



Revus

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

7 | 2008

Legitimnost ustavnosodnega odločanja

Deontološko (samo)razumevanje ustavnosodnih pristojnosti

S Habermasovim načelom univerzalizacije

*Deontological (Self)Understanding of the Constitutional Law-Making Powers:
Habermas and the Principle of Universalisation*

Andraž Teršek



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/901>

DOI: 10.4000/revus.901

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 juin 2008

Number of pages: 35-49

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Andraž Teršek, « Deontološko (samo)razumevanje ustavnosodnih pristojnosti », *Revus* [Spletna izdaja], 7 | 2008, Datum spletne objave: 05 janvier 2012, ogled: 08 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/901> ; DOI : 10.4000/revus.901

All rights reserved

Andraž Teršek

Deontološko (samo)razumevanje ustavnosodnih pristojnosti

S Habermasovim načelom univerzalizacije

Značilnosti proceduralno-materialne teorije legitimnosti, usmerjene k pogojem, kriterijem in okoliščinam za sprejemanje najboljših možnih odločitev, naj bi se prilegale sodobnemu evropskemu konstitucionalizmu. Ustavno sodstvo ima pri tem posebno vlogo in pomen. Razlog za legitimnost njegovih pravotvornih pristojnosti gre iskati v legitimnosti temeljnih pravic in svoboščin. Razumeti jih gre deontološko kot norme, in ne teleološko kot vrednote. Samo norme je namreč mogoče univerzalizirati kot veljavne in kot »enako dobre« za vse. Zamenjava logike moči za moč logike naj bi bila univerzalni pogoj za njihovo univerzalnost. Metodološko (samo)razumevanje ustavnosodnega odločanja naj bi bilo zato deontološko, kot odločanja na temelju norm, z normami in o normah, sposobnih univerzalizacije. In ne teleološko. Enako naj bi veljalo za strasbourško sodišče.

Ključne besede: ustavno sodišče, ustavna demokracije, pravice in svoboščine, univerzalizacija, univerzalnost temeljnih pravic, proceduralno-materialna teorija legitimnosti, Habermas

1 PRVO TEORETIČNO IZHODIŠČE: PROBLEM LEGITIMNOSTI

Politična identiteta družbe in proces sprejemanja zavezujočih odločitev se ne moreta, pravzaprav se ne bi smela izogniti kritični oceni. Mislim na kritično oceno procesa nastajanja ali oblikovanja različnih elementov političnega sistema in pravnega reda oziroma družbenih procesov, institucij in odločitev. Gre predvsem za vprašanje njihove vrednosti, sprejemljivosti, upravičenosti, kakovosti in prepričljivosti. Kritična ocena kakovosti naj bi presegala morebitno odvisnost zgolj od formalnih ali formaliziranih vidikov. Pri ocenah o tej kakovosti, ki bi jo lahko označili tudi kot vsebinsko ali notranjo, gre predvsem za vprašanje notranje moralne kakovosti, racionalne prepričljivosti in upravičenosti, nenazadnje tudi politične modrosti.

Zdelo bi se torej razumno, če bi bili pri slehernem razpravljanju o značilnostih političnega sistema in pravnega reda, v katerih živimo in ki ju živimo, po-

zorni na predpostavko, da je treba vse tisto, kar vzpostavimo ali o čemer odločimo, utemeljiti in upravičiti.¹ Vzpostavljanje organov, institucij ali pravil in odločanje oziroma sprejemanje odločitev, ki so zavezujoče (oblastnih odločitev), mora vselej spremljati njihovo utemeljevanje, pojasnjevanje in upravičevanje. Torej utemeljevanje njihove upravičenosti in sprejemljivosti. Gre za vprašanje (problem, prvino) *legitimnosti*.²

Med možnimi teoretičnimi izhodišči prvine legitimnosti se zdi prepričljivo tisto, po katerem legitimnost presega golo ali pretirano formalizirano legalnost.³ Legitimnost je mogoče razdeliti na, prvič, določene *temelje in izvore* legitimnosti in, drugič, na določene *kriterije* legitimnosti.⁴ Zdi se, da so prav ti kriteriji tisto, kar je odločilno za razlikovanje med legalnostjo in legitimnostjo. Bili naj bi vsebinske narave, v smislu moralnih in racionalnih kriterijev sprejemljivosti in upravičenosti tistega, kar velja ali kar naj velja kot zavezujoče.⁵

Na teh izhodiščih temelji tudi proceduralno-materialna teorija legitimnosti. Ob tem, ko tudi ta teorija legitimnosti obravnava razlikovanje med legalnostjo in legitimnostjo,⁶ se osredotoča na pomen institucionaliziranih procedur za sprejemanje odločitev, na značilnosti teh procedur, ki omogočajo sprejemanje najboljših možnih odločitev, ki so enako dobre za vse, na njihovo notranjo moralno kakovost in racionalno utemeljenost, na vsebinske kriterije legitimnosti kot presežka gole legalnosti ipd. Funkcija teh procedur je omogočiti sprejemanje odločitev, ki so zaradi svoje moralne kakovosti in racionalne prepričljivosti sposobne posplošitve ali univerzalizacije. Ta sposobnost univerzalizacije je označena s t. i. *načelom U*: načelom univerzalizacije kot metodološko predpostavljanim ciljem, h kateremu je treba stremeti pri sprejemanju odločitev.⁷

1 Glej Jürgen Habermas, *The Postnatal Constellation*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2001, 113–118; Morala, družba in etika, Intervju, *Časopis za kritiko znanosti*, 1990, 43–44; *Between Facts and Norms*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1998, 259; Kako je mogoča legitimnost putem legalnosti, v Mirjana Kasapović in Nenad Zakošek (ur.), *Legitimnost demokratske vlasti*, Zagreb, Naprijed, 1996, 137–138. Habermas na splošno zagovarja stališče, da se družbeni sistemi, v katerih je avtoriteta organizirana v obliki države, nujno soočijo s *potrebo po legitimaciji*, ki je *implicitno* vsebovana v konceptu politične moči.

2 Podrobno o tem v Andraž Teršek, *Legitimnost kot prvina političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije* (doktorska disertacija), Ljubljana, Pravna fakulteta, 2007.

3 Glede razlikovanja med legalnostjo in legitimnostjo glej predvsem David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Habermas 1998 (op. 1). Hans Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1951. Carl Schmitt, Legalnost i legitimnost v Kasapović in Zakošek 1996 (op. 1). Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 2001.

4 Glej Habermas 1990 (op. 1), predvsem 37 in 42.

5 Glej predvsem Habermas 1998 (op. 1).

6 Glej Dyzenhaus 1999 (op. 3).

7 Glej Habermas 1990 in 1998 (op. 1). Za strnjen prikaz te teorije, pretežno utemeljene v Habermasovi pravni teoriji, glej Andraž Teršek, Spis o kriznih momentih demokratične legitimnosti, *Javna uprava* 3–4/2007, 125 in nasl.

2 DRUGO TEORETIČNO IZHODIŠČE: PRAVOTVORNOST USTAVNEGA SODSTVA

Zdi se, da se omenjena teorija legitimnosti prilega sodobnemu evropskemu konstitucionalizmu⁸ in vladavini prava, v kontekstu socialno-liberalne ustavne demokracije.⁹ Za ta konstitucionalizem veljajo nekatera izhodišča, ki se zdijo v teoriji večinsko sprejeta. Označujejo tudi omenjene moralno utemeljene in racionalno prepričljive procedure, v katerih se oblikujejo in sprejemajo zavezujoče odločitve. Značilnosti teh procedur (skozi prizmo proceduralno-materialne teorije legitimnosti) naj bi omogočale sprejemanje najboljših možnih odločitev, enako dobrih za vse in zato sposobnih univerzalizacije. Njihov normativni izvor je predvsem v nacionalnih ustavah ali drugih normah ustavnega ranga.

Med temelji ali izvori legitimnosti in kriteriji legitimnosti obstaja razmerje medsebojnega vplivanja, pogojevanja in omejevanja. Izvori legitimnosti so predvsem instituti, kot so narodna in državna suverenost, volilni postopki, predpostavka o politični samoopredelitvi, predpostavka o oblasti ljudstva in načelo večine. Osrednji vsebinski kriterij legitimnosti so temeljne pravice in svoboščine. Te so zapisane v nacionalnih ustavah in mednarodnopравnih dokumentih, kot so pakti in konvencije, ki določajo minimalne standarde varstva pravic in svoboščin, s tem pa minimalne standarde demokratičnosti in pravnosti nacionalnih političnih sistemov in pravnih redov. Temeljne vrednote kot temelj političnega sistema in pravnega reda, iz katerih predpostavljeno izhajata struktura in vsebina ustav in mednarodnopравnih dokumentov, so predpostavljene kot skupne in univerzalne.¹⁰ Ena od splošnih in načelnih teženj sodobnega evropskega konstitucionalizma je zato tudi, da bi temeljne človekove pravice in svoboščine kot minimalni standardi¹¹ in kot institucionalizirani izraz temeljnih vrednot, ki se zdijo sposobne za posplošitev ali univerzalizacijo, postale univerzalne. Vsaj

8 Za poskus njegove utemeljitve glej Andraž Teršek, Ustavna demokracija in konstitucionalizem: (evropska) izhodišča in onkraj njih, *X. dnevi javnega prava* (zbornik referatov), Ljubljana, Inštitut za javno upravo, 2003. Predvsem pa Alec Stone Sweet, *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*, New York, Oxford University Press, 2000. Joseph H. H. Weiler in Mariane Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

9 Glej Teršek 2007 (op. 2), predvsem 7. pogl.

10 Glej npr. Niclas Berggren, Nils Karlson, Joakim Nergelius (ur.), *Why Constitutions Matter*, New Brunswick, London Transaction Publisher, 2002. Larry Siedentop, *Democracy in Europe*, London, Penguin Books, 2000. Stone Sweet 2000 (op. 8). Boštjan M. Zupančič, From Combat to Contract: What Does the Constitution Constitute?, *European Journal of Law Reform* (1999) 1; ponatisnjeno v Zupančič, *The Owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Eleven, 2007.

11 Prim. Boštjan M. Zupančič, Constitutional Law and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Attempt at a Synthesis, *Revus* (2003); O razlagi sodnih precedensov in sodb ter posebej sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, *Revus* (2004) 2. Luzius Wildhaber, O vlogi ustavnih sodišč držav članic Evropske unije, *Revus* (2004) 3, 31. Ciril Ribičič, Nacionalno in evropsko pravo človekovih pravic, medsebojno podrejanje in omejevanje ali sinergija, *Javna uprava* (2003) 3; Uveljavljanje evropskih standardov v praksi slovenskega ustavnega sodišča, *Revus* (2004) 3. Teršek 2003 (op. 8).

tiste, ki pomenijo minimalne standarde in ki jih kot takšne varuje in razvija Evropsko sodišče za človekove pravice.¹²

V teh institucionaliziranih procedurah, ki naj bi bile nujni pogoj za univerzalizacijo odločitev, ima sodna veja oblasti posebno mesto. Več razlogov pa govori v prid tezi, da ima med vsemi oblastnimi institucijami prav ustavno sodstvo poseben položaj.¹³ Zato se zdi utemeljeno postaviti vprašanje, kako metodološko in konceptualno umestiti ustavno sodišče v ta proces odločanja, legitimiranja in univerzalizacije.

Najprej kaže samo omeniti nekatere njegove temeljne značilnosti. Temelj njegovega obstoja, delovanja in vpliva v vsakokratnem političnem sistemu in pravnem redu, s tem pa tudi izvor njegove legitimnosti, so normativni ustavni temelji.¹⁴ Tisti, ki izrecno urejajo normativne pristojnosti tega sodišča, ustavne določbe o temeljnih ustavnih načelih in določbe o pravicah in svoboščinah. Legitimnost pravic in svoboščin se zdi najpomembnejši normativni razlog legitimnosti ustavnosodnega odločanja. Delovanje tega sodišča zato določa trajna razpetost med golo legalnostjo, izvori in temelji legitimnosti ter kriteriji legitimnosti. Pravo, politika in morala so pri ustavnosodnem odločanju v enkratnem medsebojnem razmerju. Med pravno zavezujočimi odločitvami prav ustavno sodišče, kadar se to od njega zahteva, sprejme končno zavezujočo odločitev, ki obvelja nad vsemi dotedanjimi zavezujočimi odločitvami o isti stvari. Tudi ustavno sodišče je institucija, ki ustvarja pravo. Na to sodišče ne gre gledati kot na zgolj »negativnega zakonodajalca«. Ne dejansko ali praktično ne konceptualno in metodološko.¹⁵

V središču teoretičnih utemeljitev o ustavnem sodišču in njegovem pravo-tvorju so človekove pravice in svoboščine: njihova narava in značilnosti njihovega razumevanja, uresničevanja, varstva in ustvarjalnega interpretiranja. Odločilni razlog legitimnosti ustavnosodnega pravotvorja naj bi tičal predvsem v legitimnosti in značilnostih moralno utemeljenih in racionalno priznanih temeljnih človekovih pravic in svoboščin.¹⁶ V prid tej tezi naj bi bil tudi model

12 Prim. Boštjan M. Zupančič, On Universality of Human Rights, *The Constitutional Court of Turkey*, 22. September, 2006, referat. Tudi Zupančič 2003 (op. 11) ter Mednarodna sodna presoja in internacionalizacija ustavnega prava, *Pravna praksa* 1/2005.

13 Ko govorim o »ustavnem sodstvu«, ne mislim samo na ustavna sodišča, temveč tudi na tiste države, ki nimajo ustavnih sodišč, imajo pa ustavni nadzor zakonov. Ustavno sodstvo zato ni mišljeno kot institucija, ampak predvsem kot *funkcija: ustavni nadzor zakonodaje*.

14 Pri tem mislim na slovensko ustavno sodišče in primerljiva ustavna sodišča evropskih, pa tudi nekaterih drugih držav.

15 Glej npr. Stone Sweet 2000 (op. 8). Tudi Zdenek Kühn, *Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies*, Prague, University of Michigan & Charles University Law School, 2003; *From Stalinist Anti-Positivism to Socialist Textualism. Central European Judicial Methodology During the Cold War*, separat, 2006. Zupančič 2003 in 2004 (op. 11).

16 Glej predvsem Zupančič 2003 (op. 9), Stone Sweet 2000 (op. 8). O moralni utemeljenosti in racionalnem priznanju človekovih pravic in svoboščin glej Radbruch 2001 (op. 3). Tudi Ha-

demokracije, za katerega se zdi, da v Evropi prevladuje: demokracija temeljnih človekovih pravic in pravnih načel z elementi dualistične demokracije.¹⁷ V tej svoji vlogi in z vidika dejanske moči pa ustavno sodišče vendarle nastopa kot manj ali celo kot najmanj nevarna veja oblasti.¹⁸

Med ustavnosodnim odločanjem in prvino legitimnosti je očitno tesna povezana. Kot institucija ima to sodišče poseben položaj v procesu zagotavljanja in ocenjevanja legitimnosti organov, institucij, postopkov in odločitev. Ustavno sodišče ima v smislu pristojnosti za zavezujoče odločanje o vprašanih ustavnosti kot osrednjem kriteriju politične in pravne legitimnosti tudi enkratno in institucionalizirano pedagoško funkcijo. V predpostavljenem procesu univerzalnega in diskurznega soočanja mnenj in prepričanj o tistem, kar je zapisano v ustavi in kar naj bi bile normative zahteve ustave, ima zadnjo besedo. Za proces legitimiranja političnega sistema in pravnega reda se zato zdijo posebno pomembne prav značilnosti ustavnosodnega odločanja. Med njimi pa je tudi vprašanje metodološkega (samo)razumevanja ustavnega sodišča. Gre za vprašanje, kako ustavno sodišče samo razume izvore svojih pristojnosti in normative kriterije ustavnosodnega odločanja.¹⁹ V pričujočem spisu bosta obravnavana dva možna pristopa: deontološki in teleološki. Zdi se smiselno poiskati odgovor na vprašanje, kakšno naj bo metodološko (samo)razumevanje ustavnega sodišča, da se bo najbolje prilegalo proceduaralno-materialni teoriji legitimnosti²⁰ in načelu univerzalizacije.

bermas 1998 (op. 1) ter Trije normativni modeli demokracije v Jelica Šumič - Riha (ur.), *Pravo in politika*, Ljubljana, Liberalna akademija, 2001.

- 17 Glej Bruce Ackerman, *We the People 1: Foundations*, Cambridge, Massachusetts, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1992. Bojan Bugarič, *Sodna presoja ustavnosti v ZDA in Evropi: Med pragmatizmom (realizmom) in ideologijo*, separat, Ljubljana, 1994; Ustavno sodstvo in (ali) parlamentarna demokracija: o doktrinah pravnega interesa in političnih vprašanj, *Zbornik znanstvenih razprav* (1994) 55, 43–66.
- 18 Prim. Habermas 1998 (op. 1), 240–241. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Heaven, London, Yale University Press, 1986. Boštjan M. Zupančič, *Prvine pravne kulture*, Ljubljana, FDV, 2000. Georg Nolte (ur.), *European and US Constitutionalism*, Strasbourg, Council of Europe Publishing (Science and Technique of Democracy), 2005.
- 19 Prim. s teorijo utemeljitelja evropskega ustavnega sodstva Hansa Kelsna v Kelsen 1951 (op. 3) in *Introduction to the problems of legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992. Za ustavnopravni prerez metodološkega samorazumevanja ustavnih sodišč v nekaterih evropskih državah glej Jiří Příbáň, Pauline Roberts in James Young (ur.), *Systems of Justice in Transition. Central European Experience since 1989*, Aldershot, Ashgate, 2003. Kühn 2003 (op. 15).
- 20 Kot teoriji legitimnosti, za katero se predpostavlja, da se iz zgoraj orisanih razlogov prilega sodobnemu evropskemu konstitucionalizmu in socialno-liberalnemu modelu ustavne demokracije.

3 UNIVERZALIZACIJA IN NORMATIVNOST

3.1 Habermasovi (deontološki) poudarki

Habermas, verjetno najznamenitejši utemeljitelj diskurzne teorije demokracije, proceduralno-materialne teorije legitimnosti in ideje o univerzalizaciji, se je ukvarjal tudi z vprašanjem legitimnosti ustavnega sodišča in njegovega metodološkega (samo)razumevanja.²¹ Teoretično izhodišče pričujočega besedila zato pretežno temelji na njegovih teoretičnih iskanjih. Torej predvsem zaradi vtisa, da je Habermas izpostavil prava vprašanja in ponudil primerno podlago za njihovo prihodnjo obravnavo.

Habermas med možnimi teoretičnimi pristopi k temeljnim pravicam in načelom (kot kriterijem legitimnosti) obravnava deontološki in teleološki pristop kot odločilna pristopa. Pri prvem gre za razumevanje temeljnih pravic in načel kot *norm*, pri drugem pa kot *vrednot*. Prvi pristop pomeni zanj pravni diskurz,²² v katerem se pri aplikaciji norm išče prava rešitev določenega primera, ki je *predpostavljena* kot najpriljubnejša.²³ Od njene utemeljitve se pričakuje

21 Glej Habermas 1998 (op. 1), 6. pogl. Podrobnejša predstavitev v Teršek 2007 (op. 2), odsek 7.3.5. Tudi Habermas si za izhodišče svojega ukvarjanja z vlogo, institucionalnim položajem in delovanjem ustavnega sodišča postavi vprašanje, kako lahko konstruktivna interpretacija ustave, ki, če in ko jo izvaja ustavno sodišče, deluje v okviru ustavno porazdeljenih pristojnosti (ali v okviru ustavnega načela delitve oblasti), ne da bi sodstvo s tem vdrlo v sfero zakonodajalčevih pristojnosti. Habermas 1998 (op. 1), 238. Pri tem izhaja iz teorije »konstruktivne interpretacije«, kot jo je razvil in utemeljeval Ronald Dworkin v delih *Laws Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, in *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978. Ustavno sodstvo je tudi pri Habermasu poseben element diskurzne teorije. Iz zornega kota sprejemanja zavezujočih odločitev, ki so neposredno povezane s temelji in kriteriji legitimnosti, prav tako z najpomembnejšimi elementi procesa legitimacije, je ustavno sodstvo proceduralni vrh funkcionalno najpomembnejšega segmenta legitimacijskega procesa; pot od sprejema normativno zavezujoče odločitve do njene aplikacije na družbeno dejanskost.

22 Tudi Habermas prepostavlja, da je diskurz o človekovih pravicah prisoten v vseh sferah ustavnopravnega odločanja oziroma uporabe ustave. Glej Habermas 1998 (op. 1), 242. Prim. Stone Sweet 2000 (op. 8), 7. pogl., v katerem prikazuje prav to krožno sklenjenost ustavnopravnega diskurza. Prim. tudi Heinrich Scholler v Lovro Šturm (ur.), *Omejitev oblasti, Ustavna izhodišča javnega prava*, Ljubljana, Nova revija (Libra), 1998, 322, kjer posebej poudari ustavnosodno pre-sojo in njeno konstruktivno javno kritiko kot pogoja »razpravlja-joče ustavne države«. Glej tudi Zupančič 2005 (op. 12), VIII, ki izpostavlja sodelovanje v pravnem diskurzu, ki je v nasprotju s političnim »naprednejši« in »vključujoč«.

23 Odločilna pri deontološkem pristopu se zdi predpostavka, da tudi omenjena »edina prava« ali »za vse najboljša možna rešitev« ni niti absolutna niti nespremenljiva. Ničesar nima opraviti z iskanjem absolutne ali končne resnice. Takšna je glede na pogoje in okoliščine, v katerih je bila sprejeta oziroma se lahko sprejema. Takšna je torej v danem trenutku svojega sprejema, glede na pogoje in okoliščine sprejema in glede na pričakovanje nadaljevanega diskurza ob istih pogojih in okoliščinah. In četudi se prihodnjič sprejme drugačna, celo diametralno nasprotna odločitev, ima tudi ta kakovost edine prave in najboljše rešitve, če so izpolnjeni temelji in kriteriji legitimnosti, kriteriji moralne kakovosti in racionalnega priznanja odločitve ter

notranja moralna kakovost, racionalnost in skladnost z nevtralnimi procesnimi pravili. Lahko se sklicuje tudi na višje norme, supraustavnost ipd.²⁴ Ker gre pri drugem pristopu za enačenje temeljnih pravic in načel z vrednotami, je izhodišče pri vprašanju t. i. *etičnega samorazumevanja določene pravne skupnosti*.

Izbira enega od obeh pristopov pogojuje tudi metodološko (samo)razumevanje ustavnosodnega nadzora in pravotvorja. Tisto, kar se zdi Habermasu glavni metodološki problem ustavnosodnega odločanja, ponazarja teza, da to sodišče prestopi meje svojih pristojnosti in poseže v sfero politične zakonodaje takrat, ko neposredno odloča o vrednotah. Ko jih ne le interpretira, ampak jih dejansko tudi išče in (so)določa. Teleološki pristop, značilen za nekatere ugledne ameriške ustavne pravnike,²⁵ se zato Habermasu (iz evropske perspektive) zdi sporen.

predpostavljeni pogoji in okoliščine za njihovo sprejemanje in utemeljevanje. S tem proces oblikovanja, sprejemanja in utemeljevanja odločitev dobi moralno kakovost in racionalno priznanje. Po Habermasu prav zato lahko dobi značaj normativno zavezujoče (četudi spremenljive) odločitve. Habermasova teorija opisuje in utemeljuje prav te pogoje in okoliščine v okviru diskurzne teorije demokracije, teorije komunikativnega delovanja in komunikativne skupnosti, družbenega diskurza, govorne situacije (in idealne govorne situacije kot predpostavke) in jezika ipd. Za ponazoritev teh elementov glej npr. Habermas 1990 in 2001 (op. 1) ter *Between Facts and Norms: An Author's Reflections*, *Denver University Law Review*, 1999.

- 24 Habermas problem pristojnosti in legitimnosti ustavnega sodišča opisuje z neposredno naslonitvijo na jurisprudence nemškega ustavnega sodišča, ki je ustvarilo znamenito doktrino temeljnih vrednot ali doktrino objektivnega pravnega reda, ki ni samo skupek nekih norm in pravil, ampak pomeni tudi objektivni red najvišjih in celo nespremenljivih vrednot. Habermas 1998 (op. 1), 6. pogl. Glej Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London, Duke University Press, 1997, 38: »In the view of the previous discussion, Germany might be sad to have three Constitutions. The first is the *unamendable constitution*, the one that Article 79 (3) of the Basic Law establishes in perpetuity. Indeed, as declared by the Federal Constitutional Court, any amendment to the Basic Law that would undermine or corrode any one of its core values would be an unconstitutional constitutional amendment. The second is an *amandable constitution*, namely, those parts of the written text that can be altered without affecting the Basic Law's core values. Finally, there are the *unwritten, or suprapositive, principles* implicit in such terms as 'justice', 'dignity', and 'moral code'. These governing principles, like that hierarchical value order that the Constitutional Court has extracted from the text of the Basic Law, are an important part of Germany's constitutional order. Germany's real constitution, then, includes more than the written text of the Basic Law itself.«; Prim. David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1994. Prim. tudi Klemen Jaklič, *Apel za legitimno pravno državo*, *Nova revija* (2000) 221/222, 253–259, in Dominique Breillat, *Suprakonstitucionalnost ali nadustavnost v Franciji*, *Revus* (2004) 3.

- 25 Teleološko sta, kot pojasnjuje Habermas, razmišljala npr. Perry in Rawls. Oba sta iskala pomen ustave glede na njen prvotni pomen, glede na namen njenih očetov (angl. *founding fathers*), ki pa se sme in mora prilagoditi »novim zgodovinskim izkušnjam« *izbrane* pravne skupnosti. Glede različnih pristopov k teoretičnemu razumevanju demokracije in metodološki utemeljitvi ustavnosodnega nadzora glej predvsem izbor besedil v Richard Bellamy (ur.), *Constitutionalism and Democracy*, Aldershot, Ashgate (International Library of Essays in Law & Legal Theory, 2nd series), 2006.

Habermas *načelo U* ali *načelo univerzalizacije* odločno zagovarja,²⁶ tudi ko gre za ustavno sodišče. Prepričan je, da se samo *norme* lahko univerzalizirajo kot veljavne, da gre samo pri njih za »morati« in da le one izražajo »tisto, kar je enako dobro za vse,« in so zato sposobne posplošitve, univerzalizacije. Vrednote so, nasprotno, partikularne. Kažejo, kako vsak posameznik ali posamezne pravne skupnosti gledajo na prioritete, interese, na tisto, kar je bolj zaželeno in več vredno od nečesa drugega. Ne torej, kar je enako dobro za vse, ampak kaj je najboljše »zame« ali »za nas«. Pri tem pa, kot se zdi, ni univerzalizacije, ni tistega »morati«. Zato takšen pristop zavrača. Tudi z vidika ustavnosodnega odločanja.

Če namreč ustavno sodišče odloča o temeljnih pravicah kot o vrednotah, odloča o nečem, kar se ne izključuje, kar obstaja na isti ravni, kar je v relativnem medsebojnem razmerju, kar je lahko enkrat tako in drugič drugače ipd. Problem takšnega metodološkega in konceptualnega pristopa k ustavnosodnemu odločanju naj bi bila po njegovem mnenju prav predpostavljeno pomanjkanje demokratične legitimnosti in pretirana zakonodajna drža.²⁷

Tudi za Habermasa ni sporno očitno dejstvo, da je konkretizacija pravic nujno tudi njihova interpretacija. Problem naj bi nastal, če ustavno sodišče tako uzurpira politično odločanje in ustavnosodno ustvarja pravo, da ga končno lahko legitimira le še sodno sankcioniranje. Pomanjkanje demokratične legitimacije se iz tega razloga zazdi pretirano. Ustavnemu sodišču priznava, da sicer lahko tekmuje z zakonodajalcem, vendar pa naj implicitno ustvarja pravo le v metodološkem smislu deontološkega odločanja o normah in z normami: s tistim, kar je univerzalno, kar se (lahko) univerzalizira in je zato enako dobro za vse.²⁸

Habermas to vprašanje razume kot temeljni problem legitimnosti ustavnosodnega pravotvorja, ki se zaradi teleološke narave metodološkega samorazumevanja nemškega ustavnega sodišča, ki mu očita prav odločanje tudi o vrednotah, lahko pokaže pri vsakem posamičnem primeru.²⁹

26 Glej Habermas 1998 (op. 1), 108, 239–240; in Habermas 1990 (op. 1), 46, 33.

27 Habermas v tem ne vidi druge racionalne upravičenosti, razen *arbitrarne*ga odločanja. Razbere zgolj t. i. »legitimiranje s sodniško pozicijo«, to pa se mu zdi nezadostno. Problem je torej zanj konceptualen na podoben način kot za Dworkina, a spet drugače kot na primer za Böckenforda ali Alexyja.

28 Habermas 1998 (op. 1), 238.

29 Problem razmerja norme/vrednote se zdi tudi glavni problem meja ustavnosodnega nadzora. Vprašanja torej, kako daleč sme iti ustavno sodišče. S podrobnejšim utemeljevanjem teze, da v določenih primerih ustavno sodišče lahko presoja tudi akte ustavnopravnega ranga ali celo spremembe posameznih določb ustave (na primer v smislu nemške doktrine o protiustavnem ustavnem amandmaju ali strasbourške sodne presoje skladnosti določb ustavnega ranga z Evropsko konvencijo o človekovih pravicah), bi bil presežen predvideni namen te razprave. Pritrditi gre tezi, da v okoliščinah sodobnega evropskega konstitucionalizma, nadgradnje ustavne demokracije (predvsem njenih nacionalnih prvin) in njenega modela obstajajo dobri

3.2 Predpostavka o normativnem konsenzu

Zdi se, da obstaja več dobrih razlogov v prid ideji o deontološkem (samo)razumevanju ustavnega sodišča oziroma njeni prepričljivosti. Konceptcija načela univerzalnosti in njegove predpostavke »enako dobro za vse« je predpostavka z moralnim značajem. In zdi se, da bi predpostavko »enako dobro za vse« lahko razumeli tudi, kot da gre v moralnem in racionalnem diskurzu za hkratno vključenost predpostavk »enako dobro za vse« in »dobro zame«. Namreč, teleološki pristop pride do izraza predvsem pri aplikaciji norm in etično-empirični refleksiji. Pri določanju ustavnih norm in pri njihovem uresničevanju v družbeni praksi pa bi po deontološkem pristopu lahko bilo prisotno oboje iz naslednjega razloga. Kar je enako dobro za vse, se prav zato zdi dovolj dobro in najboljše tudi za nas. In to ne glede na to, da bi v določenem trenutku in zaradi etičnega pragmatizma zase morda želeli nekaj drugega. Zavedati se namreč moramo, da bi tudi drugi lahko zase (etično) želeli nekaj drugega, kar ne bi bilo več enako dobro za vse (moralno in normativno) in tudi za nas ne, ko mi ne bi bili tisti drugi.

V tako predpostavljenem izhodišču je »dobro zame« potem vselej »enako dobro za vse«.³⁰ Celotno družbeno življenje je etično in empirično sicer nepredvidljivo in izkustveno, tudi egoistično, čustveno razvneto, iracionalno, nazadnjaško, ignorantsko, kratkoročno ali kratkovidno. Vendar pa se zdi, da ga je treba najprej utemeljiti s predpostavko, da je racionalno priznано, moralno utemeljeno in normativno določeno. Ne gre torej za etični ali pragmatični vidik tistega, kar naj bi bilo »dobro«, ampak za moralni in racionalni vidik (tudi za moralno, racionalno in hkrati etično kakovost), ki je prav zato lahko normativni in univerzalni vidik. Prav normativnost in univerzalnost tistega, kar je vzpostavljeno, oblastno odločeno in aplicirano na dejanskost kot zavezujoče, naj bi zato lahko zagotovili najvišjo stopnjo legitimnosti.³¹

teoretični in doktrinarni razlogi za utemeljitev pristojnosti ustavnega sodišča, da v določenih primerih presoja tudi norme ustavnega ranga. Sam Brooke, *Constitution-Making and Immutable Principles* (master thesis), The Fletcher School, Tufts University, 2005; Jeffrey Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative perspective*, *International Journal of Constitutional Law* (2006) 4, 3; Rory O'Connell, *Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms*, *Journal of Civil Liberties* (1999) 4, 48.

- 30 Kazalo bi ponovno poudariti, da »jaz« v danem kontekstu ne pomeni individualnega posameznika kot pragmatično, etično, čustveno, egoistično in podobno razmišljajočega in delujočega bitja, ampak posameznika kot *pravno osebo*. Kot nosilca pravic in obveznosti, ki so moralno utemeljene in racionalno priznane. In ki pomenijo norme, sposobne univerzalizacije.
- 31 Morda tudi to, da imata evropska in ameriška ustavnopravna tradicija in identiteta številne skupne točke, govori v prid razumevanju ustavnih normativnih temeljev in kriterijev političnega sistema in pravnega reda kot norm, temelječih na temeljnih in skupnih vrednotah, sposobnih univerzalizacije. Evropska nacionalna ustavna sodišča in Evropsko sodišče za človekove pravice se pogosto sklicujejo na precedense Vrhovnega sodišča ZDA. In nasprotno, tudi Vrhovno sodišče ZDA občasno kot ustavne argumente uporablja evropske ustavnopravne izkušnje, predvsem sodbe ESČP. Glej odločitve Vrhovnega sodišča ZDA v primerih *Roper*

Zato bi kazalo tudi na določitev normativnih ustavnih temeljev gledati kot na prav tisto politično določitev prav takšnih – temeljnih – vrednot (oziroma kot na dobro pretehtano, moralno in racionalno odločitev zanje), ki jih je mogoče univerzalizirati. Nanje torej ne gre gledati teleološko, kot na vrednote natančno določene politične skupnosti in njenih pripadnikov. Šlo naj bi za nekaj moralno utemeljenega in racionalno priznanega. Za tisto, kar je predmet prepričanja o moralni vrednosti in racionalni prepričljivosti, kar je lahko samo po sebi sprejeto kot najboljše in enako dobro za vse in kar je lahko predmet normativne univerzalizacije.

K problemu legitimnosti političnega sistema in pravnega reda bi bilo potem treba pristopiti s predpostavko, da so (vsakokratna) *materialna* in *procesna pravila*, predvsem pa *normativni ustavni temelji*, ki jih legitimirajo, dovolj dobri za vse ali celo najboljši možni. Da so predmet največjega možnega oziroma praktično dosegljivega soglasja. Da sicer niso predmet popolnega soglasja, so pa hkrati daleč od prevladujočega ali celo popolnega nesoglasja. In da so rezultat dobre pretehtanosti, racionalne prepričljivosti in moralne utemeljenosti. Nanje gre gledati kot na norme, sposobne spoplošitve. Tako se jim zagotavlja univerzalnost, s tem pa (kot se zdi) v največji meri dosegljiva legitimnost.³²

v. *Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990 (1999), *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997). Še prepričljivejši argument v prid deontološkemu pristopu in ideji o normativni univerzalizaciji pa se zdi institucionalizacija strasbourškega sodišča in minimalnih standardov zaščite temeljnih pravic in svoboščin.

- 32 Odpadejo torej ideje, kot sta »etično samorazumevanje določene politične skupnosti« ali »država kot homogena enota njenih pripadnikov«. Tako je npr. državo kot politično skupnost utemeljeval Schmitt. Zanj je bila država homogena skupnost njenih pripadnikov, ki je temeljila na suvereni odločitvi homogenega ljudstva za njeno vzpostavitev. Osrednje mesto v njegovem političnem diskurzu je zato imelo razlikovanje med »nami« in »njimi«, med »pri-jateljem« in »sovražnikom«. Glej Carl Schmitt, *Tri razprave*, Ljubljana, Krt, 1994, ter Legalnost i legitimnost v Kasapović in Zakošek (op. 3).

Medtem ko je Habermas na eni strani moralna načela povezal z rezultatom najprepričljivejšega argumenta v procesu univerzalnega diskurznega moraliziranja, pa je Rawls na drugi strani obstoj in relevantnost moralnih načel prepuščal samoodločitvi posameznika. Glej John Rawls, *Politički liberalizam*, Zagreb, Kruzak, 2000, IX. predavanje, predvsem § 5 in nasl.; Pravičnost kot poštenost: politično, ne metafizično, v Avineri, De Shalit, *Individualizem in komunitarizem*, Ljubljana, Sodobna družba, 2004, 177–195. Drugače Ronald Dworkin, Liberalna skupnost v Shlomo Avineri in Avner De-Shalit (ur.), *Komunitarizem in individualizem*, Ljubljana, Sophia (Sodobna družba), 2004. Glej tudi Boštjan M. Zupančič, *O spoštovanju. Pismo iz Strasbourga*, Ljubljana, GV Založba (Zbirka Pravna praksa), 2006, 4, ki poudarja pomen obstoja »dovolj soglasja o temeljnih vrednotah«. Glej tudi Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper&Row Publishers, 1957, 162, ki možnosti racionalnega delovanja posameznika veže na obstoj konsenza v zvezi z družbenimi cilji, pri čemer naj ne bi šlo za popolni konsenz, temveč za nekaj, kar je zelo oddaljeno od morebitnega popolnega nesoglasja. Podobna je ideja o veri in prepričanju, da so obstoječe politične institucije za družbo najprimernejše. Ali da so skupek učinkovitih in razmeroma dobrih, ustavnopravno institucionaliziranih in po značaju moralnih pravil, četudi ne idealnih. Ali da so v skladu s prevladujočo politično moralo »našega družbenega sveta« boljše od bodisi anarhije bodisi od kateregakoli druge-

Če so tako določen proces odločanja, tako sprejeta pravila odločanja in tako razumljeni kriteriji upravičenosti in sprejemljivosti teoretično predpostavljeni kot predmet konsenza, gre za *normativni konsenz*.³³ Ta konsenz se osredotoča na proces odločanja, njegove temeljne pogoje in kriterije. Torej na »pot« za odločanje in za sprejemanje zavezujočih odločitev, ne pa morebiti na končni, absolutni ali trajni cilj.³⁴ Konsenz ne more niti predpostavljeno obstajati glede vseh stališč in odločitev. Nekatere odločitve ali stališča bodo vselej predmet določene stopnje nesoglasja. Konsenz lahko obstaja prav glede te okoliščine: da so določena stališča ali odločitve vselej predmet nesoglasja in da je to povsem

ga skupka pravil, ki mu pripisujemo možnost, da postane objekt širšega (in neizsiljenega) družbenega konsenza. O tem glej Larry Alexander, *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, 3–4 in 33–35. Lahko gre tudi za prepričanje, da se z njimi lahko dosega »najboljši možni rezultati« in v tem oziru uresničuje »volja ljudstva«. Ti najbolj možni rezultati so predvsem moralni standard. Gre za iskanje pogojev za neizsiljeni konsenz o človekovih pravicah kot materialnem jedru demokracije. Glej tudi Charles Taylor, *Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights* v Obrad Savić (ur.), *The Politics of Human Rights*, London, New York, Verso, 1999, 101 in nasl. Aleksander Peczenik, *Why Constitution?, What Constitution? Constraints on Majority Rule* v Berggren, Karlson in Nergelius (op. 8), V. pogl. Axford zapiše, da sta ustrezno legitimna lahko samo tisti politični sistem in samo tista politična oblast, v katerih državljani intuitivno prepoznajo in empirično občutijo zavest o politični odgovornosti. Glej Barry Axford in drugi, *Politics*, Routledge, 2002, 399.

- 33 To predpostavko bi lahko razumeli kot jedro problema legitimnosti in poskusa njegove teoretične razrešitve. Ko pravo ustvarja dejanske omejitve ravnanj, mora upoštevati tudi kriterij *spoštovanja* prava. Pri tem »spoštovanje« (angl. *respect*) ni mišljeno kot prisila v podrejanje, ampak kot *priznavanje (moralne) vrednosti* in racionalnega priznanja tistega, kar velja kot uzakonjeno, pozitivno pravo. Pravo nosi breme hkratnega obstajanja kot *pravo prisiljevanja* in *pravo zagotavljanja svobode*. Pravo mora samó ustvariti pogoje za to, da se spoštuje. Ne le zaradi njegove prisiljujoče moči, temveč tudi zato, *ker je legitimno*. Veljavnost pravne norme pomeni, da država zagotavlja tako *legitimno ustvarjanje prava* kot tudi *de facto uresničevanje prava*. To pravo je potem tudi pravo *normativno zavezujočega*, ki temelji na dobrih razlogih za priznanje, sposobnosti posplošitve in notranji moralni kakovosti norm. In hkrati pravo, ki določa *omejitve* za politično oblast. Te normativne omejitve za oblast so tisto, kar na drugi strani zagotavlja moralno utemeljeno svobodo posameznika za etično-pragmatično delovanje na temelju lastnih pogledov, interesov in teženj. Seveda v okviru normativno zavezujočega, ki se aplicira glede na etični pragmatizem posameznika.

Moralnost je notranja vrednost pravno zavezujočega. Skupni imenovalec elementa *racionalnosti* je implicitno prisotna možnost univerzalizacije. V sferi utemeljevanja in upravičevanja normativno zavezujočega (demokratski diskurz) gre za univerzalizacijo interesov, ki jih zaradi obstoja dobrih razlogov lahko normativno univerzaliziramo ali posplošimo v smislu, da so »enako dobri za vse«. V sferi aplikativne pragmatičnosti, etično usmerjanega odločanja ali partikularnih vzgibov (praktični diskurz) pa lahko prepoznamo tisto, kar je lahko sprejeto kot smiselno, razumno ali ustrezno tudi z vidika tistega, ki ga določena konkretna situacija neposredno ne zadeva. Racionalnost in moralnost se tu prepletata. Zdi se, da tako lahko predpostavimo normativni konsenz.

- 34 Prim. John Keane, *Dispozicija in demokracija. Civilna družba od zgornje moderne do poznega socializma*, Ljubljana, Krt, 1999, 8, ki na primer predlaga takšno interpretacijo demokracije, da bo »resnično pluralna«, kar pomeni »brez arogantnega iskanja poslednje resnice ali dokončnih rešitev«. Zanika možnost demokratičnega metadiskurza.

pričakovano, razumno in sprejemljivo.³⁵ Takšen konsenz o trajnosti določene-ga nesoglasja ne onemogoča, marveč, nasprotno, sploh omogoča »normalno« skupno življenje.³⁶

Odločilno zanj pa se zdi, da je lahko zelo prepričljivo predpostavljen glede pogojev in okoliščin institucionaliziranega sprejemanja zavezujočih odločitev, ki so (pogoji in okoliščine) normativno predpostavljeni kot najboljši možni, enako dobri za vse in sposobni univerzalizacije. Ne gre pa pozabiti, da morajo biti ti pogoji in okoliščine ne le racionalno priznani in moralno utemeljeni, ampak tudi ves čas izpostavljeni kritičnemu vrednotenju.³⁷

4 VEČ USTAVNOSODNEGA (SAMO)OMEJEVANJA ALI NE?

Eden izmed ugovorov deontološkemu (samo)razumevanju ustavnega sodišča bi bil lahko povezan tudi s pomislekom, da se z deontološkim pristopom ustavnemu sodišču namenja še večja moč kot pa ob teleološkem pristopu. Zdi se, da bi takšen ugovor lahko zavrnili. Metodološko preseganje meja določene politične skupnosti, zaprte bodisi v geografske meje nacionalne države ali pa v institucionalni in geografski okvir določene nadnacionalne tvorbe, se prej zdi kot omejevanje moči ustavnega sodišča. Ali drugače, univerzalizacija je pravzaprav (samo)omejevanje ustavnega sodišča. Kaže predpostaviti nekaj razlogov.

Ustavno sodišče je legitimirano z ustavnimi normativnimi temelji. Ti so predpostavljeni kot sposobni univerzalizacije. Postavljeno je v kontekst normativno utemeljenih in izrecnih normativnih pristojnosti. Zato se zdi, da prav pri deontološkem pristopu ne deluje v vakuumu vrednot, kar bi pomenilo nelegitimno in negotovo razširjanje njegovih pristojnosti, ampak v omejenem prostoru norm, ki je omejen prav na temelju norm in ki prav zaradi omejitve lahko tvega tudi s priznanjem normativnega statusa.

35 Prim. Herbert L. A. Hart, ki govori o »razumnem kompromisu«: *Koncept prava*, Ljubljana, ŠOU (Prevodi), 1994, 128.

36 V smislu Habermasove teorije ta nekonsenzualnost v procesu pragmatične aplikacije ali celo absolutno nasprotovanje še ne pomenita zanikanja koncepta legitimacije kot procesa in njegovih normativnih izhodišč. Nasprotno, sta njegova potrditev iz drugega zornega kota iste danosti. Povezovalni člen je pri tem normativno utemeljeno in moralno upravičeno komunikativno delovanje, ki je lahko sprejeto kot etično in pragmatično smiselno, razumno ali ustrezno v danem normativnem okviru. Po drugi strani tudi prav te vrste pereča vprašanja očitno kažejo na neločljivost prava in morale ter prava in politike.

37 Ob izpolnjenosti teh pogojev in okoliščin je končna ustavnosodna odločitev kot takšna, ob deontološkem pristopu k (samo)razumevanju vloge ustavnega sodišča, v danem trenutku lahko edina pravilna in najboljša tudi zato, ker je samo ustavno sodišče normativno institucionalizirani del procesa sprejemanja zavezujočih odločitev in njihovega legitimiranja, hkrati pa temu ustreza tudi narava njegovega odločanja.

Z univerzalizacijo se ustavno sodišče najverjetneje zaveže in podredi tistemu, česar si dnevnopolitična oblast ne more privoščiti, priložnostna večinska volja ljudi pa prepogosto ne želi storiti: misliti na »vse«, misliti in ravnati »enako dobro za vse«, normativno posploševati, zagotavljati moralno kakovost in racionalno prepričljivost pravno zavezujočih odločitev, ki bi bile sposobne posplošitve. Navsezadnje tudi razumeti druge ljudi kot pravne subjekte, kot »osebe« in kot nosilce istih temeljnih pravic in svoboščin. Normativno presegati okvir in pasti vrednotenja.

Kaže torej, da se z univerzalizacijo tudi za ustavno sodišče možnosti zožijo za vse tisto, zaradi česar se institucije in mehanizmi politične oblasti soočijo z normativnimi omejitvami in nadzorom. Na drugi strani pa se možnosti razširijo kot funkcija normativnih izvorov in kriterijev političnega sistema in pravnega reda, tudi kot funkcija omejitev (tudi samoomejitev) in nadzora.

Usmerjenost ustavnosodnega pravotvorja k univerzalizaciji najverjetneje tudi ne deluje kot morebitna univerzalna prisila »tistih, ki so poleg, zunaj ali onkraj«. Odločilen se zdi poudarek, da ustavno sodišče, prvič, prav z univerzalizacijo omejuje »nas same in tiste tu« ter da, drugič, s tem, ko to omejevanje izvaja z normativno univerzalizacijo, ki je hkrati predpostavljena kot sposobna za univerzalizacijo svoje normativnosti, vključuje vse, ki so dejansko ali potencialno »onkraj ali zunaj«. Z drugimi besedami, univerzalizacija ne prisiljuje tistih »zunaj«, ampak z omejevanjem teh »tukaj« vključuje in varuje tudi tiste zunaj, kot da bi bili tu. Zdi se torej, da prav univerzalizacija omejuje oblast in vključuje ljudi kot osebe s kakovostjo »enako dobro za vse«, ta kakovost pa legitimira njen normativni status, sposoben posplošitve.

Kot pritrditev sklepu o zmanjševanju moči ustavnega sodišča z deontološkim pristopom bi morda lahko navedli tudi družbeno realnost, v smislu odzivnosti javnosti in politike na odločitve ustavnega sodišča. Zdi se namreč, da je v praksi največji problem prav spodkopavanje legitimnosti, moči in avtoritete odločitev ustavnega sodišča s strani javnosti in dnevnne politike ob vsakokratnem ustavnosodnem preseganju etičnega, vrednotnega in interesnega samoopredeljevanja javnosti in dnevnne politike znotraj meja določene politične skupnosti. Običajno mimo racionalno priznanih in moralno utemeljenih ustavnih norm. In v povezavi z očitnimi kršitvami jasnih ustavnih norm ali z lažjimi ustavnopravnimi vprašanji. Redko kdaj je ustavno sodišče tarča večjih napadov in kritik kot takrat, ko v nasprotju s pragmatično-etičnimi pričakovanji nekoga, ki je znotraj nacionalne politične skupnosti, odloči z brezkompromisnim sklicevanjem na norme.³⁸

Empirični problem avtoritete in ugleda ustavnega sodišča se navadno najbolj pokaže takrat, ko predpostavljeni normativni konsenz v konkretnem pri-

³⁸ Spomnimo samo na slovenska primera izbrisanih in džamije. Tudi primer zakonske zveze in istospolnih partnerjev bi lahko postal takšen primer.

meru ostane zgolj gola predpostavka. Z drugimi besedami, ko se predpostavka o normativnem konsenzu o tem, da formalne procedure in normativni kriteriji imajo kakovost najboljših možnih in zmožnih zagotovitve največjega možnega, dobro pretehtanega soglasja, tako zelo upira dejanski uresničitvi, kot da bi želela negirati samo sebe.

5 UNIVERZALNI POGOJ UNIVERZALNOSTI

Profesor Zupančič je nedavno zapisal, da je zamenjava logike moči za moč logike univerzalni pogoj za naslednji korak. Ta pa je, da bi temeljne človekove pravice in svoboščine res postale univerzalne.³⁹

Očitno gre za isto temeljno prepričanje: naj ne bo metodološki pristop k pravu in pravnim institucijam utemeljen z izključevanjem, ločevanjem, kontekstualnim, zgodovinskim ali geografskim pogojevanjem ipd., ampak z resnično in pristno univerzalizacijo. Tudi zato kaže nasloviti kritiko na Evropsko sodišče za človekove pravice, ko gre za samorazumevanje tega sodišča. Strasbourško sodišče se namreč v primerih, ko bi si lahko privoščilo ali ko bi moralo določiti skupne minimalne standarde varstva pravic in svoboščin v državah članicah Sveta Evrope (fundamentalne standarde), prepogosto zateka k doktrini o polju proste presoje. To sodišče torej prepogosto prav pri tistih vprašanjih, pri katerih bi bilo treba odločno in jasno določiti skupne standarde varstva temeljnih pravic in svoboščin kot norm, usmerjenih k univerzalizaciji, tega ne stori in zadevo prepusti državi članici v urejanje. In če to stori z argumentom, da so nacionalne oblasti v boljšem položaju za sprejemanje zavezujočih odločitev, ki naj se kar najbolj prilagajajo etičnemu samorazumevanju politične skupnosti (na temelju zgodovine, tradicije, aktualnih družbenih okoliščin ipd.), se zdi utemeljen sklep, da to sodišče namesto deontološkega uporablja teleološki pristop do svojega sodnega pravotvorja.

Ker je prav to sodišče tisto, ki originarno in primarno, na temelju Evropske konvencije o človekovih pravicah, postavlja minimalne skupne standarde varstva temeljnih pravic in svoboščin, načel demokratičnosti in kriterijev pravnih države,⁴⁰ se zdi, da bi se temu sodišču prilegalo deontološko samorazumevanje.⁴¹ Prav te minimalne standarde gre namreč razumeti kot tisto, kar se zdi najprimernejše za univerzalizacijo, kar odseva univerzalne temeljne vrednote,⁴²

39 Glej Zupančič 2006 (op. 12).

40 Glej Ciril Ribičič, *Evropsko pravo človekovih pravic*, Ljubljana, Pravna fakulteta (Scripta), 2007.

41 Prim. Ribičič 2007 (op. 40), 17–18, ki pojasnjuje, zakaj sodobna Evropa ne bi mogla shajati brez Sveta Evrope in ESČP, če pa ju ne bi bilo, bi morali storiti vse, da bi ju takoj ustanovili. Zato se zdi metodološko samorazumevanje vloge ESČP še pomembnejše.

42 Kar je samo po sebi najboljše in enako dobro za vse.

ki so zaradi moralne utemeljenosti in racionalnega priznanja sposobne posplošitve in ki morajo zato imeti normativni status.

Še vedno se zdi, da je Habermas postavil pravo metodološko vprašanje o (samo)razumevanju ustavnosodnega pravotvorja⁴³ in primeren temelj za nadaljevanje tega ustavnopravnega diskurza.⁴⁴

Predstavitev avtorja

Dr. Andraž Teršek je diplomiral, magistriral (Javnost in svoboda izražanja kot sestavini demokratične legitimnosti) in doktoriral (Legitimnost kot prvina političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije) na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in je asistent na katedri za teorijo in sociologijo prava. Prejel je nagrado Zveze društev pravnikov Slovenije mladi pravnik. Je nekdanji pomočnik urednika revije Dignitas – slovenske revije za človekove pravice, urednik zbornika Pravna vprašanja o začetku in koncu življenja: abortus in evtanazija, avtor številnih člankov, razprav in študij, večinoma o ustavnem pravu, pravni teoriji, sociologiji prava, človekovih pravicah, legalnosti in legitimnosti, pravni kulturi ter sodnem pravotvorju ESČP in Ustavnega sodišča RS. Je tudi avtor knjige Svoboda izražanja (2007) in soavtor knjige Preludij demokracije – civilna družba in svoboda javnega komuniciranja (2005). Je član upravnega odbora Društva za ustavno pravo in pobudnik, soustanovitelj in urednik revije Revus in predsednik Kluba Revus – Centra za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije.

43 Navsezadnje je tudi Evropsko sodišče za človekove pravice nekakšno vseevropsko ustavno sodišče.

44 Predvideno je, da bo ta spis dobil Revusovo nadaljevanje.

