

USTAVNA SODIŠČA V SREDNJI IN VZHODNI
EVROPI: MED SOJENJEM IN POLITIKO¹

Povzetek. *Ustavna sodišča v srednji in vzhodni Evropi danes lahko odločajo skoraj o vseh pomembnejših družbenih vprašanjih. Njihova de iure pristojnost, ki jim omogoča, da razveljavljajo odločitve demokratično izvoljenih zakonodajnih organov, je primerjalno gledano, zelo široka. Slovensko Ustavno sodišče spada med najbolj aktivistična ustavna sodišča v srednji in vzhodni Evropi. Široka ustavna in zakonska pooblastila tudi tolmači zelo široko in pri svojem odločanju pogosto posega (razveljavlja) odločitve demokratično izvoljenega organa - parlamenta. Takšen položaj ustavnega sodišča v demokratični družbi odpira vprašanje takoimenovanega protivečinskega problema ("counter-majoritarian difficulty") - to je položaja, ko organ, ki nima neposredne demokratične legitimacije (ustavno sodišče), razveljavlja odločitve demokratično izvoljenega parlamenta. V politični teoriji je zato pomembno vprašanje, kaj legitimira ustavno sodišče, da razveljavlja odločitve organa, ki ima močnejšo in direktnjšo demokratično legitimacijo. Prispevek obravnava in kritično analizira pomen različnih pravnih sredstev pri reševanju "protivečinskega problema" v sodobni demokratični družbi.*

Ključni pojmi: *protivečinski paradoks, kantovski konstitucionalizem, strukturna ustavna vprašanja, doktrina političnih vprašanj, Holmes, Sunstein, demokratična pravna razlaga.*

Uvod

Ustavna sodišča v srednji in vzhodni Evropi danes lahko odločajo skoraj o vseh pomembnejših družbenih vprašanjih. Njihova *de iure* pristojnost, ki jim omogoča,

* Dr. Bojan Bugarič, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.

¹ Tekst je bil prvotno predstavljen na predavanju z naslovom "Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: Between Politics and Adjudication", ki ga je avtor imel na Harvard Law School (European Research Legal Center je bil organizator predavanja) dne 3.12.1997. V krajši obliki je bil tekst predstavljen še na strokovni konferenci "Vloga ustavnega sodišča v političnem sistemu RS in v slovenski politiki", ki sta jo novembra 1997 organizirala revija Teorija in praksa in Slovensko politološko društvo na Fakulteti za družbene vede v Ljubljani.

da razveljavljajo odločitve demokratično izvoljenih zakonodajnih organov, je primerjalno gledano zelo široka. Širša npr. od pristojnosti večine zahodnoevropskih ustavnih sodišč ali ameriškega Vrhovnega sodišča.² Ob zelo široko zapisani pristojnosti je mogoče opaziti tudi zelo aktivistično³ naravnano prakso ustavnih sodišč oziroma zelo ekspanzivno *de facto* uporabo normativno določenih kompetenc.

Slovensko Ustavno sodišče spada med najbolj aktivistična ustavna sodišča v srednji in vzhodni Evropi. Široka ustavna in zakonska pooblastila tudi tolmači zelo široko in pri svojem odločanju pogosto posega (razveljavlja) odločitve demokratično izvoljenega organa - parlamenta.⁴

Takšen položaj ustavnega sodišča v demokratični družbi odpira vprašanje takoimenovanega *protivečinskega problema* ("counter-majoritarian difficulty") - to je položaja, ko organ, ki nima neposredne demokratične legitimacije (ustavno sodišče), razveljavlja odločitve demokratično izvoljenega parlamenta.⁵ V politični teoriji je zato pomembno vprašanje, kaj legitimira ustavno sodišče, da razveljavlja odločitve organa, ki ima močnejšo in direktnejšo demokratično legitimacijo.⁶

Problem je kompleksen in enostavni odgovori tu niso možni. Politična teorija ni uspela oblikovati rešitve, ki bi relativno jasno utemeljila razmerje med parlamentom in ustavnim sodstvom. Enostavna odprava ustavnega sodstva problema še ne rešuje, saj je zgodovina pokazala, da neomejena moč zakonodajalca tudi ni najboljše za razvoj demokracije v družbi.⁷ Zato je danes težko zagovarjati stališče, ki je bilo, zanimivo, še dobrih petdeset let nazaj prevladujoče v Evropi: da je ustavno sodstvo nezdržljivo s samo parlamentarno demokracijo, ker negira njeno temeljno načelo, t.j. suverenost parlamenta. Vodilni nemški, francoski in italijanski pravni teoretiki so takrat rigorozno zagovarjali stališče, da vsaka razveljavitev zakona pomeni neposredno kršitev načela supremacije oziroma nadvlade parlamenta v parlamentarni demokraciji. Po drugi svetovni vojni se je položaj spremenil. Spoznanje o potrebi po določeni obliki sodne kontrole nad zakonodajalcem, je prevladalo tudi v Evropi.⁸

² Več o "premočnih" ustavnih sodiščih v srednji in vzhodni Evropi, glej Holmes 1993, 21-25.

³ Sodni aktivizem ("judicial activism") je strokovni pojem, ki v ustavni teoriji označuje zelo široko, recimo ji ekspanzivno tolmačenje pravnih tekstov, za razliko od sodnega samoomejevanja ("judicial self-restraint"), ki poudarja sodnikovo striktnost vezanost na zakon oziroma ustavo ter druge standarde pravne razlage. Več o tem glej Posner 1983.

⁴ Glej Bugarič 1995; Cerar 1997a; in Lukšič 1997.

⁵ Protivečinski problem je prvi opredelil Bickel 1962, 16-23. Več o tem problemu v primerjalni praksi, glej Tushnet 1995.

⁶ S tem se je ukvarjal že Dahl 1957.

⁷ Zelo zanimivo in izzivalno pa je razmišljanje o združitvi ustavnega in vrhovnega sodišča v eno redno sodišče, ki bi, poleg funkcije rednega sojenja, opravljalo še funkcijo ustavnosodne presoje. Za razliko od ZDA, pa bi bilo za kontinentalno tradicijo, kateri Slovenija pripada, bolj primerno, če bi bila ta funkcija koncentrirana samo v enem, vrhovnem sodišču, in jo druga, nižja sodišča, ne bi mogla opravljati. Slo bi torej za koncentrirani in ne difuzni sistem ustavnosodne presoje. Menim, da bi takšna ureditev bolj okrepila "tretjo vejo oblasti" kot obstoječa ureditev, ki vrh sodne veje deli na dva dela: na vrhovno in ustavno sodišče. Takšna rešitev bi odpravila potencialne konflikte med obema sodiščema in prispevala tudi k bolj transparentni jurisprudenci sodne veje oblasti kot celote.

⁸ Glej Dietze 1957.

To pa seveda ne pomeni, da je bila bitka med zagovorniki aktivističnega sodstva in parlamentarni demokraciji bolj naklonjenega sodstva zaključena. Dilemo, ali sploh imeti ustavno sodstvo ali ne, je nadomestilo vprašanje, kako močno ustavno sodstvo je še *združljivo* s parlamentarno demokracijo.

Kar lahko z gotovostjo trdimo je, da na to vprašanje ni mogoče odgovoriti na povsem splošen, teoretičen način, ki bi enkrat za vselej, s pretenzijo večje ali manjše natančnosti, razmejil med pristojnostima ustavnega sodstva in parlamenta. Veliko teoretikov, od Kelsna do Hart Elyja, je skušalo najti "idealno" razmerje med zakonodajalcem in ustavnim sodiščem, vendar pri tem niso bili najbolj prepričljivi. V samem ustavno-pravnem diskurzu ni neke arhimedove meta-točke, ki bi omogočala izoblikovanje "matematične" formule, na podlagi katere bi potem začrtali ločnico med tem kaj sme sodišče in kaj parlament.⁹

Odsotnost takšne meta-teorije pa seveda še ne pomeni, da v praksi ne najdemo dovolj uspešnih in zanimivih načinov razmejevanja oblasti (pristojnosti) med sodstvom in parlamentom. Zato bi v prispevku rad prikazal in kritično analiziral pomen takšnih praktičnih pristopov k reševanju "protivečinskega problema" v sodobni demokratični družbi. Čeprav osrednjo pozornost namenjam ustavnim sodiščem v srednji in vzhodni Evropi, in še posebej Sloveniji, bom pri analizi uporabil tudi več primerov iz primerjalnega prava, predvsem iz pravnih ureditev zahodnoevropskih držav in Združenih držav Amerike.

Nebrzdan aktivizem domačega Ustavnega sodišča je dovolj močan razlog za takšno kritično presojo položaja in moči ustavnega sodstva v demokratični družbi.¹⁰ Demokracija je preveč resna stvar, da bi jo lahko v preveliki meri zaupali le volji devetih sodnikov. V prispevku izhajam iz stališča, da si je Ustavno sodišče prilastilo prevelik del politične moči s tem, da je velikokrat prekoračilo splošno sprejete "normalne" standarde ustavnosodnega delovanja, ki jih srečamo tako v zahodni Evropi kot v ZDA. To je najbolj očitno v tistih primerih, ko je Ustavno sodišče odločalo o *stukturnih* ustavnih vprašanjih.¹¹ S strukturimi vprašanji mislim predvsem na tiste primere, ko je sodišče odločalo o vprašanjih, ki niso izrecno urejena ne v ustavi niti v katerem od drugih pravnih predpisov in je zato v teh primerih pri presoji uporabljalo različne *splošne in zelo abstraktne pravne koncepte, doktrine in teorije*. Vdor politike v sodno presojo je najbolj pogost in najbolj verjeten prav pri uporabi omenjenih abstraktnih pravno-konceptualnih kanonov razlage.

Trend je še toliko bolj zaskrbljujoč, ker ga je mogoče opaziti tudi v nekaterih drugih državah srednje in vzhodne Evrope, hkrati pa dobiva močno "teoretično" podporo zagovornikov *kantovskega konstitucionalizma*.¹²

V prvih letih tranzicije sta bili najbolj aktivistični ruski in madžarski Ustavni sodišči. Zgodovina ruskega sodišča je danes znana: agresiven aktivizem in nenehno vmešavanje ruskega Ustavnega sodišča v vse mogoče politične spore sta

⁹ Več o tem glej Tribe 1980.

¹⁰ Podrobneje o tem glej Bugarič 1997; Bugarič 1995; in Cerar 1997b.

¹¹ Nekoliko drugačno, a pomensko precej podobno distinkcijo uporablja tudi Sunstein. Glej Sunstein 1997, 61-63.

¹² Glej S.Holmes 1995.

pripeljala do Jelcinovega dekreta, s katerim je prepovedal delovanje ruskega ustavnega sodišča.¹⁵ Madžarsko Ustavno sodišče se je nekoliko uklonilo volji parlamenta in je danes manj aktivistično kot pred dvema, tremi leti. Na spremembo v načinu delovanja madžarskega sodišča je pomembno vplival pritisk javnosti in parlamenta.¹⁶

Zagovorniki *kantovskega konstitucionalizma* izhajajo iz ideje, da je ustava, ustavno pravo, stvar "čistih" načel in nad "umazanimi podrobnostmi" vsakodnevne politike. Zaradi tega zagovarjajo močno vlogo ustavnih sodišč pri oblikovanju novih ustavnih demokracij v srednji in vzhodni Evropi. Ustavna sodišča naj bi, preko svoje jurisprudence, odigrala ključno vlogo pri oblikovanju takšnih "čistih" načel ustavnega prava. Zakonodajalcu pa se že vnaprej odreka sposobnost ustvarjanja stabilnega in načelnega konstitucionalizma, predvsem zaradi njegove nagnjenosti k iskanju kompromisov, ki naj bi bili manj "načelni" od "čistih" načel ustavnih sodišč. Takšno pristransko povzdigovanje pomena ustavnih sodišč je napačno iz več razlogov. Prvič, tudi ustavna sodišča niso forumi, ki bi bili imuni na politično odločanje, in drugič, njihovo precenjevanje pomeni istočasno (neupravičeno) podcenjevanje demokratično izvoljenih zakonodajnih organov. Kot opozarja Holmes, je le parlamentarno-generirana demokracija tista, ki lahko na dolgi rok stabilizira in učvrsti razvoj demokracije v državah srednje in vzhodne Evrope. Ustavno sodstvo lahko odigra pri tem procesu pomembno vlogo, ne more pa nadomestiti vloge parlamenta.¹⁷

Razlika med "strukturnimi" in "navadnimi" ustavnimi vprašanji

Za *strukturna* ustavna vprašanja štejem tista vprašanja, kjer se sodišče spušča v presojo splošnih pravnih konceptov, doktrin in ustavnih načel, ki so bodisi opredeljena zelo skopo ali ohlapno ali pa v sami ustavi ali zakonu sploh niso opredeljena. Gre za abstraktne pravne koncepte, doktrine in načela kot so pravna država, demokratična država, socialna država, tržna demokracija, lokalna samouprava, "pravična" denacionalizacija in podobno.¹⁸ Pri razlagi teh abstraktnih pojmov, o katerih najdemo komaj kakšen stavek v ustavi, sodišča uporabljajo različne ustavne doktrine in teorije, ki niso zapisane v ustavi. Prav zaradi tega je interpretacija strukturnih vprašanj tisto področje, kjer je odločanje ustavnega sodišča najbolj politično. Ustavne doktrine in teorije so namreč vedno skupek raznih ideoloških in političnih predpostavk o določenem splošnem družbenem pojavu. Bolj kot je ustavni tekst nedoločen in abstrakten, večja je verjetnost, da bo sodišče pri odločanju uporabljalo tudi politične kriterije.¹⁹

Kot ugotavlja Unger, abstraktni pojmi kot so predstavniška demokracija, pravna država, tržna ekonomija, človekove pravice, nimajo ene same "nujne" oblike,

¹⁵ Glej *Roundtable: Redesigning the Russian Court 1994*, 72-85.

¹⁶ Več o tem, glej Paczolay 1992.

¹⁷ Glej Holmes 1995.

¹⁸ Več o konkretnih primerih odločanja o takšnih "strukturnih" vprašanjih, glej Bugarič 1997.

¹⁹ Za odličan prikaz problema političnosti v sodnem odločanju glej Miller, Howell 1960, 671-683.

marveč več pluralnih možnih oblik.¹⁸ Zato je izbira med različnimi pluralnimi oblikami stvar vrednostno-politične in ne pravno-strokovne izbire. Teza, da obstaja ena sama oblika "pravilne" razlage teh pojmov, je zato dogmatični pravni konceptualizem, ki je skregan z realno strukturo modernega pravnega diskurza.

Zgolj dejstvo, da ustavna sodišča pri svojem odločanju uporabljajo tudi politične argumente, ni sporno samo po sebi. Temu se ni moč izogniti že zaradi pomenske odprtosti jezika kot sredstva komuniciranja. Vsak realističen pristop k pravni argumentaciji mora vzeti to dejstvo v zakup. Kot dediči Wittgensteinove pozne filozofije in učenj ameriških pravnih realistov, dandanes ne moremo več izhajati iz formalistične predpostavke o določnosti pravnega jezika.¹⁹ Tako Wittgensteinova teorija jezika kot tudi "interna" kritika formalizma s strani ameriških pravnih realistov, sta postavili pod vprašaj glavno načelo formalizma in sicer, določnost jezika kot medija pravne komunikacije. Zato lahko rečemo, da je vdor političnega v razsojanje sodišča inherentno sojenju kot takemu. Ključno vprašanje, ki se tu odpira je, ali lahko "vdor političnega" na kakšen način omejimo, zmanjšamo na minimum?

Temu vprašanju so namenjene številne ustavne teorije in doktrine, ki jih Holmes imenuje sredstva za *odločanje o ne-odločanju*.²⁰ Gre za ustavne doktrine, ki jih oblikujejo različni akterji politične igre, od parlamenta, državljanov, do sodišča samega. V zadnjem primeru govorimo o različnih doktrinah samoomejevanja, ko sodišče sledi določenim doktrinam, ki jih prej samo oblikuje, z namenom, da se izogne pretirani politizaciji svojega odločanja. Namen opisanih sredstev je med drugim v tem, da premaknejo težišče odločanja ustavnih sodišč iz abstraktnih, strukturnih vprašanj na "navadna", konkretna vsakodnevna vprašanja varstva različnih pravic državljanov.²¹ S premikom težišča odločanja sodišča na takšna konkretna vprašanja, se zmanjšuje možnost politizacije odločanja ustavnega sodišča. Takšne "klasične" sodne spore, lahko sodnik rešuje, ne da bi istočasno iskal odgovore na različna konceptualna vprašanja, oziroma ne da bi skušal iskati neko "globoko strukturo" različnih pravnih konceptov in teorij, kot to počne pri reševanju strukturnih vprašanj. Ne smemo pozabiti, da je veliko konkretnih pravic povsem zadovoljivo opredeljenih že v pozitivni zakonodaji, kar pomeni, da tu sodnik enostavno "uporabi zakon" in ne išče odgovorov na razna konceptualna vprašanja o "pravni naravi" pravičnosti, pravne države, demokracije etc.

V nadaljevanju bom natančneje prikazal različna sredstva omejevanja pristojnosti in s tem tudi politične moči ustavnega sodstva, ki so povsem legitimni del pravnega reda večine zahodnih demokratičnih ureditev.

¹⁸ Glej Unger 1996a, 7.

¹⁹ Več o tem glej Horwitz 1992, 229, 230.

²⁰ Glej Holmes 1988, 20.

²¹ Več o tem v nemškem kontekstu, glej Meny 1990, 359-372; v amerškem pa Sunstein 1996, 35-61.

Sredstva omejevanja pristojnosti ustavnega sodstva

Ex post omejevanje

V prvo skupino spadajo sredstva, ki jih je moč uporabiti potem, ko sodišče že sprejme svojo odločitev. Predstava, da po odločitvi ustavnega sodišča ni več pravno legitimnih sredstev za spremembo takšne odločitve, je napačna.

Ustavni amandma

Najbolj enostavno sredstvo je sprejetje *ustavnega amandmaja* s strani parlamenta. Na ta način parlament razveljavi odločitev sodišča, saj s sprejemom ustavnega amandmaja uredi sporno vprašanje na drugačen način kot je razsodilo ustavno sodišče in kar je ključno, to stori na najvišji pravni ravni, t.j. na ustavni ravni, kateri je zavezano tudi ustavno sodišče samo. Razmišljanja nekaterih, da bi ustavo sodišče lahko razveljavljalo proceduralno pravilno sprejete ustavne amandmaje, je v nasprotju z idejo ustavnosodne presoje in samo parlamentarno demokracijo. Ustavno sodišče se namreč ne more postaviti nad ustavo samo: njegova primarna naloga je, da varuje takšno ustavo, kot jo je sprejel suvereni ustavodajalec. V trenutku, ko bi začelo presojati vsebino proceduralno pravilno sprejetih ustavnih amandmajev, bi se ustavno sodišče postavilo nad ustavo in s tem uzurpiralo politično moč, ki mu ne pripada.²²

Ameriška ustavna doktrina zavrača idejo, da bi vrhovno sodišče lahko razveljavilo proceduralno pravilno sprejet ustavni amandma. Teoretična podlaga takšnega stališča je načelo, da je pravica spreminjanja ustave superiorna nad pravico sodne presoje ustavnosti (Holmes, Sunstein 1995, 278). Drugače je v Nemčiji, ki takšno prakso formalno dopušča. Nemška ustava namreč vsebuje določeno "jedro" temeljnih pravic, ki naj ne bi bile podvržene ustavnim spremembam (člen 79/3 nemške ustave). Omeniti je treba, da je praksa razveljavljanja amandmajev v Nemčiji izjemno redka in omejena res samo na nekaj izjemnih primerov. Kot sem že omenil, je pri tem vprašanju potrebno ohraniti določeno fleksibilnost in ustavnemu sodišču v res izjemnih primerih, ko bi šlo za poskus odprave demokratične države, tudi dopustiti možnost, da presoja skladnost amandmaja z ustavo. To pa ne pomeni, da bi ustavno sodišče lahko presojalo o amandmajih vsakokrat, ko bi menilo, da je predlagan amandma v nasprotju z enim od pravnih načel ali pravnih konceptov ustave.

Povsem nezdružljivo z načelom ustavnosti bi bilo, če bi sodišče npr. razveljavilo amandma, ki bi spremenil volilni sistem v državi ali amandma, ki bi na kakršenkoli način spremenil organizacijo delitve oblasti v državi (npr. namesto parlamentarnega uvedel predsedniški sistem). Razen v izjemnih primerih, ko bi amandma ogrožal same temeljne demokratične vrednote ustavne ureditve,

²² Kljub temu je tu potrebna določena fleksibilnost, ki bi ustavnemu sodišču v določenih primerih dopuščala, da razveljavi tudi sam ustavni amandma. Gre za primer, ko bi ustavodajalec hotel npr. odpraviti demokratično ustavno ureditev in uvesti diktaturo, in podobne primere, ko bi šlo za očitno kršitev temeljnih vrednot demokratične ustavne ureditve. Dodati je treba, da so to res izjemni primeri in le izjema od splošnega pravila. Več o tem glej Ackerman 1991, 13-16.

sodišče ni legitimirano, da posega v izbiro ustavodajalca o ustavni ureditvi države. Če bi ustavno sodišče prevzelo takšno vlogo, bi se postavilo ne samo nad suverena zakonodajalca oziroma ustavodajalca, ampak tudi nad ustavo samo. Postalo bi "super ustavodajalec", ker bi lahko samo sproti kreiralo in spreminjalo vsebino ustave. Kot vemo, ustavno sodišče za takšno funkcijo nima niti demokratične niti strokovne legitimacije. Nasprotno, sodišče je dolžno varovati in spoštovati obstoječo ustavno ureditev. Kot ugotavlja Holmes, z gledovanjem po Nemčiji in njenem kantovskem konstitucionalizmu ter pretirano močnem Ustavnem sodišču, ki lahko razveljavlja proceduralno pravilno sprejete amandmaje, ni najboljše za države v tranziciji: razvoj demokracije je verjeten le ob močni vlogi demokratično izvoljenega predstavnika ljudstva - parlamenta.²³ Nobena demokracija na svetu se ni razvila na temelju močne vloge sodišč. Le ta lahko odigrajo le sekundarno, parlamentu podrejeno vlogo pri vzpostavljanju demokracije v državah v tranziciji.

Ker ima naša ustava povsem normalen postopek spreminjanja ustave z zahtevano dvotretjinsko večino²⁴ menim, da uporaba amandajske tehnike kot sredstva "preglasovanja" odločitve Ustavnega sodišče ne bi zmajševala preglednosti ali stabilnosti ustavne ureditve kot take. Omogočala bi povsem normalno izražanje preferenc demokratične javnosti o vsebini temeljenega pravnega akta v družbi, kar je tudi najbolj razumljiv in demokratičen način spreminjanja ustave. Če Američani v praksi²⁵ pretirano povzdigujejo svojo ustavo in gradijo "ustavni kult"²⁶, ni razloga, da bi sledili njihovi praksi. Večina držav spremeni ustavo tako, da jo dopolni, le Američani mislijo, da jo lahko spreminjajo samo "organsko", preko kontinuirane (re)interpretacije ustave, ki jo opravlja Vrhovno sodišče, ki sproti razlaga ustavo.

Tu bi rad samo na kratko omenil zelo pomembno ustavno teorijo, ki jo je razvil Ackerman. Ackerman pravi, da ljudstvo ohranja svojo suvereno oblast na ta način, da tudi po sprejetju ustave lahko na demokratičen način spremeni ustavo. Pravica spreminjanja ustave izhaja torej iz demokratičnega koncepta ljudske suverenosti, ki se ne izčrpa s samim aktom sprejetja ustave, ampak ostaja aktualna tudi po sprejetju ustave. Ta pravica ljudstva se lahko izrazi na različne načine, kar je ključno je to, da konkurira, je paralelna pravici "rednega" zakonodajalca, da kreira ustavni red. Gre za teorijo ustavnega dualizma, ki pravi, da neposredno oblikovana volja volilcev (npr. na referendumu) dopolnjuje oziroma konkurira volji izvoljenih poslancev. Teorija *ustavnega dualizma* je pomembna, ker pravico spreminjanja ustave utemelji na široki ljudski suverenosti in ljudstvo postavi ne samo nad rednega zakonodajalca, ampak tudi nad ustavo samo. Kot pravi Ackerman, dualistično pojmovanje ustavnosti postavlja demokratičen proces sprejemanja ustave na prvo

²³ Glej Holmes, Sunstein 1995, 300.

²⁴ Slovenska ustava ima na srečo normalno proceduro spreminjanja ustave: za spremembo je potrebna dvotretjinska večina, kar je ustaljen standard tudi v drugih primerjalnih ureditvah. Drugače je v Bolgariji, Romuniji in Litvi, ki imajo pretirano strog postopek spreminjanja ustave. Glej Holmes, Sunstein 1995, 289-294.

²⁵ Normativno je ureditev enaka kot pri nas: ustavni amandma je redni način spreminjanja ustave.

²⁶ Kot zgovoren primer takšnega kulta ustavnosti, glej Sullivan 1995, 20-27. Izraz "kult ustavnosti" je Ungerjev. Glej Unger 1996a, 59.

mesto, zaščito na ta način definiranih pravic pa na drugo mesto. Temu nasproten je primer nemške ustave, ki določene dele ustave postavlja nad ljudsko suverenost, ker prepoveduje njihove spremembe. Ali z drugimi besedami, ustavnost je po tem konceptu primarno usmerjena na varstvo pravic in sekundarno na pravico ljudstva, da samo določa vsebino teh pravic (Ackerman 1991,13).

Zakonodajni veto

Drugi način "preglasovanja" ustavnega sodišča je posebno ustavno sredstvo, v kanadski ustavni ureditvi znano kot "notwithstanding clause", s katerim lahko zakonodajalec izvzame iz ustavnosodne kontrole določena ustavna vprašanja oziroma določene ustavne pravice. Kanadska ustava to rešitev zelo natančno ureja in določa primere in pogoje, v katerih parlament lahko uporabi to pravico.²⁷ Iz ustavne presoje so lahko izvzete le določene taksativno naštete pravice. Takšno izzvetje velja pet let in se po izteku tega obdobja lahko obnovi. Tu gre v bistvu za kvalificirano obliko *zakonodajnega veta* nad odločitvami ustavnosodne veje oblasti.

Rešitev je relativno nova tudi za kanadsko ustavno ureditev in je zato verjetno prezgodaj, da bi o njej izrekli kakršnokoli kategorično oceno. Komentatorji ponujajo močne argumente za in proti takšnemu ustavnemu inštitutu. Kar je v tem trenutku zanimivo za domačo ustavno prakso je spoznanje, da v svetu obstajajo različne možne pravne rešitve razdelitve pristojnosti med ustavnim sodstvom in zakonodajalcem, ki kažejo, da odločbe ustavnih sodišč niso nujno "zadnja beseda" v ustavnem diskurzu neke države. Za razvoj demokracije in demokratičnih inštitucij je takšno spoznanje zelo pomembno, ker spreminja ravnotežje moči med ustavnim sodiščem in parlamentom, oziroma odpira razne vmesne oblike kombiniranja načela ljudske suverenosti na eni strani in vladavine ustavnega sodstva na drugi. Kanadski primer krepi moč parlamenta, ne da bi v celoti odpravil ustavno sodstvo. S tem vzpostavlja neko vmesno, kompromisno pot med trdim stališčem o absolutni nadvladi zakonodajalca in konceptom o vsemogočnem sodstvu, ki lahko razglasi vsak akt parlamenta za protiustaven.

Sprememba interpretacije (razlage) zakonov

Tretji način spremembe odločitve ustavnega sodišča je *sprememba načina razlage* zakona, o katerem je že razsojalo ustavno sodišče. Gre za takoimenovane "statutory interpretation" odločbe - to so primeri, ko sodišče pri svoji presoji tudi sproti razlaga nejasne ali manjkajoče zakonske določbe.²⁸ Takšna praksa je zelo razširjena v ameriški ustavni ureditvi, kjer Kongres lahko sprejme zakon, ki na nov, drugačen način uredi določeno vprašanje, o katerem je že razsodilo Vrhovno ali drugo sodišče. Kongres sprejme drugačno vsebino zakona, ki ga je sodišče v določenem primeru razložilo na način, ki se Kongresu ne zdi ustrezen. Kongres večkrat izhaja tudi iz argumenta "spremenjenih dejstev", ki narekujejo novo razla-

²⁷ Več o kanadski ureditvi in izkušnjah, glej Hogg 1992, 891-901. Močan zagovornik kanadske ureditve na tem področju je harvardski profesor Weiler. Glej Weiler 1984.

²⁸ Več o tem glej Eskridge 1991.

go zakona oziroma odločbe sodišča. Zato Kongres večkrat "samo" dopolni ali odpravi nejasnosti prisotne v odločbi sodišča.

Menim, da ni razloga za to, da takšne prakse ne bi uporabljali tudi pri nas. V prid takšnemu argumentu govori tudi sama praksa Ustavnega sodišča, ki je samo že večkrat predlagalo parlamentu, da dopolni ali odpravi nejasnosti v določenem zakonu.²⁹ Zato ni razloga, da tudi Državni zbor sam ne bi ubral enake strategije v primerih, ko ga k temu ne bi izrecno pozvalo Ustavno sodišče, ampak bi na ta način reagiral na tiste dele odločitve Ustavnega sodišča, ki se mu ne bi zdele (več) ustrezne bodisi zaradi neklih novih dejstev, ki jih ni bilo ob sprejetju odločbe Ustavnega sodišča, bodisi zaradi pravne šibkosti argumenta Ustavnega sodišča. Vedeti moramo, da ustavna sodišča ne odločajo vedno o enako pomembnih primerih. V nekaterih odločbah sodišče zgolj razlaga zakon, v drugih pa odloča o vsebini ustavnih pravic. V primerih odločb, kjer sodišče primarno razlaga zakon, ni razlogov, ki bi parlamentu preprečevali nadaljno dopolnjevanje ali spreminjanje že sprejete zakonske razlage ustavnega sodišča. Drugače je pri tistih odločbah, s katerimi sodišče odloča o obstoju določenih ustavnih pravic. Tu parlament nima možnosti, da bi spreminjal, po redni zakonodajni poti, vsebine takšnih ustavnih pravic. Prav zaradi takšne razlike med opisanimi vrstama odločb, ameriška ustavna teorija ločuje med "ustavnimi" in "zakonskimi" odločitvami ameriškega Vrhovnega sodišča.

Povečanje števila sodnikov

Četrty možni način vplivanja na odločanje ustavnega sodišča je povečanje števila sodnikov sodišča. Ob znani ustavni krizi v 30 letih v ZDA, ko je predsedniku Rooseveltu nenaklonjeno Vrhovno sodišče kot za stavo razveljavljalo zakone, s katerimi je Roosevelt hotel realizirati program New Deal, je Roosevelt Kongresu predlagal takoimenovani "court packing plan".³⁰ Bistvo tega predloga je bil predlog Kongresu, da poveča število sodnikov Vrhovnega sodišča, kar bi Rooseveltu, ob dodatni nastavitvi reformam bolj naklonjenih sodnikov, omogočilo preglasovanje tistih sodnikov, ki so nasprotovali New Dealu. Še preden je Kongres imel možnost odločiti o Rooseveltovem predlogu, so odstopili konservativni sodniki, ki so najbolj nasprotovali New Dealu. Zaradi tega je Roosevelt odstopil od predloga.

Enako sredstvo je uporabil ruski predsednik Jelcin, ki je po znanem konfliktu s prvim predsednikom ruskega Ustavnega sodišča Zorkinom, povečal število sodnikov. Ker slovenska ustava določa zgornjo mejo števila sodnikov Ustavnega sodišča (devet)³¹, bi bil zato potreben predhoden ustavni amandma, ki bi to določbo ustave spremenil. Po tej spremembi bi predsednik republike lahko predlagal povečanje števila sodnikov in na ta način kreiral zakonodajalcu bolj naklonjeno ustavno sodišče.

²⁹ O nemških izkušnjah na tem področju, glej Currie 1993, 28-30.

³⁰ Več o tem glej Cohen, Varat 1993, 204-205.

³¹ Prvi odstavek 163. člena slovenske ustave določa, da je Ustavno sodišče sestavljeno iz devetih sodnikov.

Ex ante (samo)omejevanje sodišča

Za drugo skupino sredstev je značilno, da se lahko uporabi pred sprejetjem odločbe ustavnega sodišča. Gre predvsem za različne doktrine o interpretaciji ustave oziroma zakonov, ki jih uporablja sodišče zato, da bi zožilo svojo pristojnost (t.i. sodna samo-omejitev oz. "judicial self-restraint"). Tu je pomebno, da se sodišče samo zaveda, da ni dobro, če so njegove odločitve preveč politične in si zato pomaga z različnimi sredstvi pravne razlage, ki na določenih področjih omejujejo pristojnosti sodišča, kar posledično zmanjšuje verjetnost, da bo sodišče odločalo po političnih kriterijih. Če prva skupina sredstev predstavlja različne oblike zunanjega, ex post pritiska na ustavno sodišče, gre pri drugi skupini sredstev za ex ante odločitev sodišča, da o določeni zadevi ne bo odločalo - t.i. "odločanje o neodločanju".³²

Doktrina političnih vprašanj

Najbolj znana je doktrina političnih vprašanj.³³ Gre za sodno oblikovano doktrino, s katero sodišče postavi kriterije, na podlagi katerih presoja ali gre za "politično zadevo", in če ugotovi, da obravnavana zadeva predstavlja politično vprašanje, sodišče o zadevi ne odloča in jo bodisi vrne zakonodajalcu ali drugemu predlagatelju ustavnega spora. Doktrino političnih vprašanj uporabljajo tako ameriško vrhovno sodišče kot tudi pomembnejša evropska ustavna sodišča.³⁴ Najpomembnje pri doktrini političnih vprašanj je, da sodišče vnaprej oblikuje določene standarde, po katerih potem presoja, ali je neka zadeva preveč politična in zato tudi neprimerna za sodno odločanje.

Ameriško vrhovno sodišče je takšne standarde najbolj jasno artikuliralo v zadevi Baker v. Carr (1962)³⁵. Sodnik Brennan, avtor odločbe, je opredelil šest glavnih elementov te doktrine. Za "politično zadevo" gre:

- če ustava jasno poverja določeno pristojnost drugi veji oblasti,
- če ni primernih sodnih standardov za sodno odločitev v takšni zadevi,
- če zadeva terja nujno uporabo takojšnje politične presoje, ki očitno spada v domeno nesodne diskrecije,
- če sodišče ne more odločiti o zadevi, ne da bi istočasno izkazovalo nespoštovanje do ostalih vej oblasti,
- če gre za močno ("nenavadno") potrebo po spoštovanju obstoječe politične odločitve,
- če grozi potencialna "osramotitev" oblasti z večjim številom odločitev (različnih vej oblasti) o isti zadevi.

Če sodišče ugotovi, da je v zadevi, ki jo presoja, prisoten kateri od navedenih elementov, zavrne odločanje o takšni zadevi. Doktrina političnih vprašanj se uporablja potem, ko sodišče določeno zadevo že sprejme v obravnavo in jo zato

³² Več o tem glej Holmes 1988.

³³ Več o tej doktrini glej Henkin 1976; Tribe 1988, 96-107; o njenem pomenu za domačo prakso glej Bugarič 1995.

³⁴ Več o uporabi te doktrine v Nemčiji glej Klein 1966; in Currie 1993, 170-171.

³⁵ 369 U.S. 186 (1962).

ne smemo mešati z inštitutom "writ of certiorari", ki predstavlja posebno diskrecijsko pravico Vrhovnega sodišča, da izbira zadeve, o katerih bo odločalo.³⁶ Kot vemo, ameriško Vrhovno sodišče v enem letu odloča največ o 150 do 200 skrbno izbranih primerih. Doktrina političnih vprašanj se uporabi šele potem, ko sodišče opravi selekcijo primerov, o katerih bo odločalo. Zaradi tega uporaba te doktrine ni preveč pogosta in jo sodišče uporablja samo v tistih primerih, ko meni, da je soočeno z očitnimi političnimi vprašanji.³⁷

Domače ustavno sodišče dosedaj še ni izrecno uporabilo doktrine političnih vprašanj. Različni sodniki pa so že v večjem številu zadev, posredno ali izrecno, v svojih ločenih mnenjih predlagali uporabo te doktrine.³⁸ Doktrino je v večjem številu primerov uporabilo tudi nemško ustavno sodišče.³⁹ Doktrina ima pomembno vlogo tudi v jurisprudenci nekaterih ustavnih sodišč v srednji in vzhodni Evropi, kjer se sodniki vse bolj zavedajo pomena omenjene doktrine za legitimnost delovanja ustavnega sodstva.

Čeprav standardi doktrine političnih vprašanj niso matematične formule, menim, da sodišču omogočajo dovolj natančne kriterije za zavračanje odločanja o tistih zadevah, ki so po svoji vsebini tako izrazito politične, da o njih ni mogoča nepristranska in nevtralna sodna presoja. Ker gre pri doktrini političnih vprašanj za samoomejitev sodišča in ne za kakšne standarde, ki bi bili neodvisni od sodišča

³⁶ Več o tem glej Gunther 1991, 60-64.

³⁷ V odgovoru na mojo kritiko njegovega mnenja v referendumski zadevi (Bugarič 1996, 29), mi sodnik Krivic očita (Krivic 1996, 28-29), da v našem pravnem prostoru "sadm ameriške rastline", ki naj ne bi bile primerne za naša tla. Sodnik Krivic ima v mislih predvsem doktrino političnih vprašanj, za katero pravi, da pri nas ne pride v poštev, ker naj bi domače sodišče bilo dolžno obravnavati vse zadeve, ki so mu predložene. Če pustim ob strani dejstvo, da sodnik Krivic očitno ni razumel sporočila moje kritike odločbe Ustavnega sodišča o referendumskih iniciativah, kjer vprašanje doktrine političnih vprašanj sploh ni relevantno, lahko povem predvsem to, da sodnik Krivic očitno ne loči med doktrino političnih vprašanj in opisanim diskrecijskim sredstvom "writ of certiorari". Če bi jo razumel, potem bi dojel, da doktrina političnih vprašanj ni nikakršen tujek v Evropi, saj jo uporablja tudi nemško Ustavno sodišče, na katerega se sodnik Krivic tako zelo rad sklicuje. Currie natančno navaja primere, ko je nemško sodišče uporabilo to doktrino (Currie 1993, 170-171, op. 349). Drugič, Krivicevo poznavanje primerjalnega prava je tudi drugače očitno zelo šibko, saj se sprašuje o "združljivosti" nekaterih najupliniteljnih pravnih teorij, napisanih s strani ameriških avtorjev kot sta Unger in Sunstein, z našo pravno ureditvijo. Če bi sodnik Krivic bolje poznal primerjalno pravo, bi lahko vedel, da gre za najupliniteljnejše svetovne teoretike, ki jih vsi vidnejši evropski teoretiki omenjajo in jim tudi priznavajo pomembno vlogo pri razpravah o evropskem pravu. Vodilni evropski filozof Habermas (Habermas 1996) napiše celo knjigo o pravu in pravni teoriji, kjer ničkolikokrat obravnavava argumente navedenih avtorjev, in izrecno poudari, da so več kot samo relevantni za evropski pravni prostor, sodnik Krivic pa bi rad slovenski javnosti povedal, da teoretiki Ungerejevega in Sunsteinovega kova niso relevantni za Slovenijo (sic)! Poleg tega me še obdolži, da "prodajam dezinformacije" glede določenih oblik neposredne demokracije. O tem si sodnik Krivic lahko več prebere v eni najboljših primerjalnih študij o neposredni demokraciji (Butler, Ranney 1994, 32-33), ki navaja točne primere uporabe inštitutov, ki jih opisujem. Ker sodnik Krivic zaključí svoj članek z "nasvetom", da naj preberem "še kakšno dodatno knjigo" o omenjenih problemih, bi mu rad odgovoril, da naj sodnik Krivic čimprej obišče kakšno večjo in bolje opremljeno univerzitetno knjižnico, bodisi v ZDA bodisi v Evropi, kjer se bo lahko prepričal, da je o zadevah o katerih polemizira, napisanih že veliko razprav, ki jih sodnik Krivic očitno še ni imel priložnost prebrati.

³⁸ Glej Bugarič 1995.

³⁹ Glej Currie 1993.

samega, je toliko bolj pomembno, kako načelno je sodišče pri spoštovanju postavljenih standardov. Sprejetje te doktrine s strani domačega ustavnega sodišča bi prakso le tega približalo sodobnim evropskim trendom in kar je najpomembnejše, sodišču samemu bi omogočilo, da se izogne odločanju o najbolj delikatnih političnih vprašanjih, kar bi posledično povečalo legitimnost odločitev sodišča v očeh demokratične javnosti.

Poleg doktrine političnih vprašanj obstaja še cel niz podobnih sodno izoblikovanih doktrin, katerih glavni namen je preprečevanje odločanja o zadevah, ki po svoji vsebini niso "primerne" za sodno odločanje. Skupno ime za te doktrine je "nonjusticiability" doktrine. Najbolj znana je "case and controversy" doktrina⁴¹, po kateri sodišča odločajo samo o konkretnih primerih, zrelih⁴² za sodno reševanje, in ne o abstraktnih pravnih vprašanjih. Ameriško vrhovno sodišče je zelo dosledno pri spoštovanju te doktrine in vztrajno zavrača odločanje o takoimenovanih "ideoloških" oziroma abstraktnih sporih, kjer sporna zadeva ni dovolj konkretno opredeljena za sodno odločanje.

Evropska ustavna sodišča imajo nekoliko drugače urejeno pristojnost in v številnih ureditvah najdemo pristojnost sodišča, da odloča o abstraktnih pravnih vprašanjih. V ameriški sodni praksi bi takšno odločanje bilo označeno kot dajanje načelnih mnenj oz. "advisory opinions", kar ni v skladu z prej opisano ustavno doktrino "case and controversy".

Vendar tudi v Evropi lahko opazimo zelo velike spremembe na tem področju.⁴³ Za nemško ustavno sodišče je npr. značilno, da se vse bolj izogiba odločanju o abstraktnih pravnih vprašanjih in raje odloča o konkretnih sporih, kar ustavnosodno presojo vse bolj spreminja v klasično sodno dejavnost in istočasno zmanjšuje verjetnost političnega odločanja sodišča, ki je, kot sem že omenil, pri abstraktnih pravnih vprašanjih najbolj pogosto.⁴⁴ Vse bolj pomemben postaja inštitut ustavne pritožbe, ki je namenjen konkretnemu varstvu človekovih pravic. V teh primerih sodišča odločajo o povsem konkretnih primerih kršitev človekovih pravic, zaradi česar je tudi samo odločanje na tem področju vse bolj podobno ameriški "case and controversy" doktrini, ki kot "prave" ustavne spore priznava samo konkretne

⁴¹ "Case and controversy" doktrina vključuje tudi doktrino o zrelosti spora ("ripeness") in o aktualnosti spora ("mootness"). V prvem primeru sodišče odloča le takrat, ko je sporno razmerje dovolj zrelo, da sodišče lahko o njem odloča. Če ugotovi nasprotno, sodišče lahko zadevo bodisi zavrne ali tudi počaka, da "dozori" za sodno odločanje. Pri doktrini "mootness" pa gre za vprašanje aktualnosti spora: ali npr. sporno pravno dejstvo sploh še obstaja. Če ne, potem sodišče spor označi za "moot" in o njem ne odloča. Več o teh doktrinah glej Tribe 1988, 73-96.

⁴² O nemškem razvoju glej Schlink 1993, 711-736.

⁴³ Glej Meny 1993, 359-372.

sodne spore.⁴⁵ Tudi madžarsko ustavno sodišče je pomembno omejilo svojo abstraktno pristojnost in v zadnjih dveh letih zelo nerado odloča o abstraktnih pravnih vprašanjih.

Tu kaže omeniti, da so številne države v srednji in vzhodni Evropi z dokaj čudno ureditvijo pravice iniciative ustavnega spora same veliko prispevale k temu, da so ustavna sodišča preobremenjena z različnimi političnimi in drugimi abstraktnimi zadevami, ki po svoji vsebini spadajo prej v pristojnost zakonodajalca kot pa sodišča.⁴⁶ V določbah o pristojnosti sprožanja ustavnih sporov namreč velikokrat zasledimo pravila, ki poslancem in nekaterim drugim političnim organom zelo olajšujejo možnost sprožanja ustavnih sporov. Enako velja tudi za druge politične organe. Ti so velikokrat postavljeni celo v privilegiran položaj vis-a-vis navadnih državljanov in imajo "močnejšo" pravico do sprožanja sporov, saj jim ni potrebno izkazovati pravnega interesa, ki se zahteva za "navadne" pobudnike ustavnega spora.⁴⁷ Menim, da bi glede pravice sprožanja sporov morali veljati za vse enaki pogoji oziroma standardi; tudi poslanci in ostali predlagatelji ustavnega spora bi morali izkazati povsem določen in dovolj konkreten ("case and controversy") pravni interes, kar bi pomenilo občutno zmanjšanje različnih abstraktnih sporov, s katerimi poslanci politične zadeve samo prelagajo na ustavno sodišče. Doktrina pravnega interesa, ki od iniciatorja spora terja, da pred sprožitvijo spora izkaže dovolj konkreten in dovolj jasno artikuliran pravni interes, bi morala veljati za vse iniciatorje ustavnih sporov, od vlade do navadnih državljanov. Znano je, da sodišča preko te doktrine pomembno vplivajo na sodno politiko izbiranja sporov, ki jih bodo obravnavala (Sunstein 1988). Dovolj natančna doktrina pravnega interesa lahko pomembno prispeva k preusmeritvi sodišč od abstraktnih k konkretnim sporom. Domače ustavno sodišče doktrino pravnega interesa že uporablja.⁴⁸ Kar bi kazalo spremeniti je krog subjektov, na katere se ta doktrina nanaša. Kot sem že omenil, bi ta doktrina morala veljati tudi za poslance, izvršilno oblast in vse druge "privilegirane" predlagatelje ustavnega spora.

⁴⁵ Več o tem trendu glej Bugarič 1994. Slovensko ustavno sodišče ustavnim pritožbam namenja precej pozornosti. Za razliko od nekaterih drugih srednje in vzhodnoevropskih ustavnih sodišč, ki tega inštituta sploh še ne poznajo, oziroma nimajo zadovoljivo urejene pravice posameznika, da direktno vlaga svoje pritožbe na ustavna sodišča (npr. Bolgarija, Romunija in deloma Rusija), je domača ureditev na tem področju zadovoljiva. Slovensko ustavno sodišče ima pri ustavni pritožbi mogoče celo preširoko pristojnost, saj lahko posamičen pravni akt, s katerim je bila kršena ustavna pravica, ne samo razveljavi, ampak tudi nadomesti s svojo odločbo. Takšne pristojnosti nima nobeno drugo zahodnoevropsko ustavno sodišče (Bugarič 1994, 46). Ureja jo 160. člen Zakona o ustavnem sodišču. Takšna ureditev je sporna predvsem z vidika možnih konfliktov med sodiščem in drugimi organi, namesto katerih sodišče sprejme posamičen akt. V mislih imam predvsem druga redna sodišča in upravne organe. Zelo znan "sporen" primer je odločitev sodišča o razveljavitvi odločitve sodnega sveta o kandidaturi sodnice za sodniško funkcijo in nadomestitev odločitve sodnega sveta z lastno odločbo.

⁴⁶ Več o tem glej Schwaritz 1993, 29-30.

⁴⁷ Glej 23. člen Zakona o ustavnem sodišču (Ur.l. RS, št.15/94), ki loči med predlagatelji in pobudniki ustavnega spora. V prvo kategorijo sodijo državni zbor, najmanj tretjina poslancev državnega zbora, državni svet, vlada, sodišče, državni tožilec, Banka Slovenije, Računsko sodišče, varuh človekovih pravic, predstaviški organi lokalnih skupnosti in reprezentativni sindikati. Državljanji so lahko le pobudniki in morajo pred sporom izkazati pravni interes.

⁴⁸ Več o tem glej Bugarič 1995, 54-59.

Naj še omenim, da je v praksi ameriškega in nekaterih zahodnoevropskih sodišč mogoče zelo pogosto zaslediti primere, ko sodišča zavračajo odločanje določenih primerov, ki naj bi bili po svoji vsebini, predvsem zaradi svoje kompleksnosti, neprimerni za sodno odločanje.⁴⁷ Kot poudarjajo različni avtorji, sodišča nimajo ne demokratične legitimnosti ne praktične in kognitivne sposobnosti za odločanje o sistemski strukturalni regulaciji. Sem spada npr. ekonomska regulativa, pri kateri tako ameriško kot nemško ustavno sodišče zakonodajalcu ponavadi dopuščata večjo mero svobode kot pri večini drugih področij in zato vanjo zelo poredkoma posegata. Nemško ustavno sodišče je v najpomembnejši odločitvi o tej problematiki zapisalo, da v moderni liberalni državi vedno obstajajo različni pogledi na vsebino ekonomske in socialne politike in je zato pri teh vprašanih vedno nujen politični kompromis, ki ga ni mogoče presojati le z uporabo "ozke" pravne logike.⁴⁸ Razmišljanje nemškega sodišča je zelo podobno ameriškemu, ki je po krizi v 30 letih tega stoletja, ko je razveljavljalo številne ekonomske zakone in se pri tem vedno sklicevalo na logiko "klasičnih ustavnih pravic",⁴⁹ spremenilo svoje mnenje in zapisalo, da ni naloga sodišča, da uzakoni določeno ekonomsko teorijo, bodisi paternalizem ali prosti trg, saj je ustava narejena za ljudi z različnimi pogledi na ekonomsko teorijo.⁵⁰ S temi besedami sodnika Holmesa je sodišče prekinilo obdobje takoimenovanega "lochnerizma" in ekonomski regulaciji vse do danes pustilo bolj ali manj proste roke.⁵¹

Takšno prakso bi morala upoštevati tudi ustavna sodišča v srednji in vzhodni Evropi, ki prepogosto razsojajo o zelo kompleksnih in obsežnih ekonomskih reformah. Obsežne strukturne ekonomske reforme se na dajo vkleniti v togo logiko ustavnih pravic, ampak terjajo dosti bolj fleksibilen in policentričen pristop.⁵²

Stil pravne argumentacije

Nič manj pomembno sredstvo za omejevanje pristojnosti ustavnih sodišč je način pravne argumentacije, ki ga sodišča uporabljajo. Kot sem že uvodoma omenil, ustavna sodišča pri svojem odločanju zelo pogosto uporabljajo splošne pravne doktrine, koncepte in teorije. Po eni strani je takšen pristop razumljiv, saj ustava, če hoče ostati ustava in ne programski dokument, ne more urejati vseh vidikov

⁴⁷ Rosenberg je napisal odlično knjigo, kjer dokazuje, da sodišča ne morejo biti glavni agent strukturnih družbenih sprememb. Glej Rosenberg 1993.

⁴⁸ Glej Ogus 1990, 137.

⁴⁹ Gre za obdobje znano kot "lochnerizem", imenovano po najbolj znanem primeru iz tega obdobja, v katerem je sodišče razveljavilo zakon o krajšem delovnem času, ker naj bi kršil pogodbeno svobodo. Lochnerizem je lep dokaz, kako sodišče lahko manipulirajo z uporabo splošnih pravnih doktrin in konceptov. Več o kritiki Lochnerizma glej Sunstein 1987.

⁵⁰ Gre za ločeno mnenje sodnika Holmesa, v katerem je ostro kritiziral odločitev sodišča v primeru Lochner v. New York, 198 U.S.45 (1905).

⁵¹ Več o odnosu ameriškega Vrhovnega sodišča do ekonomskih vprašanj, glej Easterbrook 1984.

⁵² Zelo znana je Fullerjeva distinkcija med bipolarnimi in policentričnimi spori. Prvi naj bi bili bolj primerni za pravno reševanje, ker jih lažje rešujemo z uporabo binarne, ali-ali, pravne logike. Policentrični problemi pa naj bi bili lažje rešljivi z uporabo instrumentalne racionalnosti, ki jo uporabljajo predvsem upravni in zakonodajni organi. Glej Fuller 1978.

družbenega življenja, kar posledično pomeni, da so sodniki tisti, ki morajo, preko interpretacije prava s pomočjo doktrin in konceptov, ustavo nenehno dopoljevati. Po drugi strani pa ima takšno početje tudi drugo, bolj problematično plat. Prav zgoraj opisana kritika formalizma in konceptualizma v pravu odkriva slabost in pomanjkljivost takšne pravne argumentacije, ki spregleduje spoznanje o alternativnih pluralizmih, vedno prisotnih pri oblikovanju pravnih konceptov in doktrin.

Pri svojem delu sodišče uporablja takoimenovano racionalizirajočo pravno analizo, ki je danes dominantna oblika pravne analize in argumentacije v svetu.⁵³ Racionalizirajoča pravna analiza utemeljuje pravno analizo kot kreativen proces odkrivanja racionalnih načel, ciljev (namenov) in politik, ki naj bi se skrivali za površjem pravnih materialov. Problem takšne analize je v tem, da ni jasno, kako se uporaba takšnega pristopa k pravni analizi lahko izogne izzivu ideje o alternativnih pluralizmih in o kontingentnosti v pravu.⁵⁴ Če so pravne doktrine in koncepti lahko opredeljivi na več alternativnih in pluralnih načinov, kako potem utemeljiti, da je ravno en in edini koncept in doktrina skladen z ustavo? Z drugimi besedami, kaj potemtakem legitimira odločitve ustavnega sodišča, ki so ponavadi odločitve za eno od možnih alternativnih oblik pravnih konceptov in doktrin. Ideja alternativnih pluralizmov kaže, da to zagotovo ni pravna znanost. Pluralnost pravnih konceptov namreč demistificira globoko vsajeno prepričanje, da obstaja "pravno znanstveni" način definiranja pravnih konceptov in doktrin. Gre za enega najtrdozratnejših mitov pravne teorije 19. stoletja, najbolj z akoreninjenjene v teoretičnem pristopu nemških pandektistov.⁵⁵ Ker obstaja več možnih načinov opredeljevanja pravnih konceptov, je odločanje ustavnega sodišča, v primerih ko gre za izbiro med različnimi koncepti in doktrinami, *politično odločanje*.

Ustavna sodišča odločajo o celi vrsti primerov, kjer pogosto uporabljajo kot odločilen argument različne pravne doktrine in koncepte kot so pravna država, socialna država, enakost, pravičnost etc. Glavni problem pri uporabi takšnih konceptov in doktrin je v njihovi vsebinski in pomenski pluralnosti. Spoznanje, ki izhaja iz ideje o alternativnih pluralizmih je, da je pravna analiza, kolikor se dotika pravnih struktur, po svoji naravi politično dejanje, saj vsakič ponovno rekonceptualizira institucionalno strukturo pravnega reda. Institucionalna imaginativnost in kreativnost sta zato sestavni in inherentni sestavini pravne analize.

Povedano zahteva rekonceptualizacijo odnosa med ustavnim sodiščem in državljani. Če so odločitve sodišča v številnih primerih politične narave, to pomeni, da sodišče opravlja oblast, ki mu ne pripada. Z zanikanjem političnega elementa pri svoji razsoji, sodišče pravne odločitve mistificira kot teoretično edino pravilna razumevanja problemov, ki so po svoji naravi izmikajo takšni *ex post facto* racionalizaciji. Kot sem že omenil, je tu ključno spoznanje sodobne anti-necesitarne teorije⁵⁶, da pojmi in koncepti kot so demokracija, trg, pravna država, človekove pravice, nimajo neke nujne ali logične globoke strukture. Ravno nasprotno, saj omenjena teorija razkriva, da obstaja več možnih načinov defini-

⁵³ Gre za Ungerjevo definicijo. Več glej Unger 1996a, 36-37.

⁵⁴ Idejo o kontingentnosti v pravu je najbolj razvil Unger. Glej Unger 1996a, 6-18.

⁵⁵ Glej Unger 1996b, 10.

⁵⁶ Glej predvsem Rorty 1989 in Unger 1987.

ranja in razumevanja naštetih pojmov in pravnih struktur. S tem, ko jim nadenemo teoretično fasado, v bistvu zanikamo pluralnost njihovih oblik in zanikamo prisotnost političnega momenta pri odločanju sodišča.

Demokratičen antipod takšnega, pretirano konceptualnega pristopa k pravu, je pragmatičen in na analogiji, kot temeljni metodi pravne interpretacije, utemeljen način odločanja pravnih problemov.⁵⁷ Takšen, teoretično nepretenciozen pristop priznava kontingentno naravo pravnih struktur in s tem omogoča rekonceptualizacijo odnosa med sodstvom in demokratično javnostjo. Ker je pravo bistveno manj konceptualno kot nas pravna teorija uči, je potrebno pravno razlago demokratizirati. To pa lahko dosežemo samo tako, da zmanjšamo monopol pravnikov pri razlagi prava in s tem, da demokratično javnost bolj aktivno vključimo v proces interpretacije prava. Kot pravi Unger, sodstvo naj bi postalo predvsem partner in "tehnični" asistent demokratične javnosti pri razlagi prava, kar istočasno pomeni, da bi s tem izgubilo svoj privilegirani položaj vrhovnega interpreta prava.

Ena od posledic pragmatične razlage prava bi bila v vzpostavitvi dialoga med sodstvom in demokratično javnostjo. Sodstvo bi pri pragmatičnem reševanju sporov bilo bolj izpostavljeno demokratičnemu pritisku, saj bi svoje odločitve moralo naslavljati predvsem na državljane, na njihove ideale in interese, in manj na *kvazi-teoretične koncepte in doktrine*. Morebitni napačnosti odločitev sodišča bi tako hitreje in lažje sledil odgovor demokratične javnosti, kar bi verjetno prisililo sodstvo, da še enkrat pretehta lastno odločitev. Kumulativna posledica opisane prerazporeditve vlog in načina pravne razlage bi bila večja demokratičnost pravnega diskurza. Ideja demokracija bi tako postala vodilno tehnično pomagalo pri razlagi prava.

Primer takšne demokratično naravnane pravne interpretacije so vse tiste odločbe sodišč, kjer le ta pri svoji razlagi upoštevajo tudi splošno mnenje demokratične javnosti. Dober primer so odločbe nemškega in ameriškega sodišča o pravici do abortusa.⁵⁸ Obe sodišči sta se izognili povsem neproduktivni konceptualni razpravi o tem ali je zarodek "pravna oseba" oziroma "živo bitje" ali ne⁵⁹, in sta pri svojih odločitvah izhajali iz veliko bolj pragmatičnega tehtanja pravic nosečnice na eni strani, pravic samih zarodkov na drugi strani, oziroma v jeziku nemškega sodišča, pravice oziroma dolžnosti države, da varuje dostojanstvo človekovega življenja, in pričakovanji demokratične javnosti, ki jih tudi ni mogoče povsem obiti, na tretji strani. Z drugimi besedami, sodišča so iskala ravnovesje med določenimi ustavnimi pravicami in načeli in pričakovanji demokratične javnosti in zato v odločitvi večji del namenila vprašanju, zakaj je predlagana odločitev dobra tako za nosečnice, zarodek in družbo kot celoto in se izognila brezplodni konceptualni pravni metafiziki. S takšno demokratizirano argumentacijo so se sodišča

⁵⁷ Glej Sunstein 1996, 62-100.

⁵⁸ Več o tem glej Neuman 1995, 273-314.

⁵⁹ Na neproduktivnost takšne razprave je lepo opozoril sodnik Blackmun v zadevi *Roe v. Wade*, kjer je zapisal, da različne religije in drugi pogledi na svet, različno obravnavajo vprašanje začetka življenja. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Zanimivo razpravo o odnosu različnih religij in drugih svetoenih nazorov na vprašanje začetka življenja in njihovih pravnih implikacijah sta napisala Dworkin in Tribe. Glej Dworkin 1993, 35-50; Tribe 1990, 52-76.

izognila izključujoči logiki pravnih konceptov oziroma doktrin, ki bi recimo določale, da se življenje začne z rojstvom in je nedotakljivo in da je zato vsak poseg v zarodek protiustaven. Takšen koncept bi bil nesprejemljiv za vse tiste, ki se ne strinjajo s tem, da se življenje prične ob rojstvu, in za tiste, ki menijo, da je tu primarna pravica žensk o svobodnem odločanju o lastnem življenju. Zato je bolje, če sodišča pri svojih odločitvah uporabljajo opisano demokratično metodo razlage, kjer upoštevajo tudi mnenje demokratične javnosti. Na podoben način bi sodišča lahko demokratizirala svojo odločanje tudi o drugih aktualnih in kompleksnih problemih kot so vprašanja denacionalizacije, privatizacije etc.

Zaključek: "demokracija v pravu" namesto "pravnega imperija"

Pravni sistemi poznajo različne oblike pravnih sredstev, s katerimi lahko zakonodajec, državljani ali sodišča sama povsem legitimno omejujejo pristojnost in s tem tudi politično moč ustavnih sodišč. Njihova skupna značilnost je, da pomembno prispevajo k demokratizaciji pravnega diskurza. Ustavnim sodiščem omejujejo možnost, da bi postala edini in zadnji orakelj pravne "resnice". Zmotno je mnenje vseh tistih, ki pravo prikazujejo kot privilegirano domeno pravnikov, ki nima veliko skupnega s političnim življenjem družbe kot celote. Eden vodilnih pravnih teoretikov v svetu, Dworkin, rad govori o "pravnem imperiju" in njegovi logiki. Tej sliki prava mora vsak demokrat, pravnik ali nepravnik, postaviti nasprotno sliko prava kot sestavnega dela demokracije, prava kot sestavnega dela splošnega demokratičnega diskurza v družbi. Pravo mora v demokraciji iskati predvsem svojega zaveznika in ne sovražnika.

LITERATURA

- Ackerman, Bruce. 1991. *We the People (1): Foundations*. Cambridge. Harvard University Press.
- Bickel, Alexander. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, London. Yale University Press.
- Bugarič, Bojan. 1994. Sodna presoja ustavnosti v ZDA in Evropi: med pragmatizmom (realizmom) in ideologijo, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, str.35-52.
- Bugarič, Bojan. 1995. Ustavno sodstvo in (ali) parlamentarna demokracija: o doktrinah pravnega interesa in političnih vprašanj. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, LV.letnik, str.43-64.
- Bugarič, Bojan. 1996. Zakaj je pravni dogmatizem nedemokratičen, Delo, sobotna priloga, 20.julij1996.
- Bugarič, Bojan. 1997. *Constitutional Courts: Between Adjudication and Politics*, tekst predavanja na Harvard Law School, 3.12.1997, neobjavljen.
- Butler, David, Ranney, Austin, ur. 1994. *Referendums around the World: The Growing Use of Direct Democracy*. Washington, D.C. The AEI Press.

- Cerar, Miro. 1977a. Slovensko ustavno sodišče-med pravom in politiko. *Teorija in praksa*, let.34, 6/1997, str.953-968.
- Cerar, Miro. 1997b. Relativizem ustavnega sodišča. *Razgledi*, št.12, 11.6. 1997.
- Cohen William, Varat, Jonathan. 1993. *Constitutional Law: Cases and Materials*, 9th Edition. Westbury, New York. The Foundation Press.
- Currie, David. 1993. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago, London. University of Chicago Press.
- Dahl, Robert. 1957. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, *Journal of Public Law*, vol.6, 279-295.
- Dietze, Gottfried. 1957. Judicial Review in Europe, *Michigan Law Review*, vol.55, str.539-544.
- Dworkin, Ronald. 1993. *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York. Alfred Knopf.
- Easterbrook, Frank. 1984. Foreword: The Court and the Economic System, *Harvard Law Review*, vol.98, str.4-60.
- Eskridge, William. 1991. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. *The Yale Law Journal*, vol.101, str. 331-455.
- Fuller, Lon. 1978. The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, vol.92, str. 353-409.
- Gunther, Gerald. 1991. *Constitutional Law: Twelfth Edition*. Westbury, New York. The Foundation Press.
- Habermas, Jurgen. 1996. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge. The MIT Press.
- Henkin, Louis. 1976. Is There a "Political Question" Doctrine?, *The Yale Law Journal*, vol. 85, str. 597.
- Hogg, Peter. 1992. *Constitutional Law of Canada: Third Edition*. Ontario. Carswel.
- Holmes, Stephen. 1988. *Gag Rules or the Politics of Omission, v J.Elster, R.Slagstad, ur., Constitutionalism and Democracy*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Holmes, Stephen. 1993. Back to the Drawing Board. *East European Constitutional Review*, Winter 1993, str.21-25.
- Holmes, Stephen. 1995. Conceptions of Democracy in the Draft Constitutions of Post-Communist Countries, v B.Crawford, ur., *Markets, States, and Democracy: The Political Economy of Post-Communist Transformation*. Boulder. Westview Press.
- Holmes, Stephen, Sunstein, Cass. 1995. *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe, v Levinson, Sanford, ur., Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- Horwitz, Morton. 1992. *The Transformation of the American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York, Oxford. Oxford University Press.
- Klein, Friedrich. 1966. *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, 10.
- Krivic, Matevž. 1996. Varljiv nadomestek zakonodajnega referenduma: Okrasne buče, krompir in ustava, *Delo, sobotna priloga*, 27.julij, 1996.
- Lukšič, Igor. 1997. Političnost ustavnega odločanja. *Teorija in praksa*, let.34, 6/1997, str.982-1000.
- Meny, Yves, with Knapp, Andrew. 1990. *Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany*. Oxford. Oxford University Press.
- Miller, Arthur, Howell, Ronald. 1960. The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication, *The University of Chicago Law Review*, vol.27, str. 661-695.
- Neuman, Gerald. 1995. Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany. *American Journal of Comparative Law*, vol.XLIII, Spring, str. 273-314.

- Ogus, Anthony. 1990. Property Rights and Freedom of Economic Activity, v Henkin, Louis, Rosenthal, Albert, ur., *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*. New York. Columbia University Press.
- Paczolay, Peter. 1992. Judicial Review of the Compensation Law in Hungary. *Michigan Journal of International Law*, vol.13, str. 401-413.
- Posner, Richard. 1983. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, vol.59, 1-24.
- Rorty, Richard. 1989. *Contingency, Irony, and Solidarity*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Rosenberg, Gerald. 1993. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*. Chicago. University of Chicago Press.
- Roundtable: Redesigning the Russian Court. 1994. *East European Constitutional Review*, Summer/Fall 1994, str. 72-85.
- Schlink, Bernhard. 1993. German Constitutional Culture in Transition, *Cardozo Law Review*, vol.14, str. 711-736.
- Schwartz, Herman. 1993. The New Courts: An Overview. *East European Constitutional Review*, vol.2., Spring 1993, str. 28-32.
- Sullivan, Kathleen. 1995. Constitutional Amendments. *The American Prospect*, no. 23 (Fall 1995), str. 20-27.
- Sunstein, Cass. 1987. Lochner's Legacy. *Columbia Law Review*, vol. 87, str. 873-919.
- Sunstein, Cass. 1988. Standing and the Privatization of Public Law, *Columbia Law Review*, vol. 88, str. 1432-1481.
- Sunstein, Cass. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York, Oxford. Oxford University Press.
- Sunstein, Cass. 1997. The Legitimacy of Constitutional Courts: Notes on Theory and Practice. *East European Constitutional Review*, Winter 1997, vol. 6, str. 61-63.
- Tribe, Laurence. 1980. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, *The Yale Law Journal*, vol. 89, str. 1063-1080.
- Tribe, Laurence. 1988. *American Constitutional Law: Second Edition*. Mineola, New York. The Foundation Press.
- Tribe, Laurence. 1990. *Abortion: The Clash of Absolutes*. New York, London. W. W. Norton & Company.
- Tushnet, Mark. 1995. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty, *Michigan Law Review*, vol.94, str.245-301
- Unger, Roberto. 1987. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Unger, Roberto. 1996a. *What Should Legal Analysis Become?*. New York, London. Verso.
- Unger, Roberto. 1996b. Legal Analysis as Institutional Imagination. *Modern Law Review*, vol. 59, str. 1-23.
- Weiler, Paul. 1984. Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version. *Journal of Law Reform*, vol. 18, 51.