupnosti je torej v zelo težavnem položaju. Po eni strani deluje v razcepljenem modelu pravosodnega razpravljanja, s katerega podpornimi in legitimirajočimi francoskimi institucionalnimi strukturami se samo ne more primerjati. Po drugi strani pa res zavzema od francoskega precej bolj argumentativen pristop, vendar le z njim močno osebnega in diskurzivnega ameriškega načina legitimiranja Sodišče ES prav tako ne more posnemati.

Ker se je znašlo v tašni zadregi, se lahko le čudimo obsegu, do katerega je Sodišče ES vsemu navkljub vendarle uspelo delovati s takšno učinkovitostjo in takšno avtoriteto, kakršni ima. Sodišče Evropskih skupnosti je skovalo posebno obliko pravosodnega argumentiranja, katere moč in legitimnost utegneta počivati ne le na semiotičnih namigovanjih na elitne republikanske francoske temelje in ne samo na ameriškemu načinu podobnih demokratičnih argumentativnih diskusijah, ampak tudi na njegovih stenografskih priznavanjih izredno zapletenih in kontroverznih institucionalnih ter sistemskih dilem, ki se rutinsko pojavljajo pred njim.

Na čuden način Sodišče ES, ki sicer krhko in osamljeno stoji v središču evropskega vrtnca, združno *krepijo* prav sama zapletenost primerov pred njim,

sama kontroverznost, ki jih obdaja, sama moč njegovih sobesednikov in stalno vključena omotično visoka tveganja. Z opaznim obratom je Sodišče ES moč uspelo potegniti prav iz negotovosti svojega položaja. S tem, da v stenografskem slogu namiguje na sistemske premisleke, ki so pri njegovi odločitvi v igri, Sodišče ES svoje močne sogovornike priznava, obenem pa njih in nacionalna sodišča – ki jih tako pogosto naslavlja v svojih najpomembnejših odločbah – opominja: »Pazite vendar! Smo povsem na koncu vzvoda in zato še kako zaznamo občutljivost položaja. Pazljivo smo gradili komaj uravnoteženo strukturo, ki po najboljših močeh upošteva vse težavne in pogosto nasprotujoče si ozire. A če boste šli rahlo predaleč, če se boste rahlo preveč upirali in celo če boste postavili kakšno vprašanje preveč ter nas prisilili, da smo v odgovorih preveč določni – boste vse zgrajeno v trenutku sesuli!«

Iz angleškega izvirnika prevedel: mag. *Andrej Kristan*