



Matevž KRIVIC

## KOLIKO ZOB IMA KONJ?

(B. Bugarič: Ustavno sojenje in politika, TiP, 1/2000)

»Koliko zob ima konj?« je eno od znamenitih vprašanj iz učenjaških razprav v času sholastike. Ni sicer tako znamenito in »zaresno« kot tisto o številu angelov na konci igle - je bolj anekdotično, toda, kdo bi si mislil, poučno tudi za današnji čas. Sholastična miselnost je imela za vsa področja človeku dostopnega znanja brezprizivne avtoritete: kar je nekoč rekla avtoriteta, je držalo - razen če bi komu uspelo dokazati, da trditev ni v skladu s Svetim pismom. In ker je bil za področje naravoslovja priznana avtoriteta Aristotel, so se, pravi anekdota, nekoč menihi, ki niso dobili v njegovih spisih jasnega odgovora na gornje vprašanje, pri interpretaciji Aristotelovega konjeznanstva med seboj prav grdo sporekli. Da bi stopili v hlev in odprli gobec kakšnemu od samostanskih konj, to jim ob spoštovanju takrat priznane znanstvene metodologije seveda ni prišlo niti na kraj pameti.

Na to zabavno zgodnico iz gimnazije sem se spomnil, ko sem prebral Bugaričevo repliko (TiP 1/2000) na mojo kritiko (TiP 5/1998) nekega njegovega članka (TiP 2/1998). V njej se kar dvakrat pri nekem preverljivem vprašanju sklicuje na avtoritete - da bi sam preveril, kaj je res, mu ne pride niti na misel.

### Prvi primer: political question doctrine

Eno od teh dveh vprašanj je ključna točka najinih že večletnih nesoglasij - vprašanje (ne)uporabnosti ameriške ustavnosodne political question doctrine v evropskem ustavnem sojenju. Ker se polemika že dolgo vleče, ni pa nepomembna, najprej kratka obnovitev.

Polemika se je začela v Delu julija 1996. Na Bugaričevo kritiko (20.7.1996) mojega ločenega mnenja k eni od takratnih »referendumskih« odločb ustavnega sodišča sem odgovoril 27.7.1996. Ker je njegova kritika temeljila na (čeprav izrecno neomenjenih) stališčih ameriške political question doctrine, po kateri naj sodišča ne odločajo o »političnih vprašanjih« (kjer ni zanesljivih pravnih kriterijev za odločanje itd.), in ker je bilo v tistem času - ob znameniti sodbi nemškega US o protustavnosti obveznega obešanja razpel v bavarskih učilnicah (Kruzifix-Urteil) - nekaj podobne kritike tudi v Nemčiji, sem v odgovoru zato nasproti zgovornikom political question doctrine citiral kar besede bivšega predsednika nemškega US dr. Ernsta Bende: »Za nas pa ni sploh nikakršna pomoč njihova political question doctrine, ki nikoli ni dobila pravno zadovoljivih kontur in tako vrhovnemu sodišču ZDA rabi za to, da se po lastni presoji nekega spornega vprašanja loti ali pa da prste proč. Doktrina dovoljuje sodišču, da o tem odloča ne po pravnih, ampak po političnih kriterijih. Da nemško ustavno sodišče te možnosti nima, ampak mora odločiti, če je postopek na dopusten način začet, ne pomeni širjenja, ampak prej omejitve njegove politične moči.« Po svojem (pritrdilnem)

komentarju k temu stališču sem citiral še samega Bugariča, da »praksa ameriškega vrhovnega sodišča kaže na precejšnjo mero nenačelnosti in arbitrarnosti pri odločanju o tem, kaj je politično vprašanje«. Dodal sem: naivno bi bilo misliti, da bi se naše - ali katerokoli drugo - ustavno sodišče pri tem lahko bistveno bolje odrezalo; prej slabše.

In že takrat sem jasno zapisal, zakaj ne nemško ne naše ustavno sodišče te »ameriške rastline«<sup>1</sup> ne more kar presaditi v naše podnebje: »Zato, ker evropskim ustavnim sodiščem ustave ne dopuščajo, da bi si sama izbirala, o čem bodo odločala, ampak so dolžna odločiti o vseh sporih ... Naj bo spor po svoji vsebini še tako političen ali spolitiziran - če je ustavno sodišče za njegovo reševanje pristojno, ga mora rešiti, pa če bi se mu še tako rado izognilo in če bi mu ameriška political question doctrine to še tako priporočala.«

Zgoraj navedeno argumentacijo, nemško in mojo, je Bugarič (v članku v TiP 2/1998) povsem ignoriral. Če se z njo ne strinja, bi se spodobilo, da bi jo zavrnil, da bi navedel nasprotno argumente. Kot da nemškega izrecnega zavračanja možnosti uporabe political question doctrine sploh ne bi bilo (ne le Bendovega - glej spodaj odklonilno stališče v dveh nemških monografijah, od katerih eno Bugarič tudi sam citira, ne da bi opozoril na to njeno bistveno stališče), Bugarič našemu bralstvu zatrjuje, da je »doktrino v večjem številu primerov uporabilo tudi nemško ustavno sodišče«, saj da tako piše v neki ameriški knjigi (David Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*).

Tu se sedaj bližamo sholastični zgodbi, omenjeni na začetku. V odgovoru na ta Bugaričev članek (v TiP 5/1998), prej pa že na pravniskem srečanju v Portorožu, sem Bugariča vprašal, kako naj bi bila v Curriejevih 17 primerih na nemškem ustavnem sodišču uporabljena political question doctrine - in izrazil domnevo, da je bila tam lahko uporabljena kvečjemu tako, kot bi jo lahko uporabili tudi pri nas, torej tako, kot sem to prikazal že v članku leta 1996 (citirano zgoraj v opombi). Dodal sem: »To pa je seveda nekaj bistveno drugega kot tisto, kar bi Bugarič rad predstavil naši javnosti kot eno tudi pri nas možnih 'sredstev omejevanja pristo-

<sup>1</sup> Poudarjam, te - ne katerekoli. To poudarjam, ker mi Bugarič nekorektno podtika nekakšno "izhodišče o ameriškem pravu kot o nekem povsem tujem sistemu", ki da naj bi bilo za nas Evropejce povsem neuporabno in nezanimivo. Daleč od tega. Ameriškega prava seveda še zdaleč ne poznam tako dobro kot dr. Bugarič, me pa zelo zanima in sem prebral že kar nekaj ameriških knjig in judikatov. V referatu na letošnjih portoroških pravniskih dnevih sem se - morda celo kot prvi pri nas - kategorično zavzel za "presaditev" ameriškega pooblastila najvišjemu sodišču, da lahko iz množice vlog s šmo izbere manjše število in potem odloči samo o njih (o čemer tudi v Nemčiji že dolgo razpravljajo). Že dolgo se zavzemam za resnejši študij in morda tudi povzemanje ameriških bogatih izkušenj s "pravnimi zakonodajnimi referendumi". In tudi glede political question doctrine, ki jo načelno (v njenem bistvu) štejem - ne aprioristično, ampak iz jasno ekspliciranih ustavnopravnih razlogov, katerim dr. Bugarič že ves čas najine polemike ne zna zoperstaviti nobenega protiarumenta, čeprav sem ga k temu zadnjič celo izrecno pozval - sicer za tujec, ki v evropskih pravnih sistemih kot celota ni uporaben, sem že v Delu leta 1996 izrecno dopustil možnost njene omejene uporabe tudi v našem ustavnem sodišču: "Lahko jo uporablja le v zelo omejenem obsegu, namreč kot enega od kriterijev za svoje odločanje tam, kjer mu ustava in zakon vendarle puščata določeno polje proste presoje - npr. pri odločanju o izkazanosti pravnega interesa, pri izbiri najprimernejše oblike oziroma tehnike odločitve in podobno." Ne pa seveda pri "odločanju o neodločanju" ali pri "zavračanju odločanja", kot to povsem nekritično "presaja" iz Amerike Bugarič.

jnosti in s tem tudi politične moči ustavnega sodišča', ki da so 'povsem legitimen del pravnega reda večine zahodnih demokratičnih ureditev'. Gre za neodgovorno zavajanje javnosti z naravnost neverjetno trditvijo, da bi tudi v Nemčiji in pri nas ustavno sodišče smelo o določeni zadevi iz svoje pristojnosti ne odločati, ... sklicujoč se na political question doctrine.« In še tole: Če bo Bugarič korigiral svoje stališče (in ne bo več propagiral neodločanja, ampak le zadržanost pri razveljavljanju), bova pa načelno že skupaj ...».

V svoji repliki (TiP 1/2000, str. 165) je v očitni zadregi Bugarič ubral dvojno, med seboj neuskklajeno taktiko. Po eni strani je prvotne kategorične trditve o uporabi te doktrine v Nemčiji in še drugod v Evropi skušal ublažiti takole: »Jasno je, da se ta doktrina v Evropi drugače uporablja in da ima različna imena, to pa ne pomeni, da ne obstaja. Ali temu rečemo odločanje o neodločanju ali zadržanost pri razveljavljanju, je le stilistični problem, če parafraziram Currieja, ne pa vsebinski, saj oba inštituta delujeta podobno.« Da to ni res, sem dokazal že v TiP 5/1998 (str. 939), ko sem analiziral možnost, da se je Bugarič z besedami o »neodločanju« morda samo pretrdo izrazil, v resnici pa mislil na isto kot jaz, torej na zadržanost pri razveljavljanju, ne res na zavračanje odločanja. To možnost »umika« pa si je Bugarič vzel sam, ko je že leta 1996 izrecno zapisal, da naše sodišče tudi npr. o ustavnosti nacionalnih list ne bi smelo odločati - takrat je namreč naše US pokazalo prav »zadržanost pri razveljavljanju«: nacionalnih list ni razveljavilo, toda za Bugariča je to premalo; on trdi, da o tem US sploh odločati ne bi smelo. S tem (ker se tudi naknadno od tega ni distanciral) je jasno povedal, da je svoje besede o »neodločanju« mislil dobesedno, ne le figurativno ali približno, kot bi se sedaj rad izvil.

A pravzaprav le na pol. Ameriška doktrina o »neodločanju« mu je tako všeč, da se od nje še vedno ne more v celoti posloviti in v istem članku, na isti strani (str. 165) še vedno piše, da so »različne tehnike neodločanja prisotne v praksi različnih evropskih sodišč in ne samo v glavah teoretikov, kot misli Krivic«, da je »pod različnimi imeni in doktrinami« prisotna tudi v Evropi ta ameriška doktrina itd. Dokaz naj bi bilo nekaj 17 nemških primerov (po Currieju). Ker sem ga pozval, naj končno pove, kakšni in kateri primeri so to, je za štiri od teh 17 primerov le navedel podatke, kje jih je najti - o vsebini seveda nič. Vsebinsko sem si ogledal sam in za vse štiri ugotovil, da so to znani primeri, kjer pa o kakršnemkoli »neodločanju« o sproženem vprašanju ustavnosti ali neustavnosti ni niti sledu.

V prvem primeru gre točno za to, kar sem opisal že v svojem članku na str. 938 (odločitev o skladnosti z ustavo glede na zakonodajalčev Gestaltungsspielraum oziroma prostor njegove proste presoje), v drugem primeru tudi, v tretjem za ugotovljeno nepristojnost sodišč za presojo zavrnitev pomilostitvenih predlogov in v četrtem za zavrnitev predloga za začasno zadržanje nameščanja raket Pershing v Nemčiji, spet v bistvu zaradi ugotovljenega prostora proste presoje pristojnih organov (v tem primeru vlade) in zaradi odsotnosti zatrjevanih kršitev ustavnih pravic - ne pa zaradi nepristojnosti ustavnega sodišča za odločanje o takih predlogih.

Bugariča ne zanima, kakšni ti nemški primeri v resnici so - zadošča mu trditev v neki ameriški knjigi, da so ti primeri nemška aplikacija ameriške political question

doctrine. Pa če so ali niso. Ni pomembno poznati dejstva - pomembneje je poznati mnenje avtoritet o njih!? Še huje: Bugarič se naravnost zgraža, da Krivic »dokazuje, da nekaj, kar je dokumentirano v strokovni literaturi, ne obstaja (sic!)!! Sholastiki so bili glede tega pravzaprav na boljšem: vsaj dokazovanje zmot v literaturi jim je bilo dovoljeno.

## Drugi primer: avstrijski Volksbegehren

Takole piše Bugarič: »Na zelo nizek nivo se Krivic spusti pri trditvi na strani 940, kjer pravi, da mu namesto odgovora na njegovo vprašanje iz prejšnje polemike ponudim nekaj, kar '(baje) piše v taki študiji, ne kakšna ta avstrijska ureditev v resnici je'. Krivicu v pojasnilo: gre za najboljšo študijo o teh problemih, ki je danes na voljo. ... naj piše avtorjem študije ali založniku, ne pa da meni pripisuje nekakšno površnost. Kot da bi Krivičevo poznavanje avstrijske ureditve pomenilo, 'kakšna v resnici ta avstrijska ureditev je'.«

No, tu sem bil res malo »žleht« in drugič namenoma nisem ponovil, katero »dezinformacijo o avstrijski ureditvi ljudske iniciative« je Bugarič zapisal v Delu leta 1996 - računajoč, da bo vendarle toliko samokritičen in bo preveril, kakšno dezinformacijo mu tu očitam. Pa ni. Brez preverjanja mi skuša vrniti s protiudarcem, a zgrešenim - z očitkom: »Za inštitut, ki je dokumentiran in opisan v eni vodilnih študij, Krivic trdi, da ne obstaja!«

Toda jaz takrat seveda nisem trdil, da ta inštitut (namreč avstrijski Volksbegehren - zakonodajna pobuda) ne obstaja! Inštitut poznam, zato sem le opozoril, da je to »taka različica 'ljudske iniciative', ki do referendumu sploh ne pripelje« - medtem ko ga je Bugarič (napačno ali vsaj zavajajoče) uvrstil v svoj prikaz različnih vrst referendumov po svetu. Dodal sem še: »Bugarič pa ob tem še napačno trdi, da parlament take iniciative niti obravnavati ni dolžan.«

V dve leti kasnejši polemiki v TIP (št. 5/1998, str. 940) sem zapisal takole: »Važno je, kaj o avstrijski ureditvi (baje) piše v taki študiji, ne, kakšna ta avstrijska ureditev v resnici je! Pa ko bi bila za napako res kriva samo tista študija - in ne tudi Bugaričevo površno in napačno sklepanje iz nekaterih njenih premalo jasnih navedb ...«. Bugarič na to odgovarja: »V tej točki se najbolje kaže površnost Krivičeve kritike: polemizira z vrhunsko strokovno literaturo, kot glavni dokaz, da se ta literatura moti, pa navede samo to, da on meni drugače.«

Za Bugariča že kar tipično skrivanje za avtoritetami. Iz gornjih citatov je jasno razvidno, da sem polemiziral z njim, ne z Vernonom Bogdanorjem (avtorjem zadevnega prispevka v omenjeni »vodilni študiji« - Butler, Ranney: *Referendums around the World: The Growing Use of Direct Democracy*, AEI Press, Washington 1994, str. 32-33). Poglejmo si sedaj konkretno tisto Bogdanorjevo premalo jasno (ne napačno) navedbo, ki jo je Bugarič narobe razumel in iz nje potegnil napačen sklep o avstrijski ureditvi. Na koncu razdelka o fakultativnih referendumih Bogdanor najprej navede, da lahko v Zahodni Evropi ljudstvo samo sproži referendum le v Italiji in Švici, in nato opiše še avstrijsko in špansko ureditev: »Dve zahodnoevropski ustavi - avstrijska in španska - vsebujeta določbo, da lahko volil-

ci zakonodajalcu predložijo osnutek zakona (provision for submission by electors of draft legislation to the legislature), čeprav v nasprotju s švicarskim postopkom iniciative zakonodajalec ni zavezan k akciji v zvezi s pobudo (is not bound to take action on them)».

Bugarič je iz tega kratkega polstavka sklepal, da avstrijski in španski parlament take iniciative (pravno) niti obravnavati nista dolžna. Čeprav avstrijske in španske ureditve same očitno ne pozna, bi se mu moralo zdeti vsaj čudno, da bi bila v neki demokratični deželi možna taka ureditev. Toda njegovo zaupanje v avtoritete (tu žal napačno razumljene) je brezmejno: če tako piše v »vodilni študiji«, bo že res. Tudi po mojem dvakratnem opozorilu (Delo 1996, TiP 1998) še vedno ni šel preverit dejstev.

Kje in kako ga je Bogdanorjev polstavek zavedel? Bogdanor v nadaljevanju, sicer tudi le mimogrede, opozori na to, da se ta avstrijski inštitut Volksbegehren tako imenuje prav zato, da se razlikuje od »prave iniciative« (initiative proper), kakor se uporablja v Švici (Volksinitiative). Za razumevanje povedanega je seveda treba poznati razliko med zakonodajno iniciativo in referendumsko iniciativo<sup>2</sup> - in vedeti, da Bogdanor tu obravnava referendumsko, ne zakonodajno iniciativo (prispevek namreč govori o referendumih, ne o zakonodaji nasploh). Premalo jasen je bil zlasti tam, kjer je za avstrijski Volksbegehren napisal le, da to ni »prava iniciativa«, namesto da bi razumljiveje napisal, da to ni referendumska, ampak le zakonodajna iniciativa, naslovljena le parlamentu. Ta jo je kot tako seveda dolžan obravnavati - ni pa dolžan, tako kot v Švici (ter v mnogih nemških deželah in državah ZDA) tega zakonskega predloga dati na referendum. Bogdanorjev »is not bound to take action on them« se v kontekstu njegove razprave seveda nanaša na to (nezavezanost k razpisu referenduma), ne pa na nezavezanost k obravnavi iniciative v zakonodajnem postopku, kot to napačno zatrjuje Bugarič, zanašajoč se na napačno razumljeno »avtoriteto«, in tudi te drobne napake že štiri leta noče priznati. Morda bo šel sedaj vendarle sam preverit, kakšna avstrijska ureditev v resnici je, če že meni ne verjame.

Avstrijsko ureditev »ljudske iniciative« smo (žal namesto švicarske ali deželnonemške) prevzeli tudi mi - in pri nas je glede tega enako: parlament je »ljudsko iniciativo« (s 5000 podpisi) sicer dolžan obravnavati, ni pa je dolžan bodisi uzakoniti bodisi o njej razpisati referendum, kot je to urejeno v Švici in mnogih nemških deželah. K razpisu referenduma ga, kot je znano, pri nas lahko prisili šele 40.000 podpisov.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Dodajmo še to, da se drugod po svetu izraz "ljudska iniciativa" praviloma uporablja kot terminus technicus za referendumsko iniciativo - naša ustava pa (žal to ni edina od njenih "tehničnih" in vsebinskih nerodnosti) prav ta izraz uporablja kot uradni naziv za ljudsko zakonodajno iniciativo. Zato imamo pri nas tudi "zakon o referendumu in ljudski iniciativi" kot dveh bistveno različnih, čeprav v enem delu (pri zbiranju podpisov) podobnih postopkih.

<sup>3</sup> Primerjalno so naše številke, kot sem že večkrat opozarjal, precej nizke: Avstrija ima trikrat več prebivalcev kot Slovenija, za zakonodajno iniciativo pa zahteva 100.000 podpisov (Slovenija dječsetkrat manj). Za referendumsko iniciativo zahteva Slovenija 40.000 podpisov, kar je manj kot 3% volilcev, medtem ko nemške dežele zahtevajo 10-20% podpisov. Na Bavarskem mora imeti samo predlog za začetek postopka zbiranja podpisov, kjer pri nas zadošča 200 podpisov, kar 25.000 podpisov!

## In še o dveh Bugaričevih trditvah

Pod točko 2 svojega prispevka je Bugarič zapisal (str. 163), da v okviru obravnave sodnega aktivizma med ustavnimi sodišči srednje in vzhodne Evrope "Krivic napiše, da *o tem problemu* (podčrtal M. K.) takorekoč ni strokovne literature, kolikor tega pri nas poznamo (str. 931)." V resnici pa sem na tisti strani napisal, da se ta literatura omejuje le na nekatera od teh sodišč (zlasti rusko, madžarsko, slovensko), potem pa sem o sodnem aktivizmu na zahodu, ne na vzhodu, napisal takole: "O tovrstni praksi nemškega ustavnega sodišča se sicer v Nemčiji marsikaj ve in piše in tudi o praksi ameriškega vrhovnega sodišča v Ameriki veliko, toda navzven še Američani spremljajo nekoliko skoraj samo Nemce, ti pa njih in še malo Italijane, pa smo s tovrstno literaturo skoraj že opravili - vsaj kolikor tega pri nas poznamo."

Na str. 166 pa pravi, da Krivic »povsem napačno zaključí, da se pri doktrinah o neodločanju sodniki sklicujejo na teorije in doktrine, ki ignorirajo ustavo in zakon«, medtem ko da je resnica prav nasprotna: »gre za povsem praktične doktrine sodišč, kjer se le-ta ne sklicujejo na nikakršne 'teorije', pač pa izhajajo iz povsem pragmatičnih ocen sodišč, da je določene zadeve le bolje prepustiti zakonodajalcu in ne odločati čisto o vsem.« Bugarič se očitno ne zaveda, da z drugo od citiranih trditvev sam zanika prvo (oziroma potrjuje v slednji vsebovano moje stališče, da vsaj v Evropi sodiščem pač ni dovoljeno zavračati odločanje o sporih, za reševanje katerih so po ustavi in zakonu pristojna).

V vprašanje, ali je v ZDA political question doctrine res samo praktična doktrina sodišč, ki izhaja iz povsem pragmatičnih ocen sodišč, o čem kaže odločati in o čem ne, se tu ne bom spuščal, čeprav se mi ta Bugaričeva trditev v svoji kategoričnosti celo za ZDA zdi močno vprašljiva. In tudi ne v malo pomembno razlikovanje med teoretičnimi in praktičnimi doktrinami, ki ga tu poudarja Bugarič, da bi se izognil bistvu problema. V naslovu ustreznega dela svojega prispevka (str. 939) sem sicer res uporabil izraz »teoretične doktrine«, toda tekst pod tem naslovom se je glasil - in zaradi Bugaričevega izmikavanja bistvu problema ga moram ponoviti: »Spet očitno protislojve v Bugaričevih hotenjih in argumentacijah: s political question doctrine bi rad čimbolj pregnal iz ustavnosodnega odločanja odločanje na podlagi abstraktnih ustavnih pojmov (pravna država itd.), kjer potem sodišča nujno 'uporabljajo različne ustavne doktrine in teorije, ki niso zapisane v ustavi' - pregnal pa bi to prav s sklicevanjem na doktrine in teorije, ki ne le, da niso 'zapisane v ustavi', ampak zahtevajo celo direktno kršitev ustavnih in zakonskih norm. Prikazano je že bilo, kako political question doctrine zahteva neodločanje tudi tam, kjer ustava in zakon izrecno zahtevata odločanje - in Bugarič jo tudi tam

<sup>1</sup> Namreč v nemški ali v slovenski ustavi. Toda tudi v ustavi ZDA ta doktrina ni zapisana (ker za Bugariča ne glede na resničnost in preverljivost nobena trditev ni nič vredna, če je samo moja - če ni podprta s strokovnimi viri, naj mu tu ustrežem: glej Rau, cit. delo, str. 65). To pa ne pomeni, da ta doktrina v ustavi nima nobene opore: ustavnopravno temelji na ustavnem načelu delitve oblasti (Rau, cit. delo, str. 64). Nekoliko nerodno (za zgoraj citirano Bugaričevo trditev) je le to, da je ta doktrina, s katero naj bi se (med drugim, vsaj po Bugariču) iz sojenja izločalo "odločanje na podlagi abstraktnih ustavnih pojmov", tudi sama skonstruirana na podlagi abstraktnega ustavnega pojma ločitve oblasti.

propagira brez vsake rezerve.« Namreč za Evropo oziroma Slovenijo - v ZDA je vse to seveda nekoliko drugače. To je bistvo problema - Bugaričevo vztrajno ignoriranje pomembnih razlik med ameriškim in našim oziroma evropsko-kontinentalnimi pravnimi sistemi (z delno izjemo skandinavskih), kljub nedvomnim podobnostim, skupnim razvojnim tendencam itd.

Ker Bugarič v prid svojemu razumevanju tukajšnje (evropske) uporabnosti political question doctrine navaja poleg množice pretežno ameriških avtorjev tudi neko meni dostopno nemško delo, ki ga poznam že od prej (Christian Rau, *Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des US Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker&Humblot, Berlin 1996), je s tem še dodatno (poleg že zgoraj prikazanega napačnega sklepanja iz Bogdanorjeve študije) postavil pod vprašaj zanesljivost svojega včasih očitno preveč površnega sklicevanja na strokovno literaturo<sup>5</sup>.

Iz te Rauove knjige je - kot podkrepitev svoje oziroma Curriejeve teze o uporabi political question doctrine pred nemškim ustavnim sodiščem - povzel (na str. 165) samo tole: »Rau navaja številne druge primere, kjer je sodišče uporabilo določene tehnike samo-omejevanja, ki po svojem bistvu niso daleč od doktrine političnih vprašanj.« Ni pa navedel - zato bom jaz - kaj Rau ugotavlja o political question doctrine sami, neposredno.

Začne (str. 228) s citatom Böckenfördejeve izjave na ameriško-nemškem kolokviju 1992: »Die political question doctrine steht dem Bundesverfassungsgericht nicht zur Verfügung« (mu ni na razpolago, je ne more uporabiti). Rau se s tem strinja in dodaja: »Ameriška political question doctrine je absolutna meja (prepreka) justiciabilnosti ... S tem ko Supreme Court razvrsti neko sporno vprašanje kot politično vprašanje, o njem ne odloči, do razprave o zadevi (o stvari - vsebinsko) ne pride. Kategorija, ki bi kaj takega omogočila, je nemškemu ustavnemu procesnemu pravu tuja. ... Ta doktrina, kot jo razumejo v ZDA, torej za nemško ustavno sodišče ne predstavlja nikakršne primerne (taugliche) omejitve pristojnosti. Je konturenarm ('revna na konturah'), niti vsebinsko niti metodično kompatibilna, poleg tega pa tudi v ZDA v novejšem času le podrejenega pomena. Poskus prevzema bi bil terminološko nesmiselen (widersinnig) in bi vodil k uporabi neke le domnevno jasne, dejansko pa zavajajoče in pretežno vsebinsko prazne etikete.«

Tudi v Nemčiji so se torej nekateri (leta 1983 celo tretjina takratnih ustavnih sodnikov) zavzemali za prevzem te ameriške doktrine kot take, podobno kot Bugarič pri nas (ki je s tega izhodišča kritiziral - glej zgoraj - to, da je naše US sploh odločalo o takih vprašanjih kot je npr. ustavnost nacionalne liste na volitvah). Takim nekritičnim prenašalcem te teorije v evropske pravne sisteme so bile torej namenjene zgoraj citirane Rauove besede v Nemčiji - ali moje (ne originalne, ampak po Nemcih povzete) pri nas. Čisto nekaj drugega pa je seveda uporaba

<sup>5</sup> Te je očitno že doslej prebral toliko, kot je jaz nikoli nisem in ne bom - in, da ne bom pristransko-krivičen do njega, naj izrecno poudarim, da nikakor ni bil kot Prešernov "dihur, ki žre knjige, od sebe pa ne da nobene fige". Njegove članke, v katerih je našo strokovno javnost seznanjal zlasti z ameriškiimi pogledi in teorijami, pa tudi nekatere primerjalnopravne študije na tej podlagi sem vedno cenil in priporočal v branje tudi drugim. To pa seveda ne pomeni, da se bom vedno strinjal z vsemi njegovimi pogledi.

analognih kriterijev, kot jih sporna ameriška doktrina uporablja za nejusticiabilnost »političnih vprašanj« (za »neodločanje«), pri odločanju o posameznih procesnih in vsebinskih vprašanjih znotraj horizonta evropskega prava. Sam sem to možnost za naše ustavno sodišče že v Delu leta 1996 skiciral z besedami: "Lahko jo uporablja le v zelo omejenem obsegu, namreč kot enega od kriterijev za svoje odločanje tam, kjer mu ustava in zakon vendarle puščata določeno polje proste presoje - npr. pri odločanju o izkazanosti pravnega interesa, pri izbiri najprimernejše oblike oziroma tehnike odločitve in podobno." Zlasti to zadnje poudarja na več mestih v svoji izčrpni analizi tudi Rauova knjiga, seveda pa je šla v problem precej globlje od mojih priložnostnih člančičev. Toda v članku v TiP (5/1998, str. 938) sem izrecno opozoril tudi na nemško ustavnosodno argumentacijo o zakonodajalčevem polju proste presoje (Gestaltungsspielraum), v katerega ustavnosodna presoja ne posega. Ta nemška ustavnosodna Argumentationsfigur pa ima mnogo več skupnega z ameriško ustavnosodno »figuro« low level review kot z njihovo political question doctrine (prim. Rau, cit. delo, str. 94).

Rau svojo izčrpno analizo na koncu (str. 258) sumira v ugotovitev, da ameriško in nemško najvišje sodišče uporabljata marsikje »identične argumente, ampak ameriško na procesualni ravni ('zavračanje odločanja' o sporu - op. M. K.), nemško pa na vsebinski ali stvarni ravni ('redčenje kontrolne gostote', kjer gre za ustavno prost Gestaltungsspielraum drugega organa - op. M. K.)«. Za ilustracijo te zgoščene ugotovitve morda samo še citat s strani 243 - po Rauovem poudarku, da v ZDA uporaba kriterijev political question doctrine vodi k popolni nejusticiabilnosti »političnega vprašanja«: »Konsekvenca, ki jo iz tega potegne nemško ustavno sodišče, je drugačna. Ono se loti vsebinske presoje in s tem izvršuje svojo sodniško funkcijo. Toda pri tem uporablja Kontrollrichtekontinuum (kontinuum gostote kontrole oziroma presoje), kjer en konec lestvice označuje dejanska nekontrola (po ustavnopravnih kriterijih ugotovljenega Gestaltungsspielrauma parlamenta ali vlade - op. M. K.), drugi konec pa detajle urejajoča kontrola, ki dejansko nadomešča zakonodajno funkcijo<sup>6</sup>.«

Kurt Vogel v monografiji *Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane* (Lang, Frankfurt - Bern - New York - Paris 1988), kjer podnaslov jasno kaže na sorodnost tematike z Rauovo monografijo (*Bundesverfassungsgerichtliche Argumentationsfiguren zu den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*), pa niti tega, da bi nemško ustavno sodišče kriterije political question doctrine uporabljalo namesto na procesualni ravni, na ravni vsebinske presoje, ne ugotavlja oziroma to zanika. Izrecno si zastavi vprašanje (na str. 29), ali bi bilo vsaj to možno - in odgovarja: »Tudi to ni možno zaradi različne ustavne strukture obeh držav, kjer ustavnemu sodstvu

<sup>6</sup> Ekstremen primer take "detajle urejajoče kontrole, ki nadomešča zakon" je prav znamenita odločba o načinu izvajanja abortusa, kjer je nemško US ob razveljavitvi nekaterih zakonskih določb kot protius-tavnih nastalo pravno praznino začasno zapolnilo kar z lasno detajlno "uredbo" (Anordnung), kar je hkrati brez dvoma eklatanten primer zelo spornega sodnega "aktivizma", ko sodišče nepooblaščenno posega npr. v sfero zakonodajne oblasti. Ta primer ponovno navajam, ker ga je Bugarič (str. 163) označil kot primer, kjer sploh ne gre za sodni aktivizem.



postavljene meje potekajo povsem različno; paralelni razvoj (dosežki) na tem področju so prej slučajni in neprimerni za posploševanje.\* Na str. 30 potem o tem zaključuje: »Prevzemu political question doctrine torej nasprotuje ne le njena difuzna in tudi v ameriški judikaturi ne jasno zarisana vsebina, ampak tudi povsem različen položaj pod ustavo ZDA in nemško ustavo, ki prevzema v Ameriki razvitih primerov oziroma področij uporabe te doktrine ne omogoča niti v okviru odločanja o dopustnosti predloga (procesualna raven - op. M. K.) niti v okviru odločanja o njegovi utemeljenosti (raven vsebinske presoje - op. M. K.).«