

Bojan BUGARIČ*

USTAVNO SODIŠČE NA PREPIHU

(M. Krivic: Ustavno sojenje in politika, TiP, 5/1998)

Z zamudo (v šolskem semestru 1998 sem predaval na tuji univerzi) se odzivam na zgornji prispevek mag. Matevža Krivica, v katerem se je odzval na moj članek "Ustavna sodišča v srednji in vzhodni Evropi" objavljen v TiP, št.2/1998. V prostoru, kjer manjka robustna strokovna polemika, bi za avtorja kritiziranega članka takšen odziv moral predstavljati neke vrste kompliment, še posebej zaradi obsega Krivičeve kritike. Na žalost pa Krivičev odziv vsebuje preveč pavšalnih, slabo argumentiranih in tudi napačnih trditev, da bi lahko bil podlaga za resno razpravo. Njegov pokroviteljski odnos do "nepravniškega bralstva" TiP gre tako daleč, da se postavi v nekakšno skrbniško vlogo edinega pravilnega interpreta ustavne teorije in dela ustavnega sodišča pri nas in gre mirno mimo ne samo argumentov v članku samem, ampak tudi mimo vse strokovne literature in referenc, s katerimi so podprte teze v članku. Krivic v večjem delu secira moje besedilo po svoji poljubni razlagi, ne da bi ponudil kakšne druge teoretične ali dejanske dokaze, oziroma navajal resne strokovne vire. V njegovi kritiki ni niti enega samega strokovnega vira ali reference. Zaradi tega bom odgovoril karseda na kratko in v izogib pavšalnosti, značilni za Krivičovo kritiko, pri svojih odgovorih še enkrat (v članku sem to že storil) navedel strokovne vire.

1. V prvem sklopu kritike mi Krivic očita, da izkrivljeno in napačno predstavim primerjavo pristojnosti ustavnih sodišč. Pri obsegu pristojnosti ustavnega sodstva Krivic opozarja, da so med evropskimi državami razlike in da je zato moja teza "površna". V svojem prispevku raznolikost pristojnosti evropskih ustavnih sodišč seveda upoštevam. Zato Krivicu tu lahko le ponovim svoje stališče: pristojnosti so širše od večine evropskih ustavnih sodišč. Kaj pomeni večina pa je najbrž jasno.¹
2. V drugem delu kritike Krivic ocenjuje mojo tezo o prisotnosti sodnega aktivizma med ustavnimi sodišči srednje in vzhodne Evrope. Namesto utemeljenih argumentov (edini primer, ki ga navaja, to je odločba nemškega ustavnega sodišča o abortusu, je zgrešen, saj po mojem mnenju ni problem aktivizma v sprejemanju "pravcatih uredb", kot piše Krivic, pač pa v odločanju o problemih, ki enostavno niso rešljivi s pravnimi argumenti)² Krivic napiše, da o tem problemu takorekoč ni

* Dr. Bojan Bugarič, Pravna fakulteta v Ljubljani.

¹ *Ena od najboljših študij primerjave pristojnosti ustavnih sodišč je A.R. Brewer-Carias, Judicial Review in Comparative Law (1989); glej tudi I.Kavass, ed., Supranational and Constitutional Courts in Europe: Functions and Sources (1992). Za države srednje in vzhodne Evrope glej H.Schwartz, The New Courts: An Overview, East European Constitutional Review, vol.2 (1993); H.Schwartz, The New East European Constitutional Courts, v A.Dick Howard, ed., Constitution Making in Eastern Europe (1993); S.Frankowski, P.Stephani, eds., Legal Reform in Post-Communist Europe: The View from Within (1995).*

² Več o tem glej B.Bugarič, Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition, neobjavljen tekst, 1999, na voljo pri avtorju prispevka (bojan.bugaric@uni-lj.si).

strokovne literature, "kolikor tega pri nas poznamo" (str. 931). Res je, da sodnega aktivizma ni mogoče "meriti" tako kot gospodarske rasti ali inflacije, je pa o tem že več kot dovolj literature, da o tem lahko resno strokovno razpravljamo.³ Ob tem ko se Krivic zapiše ta neresnična trditev (upoštevam pa možnost, da Krivic enostavno nima dostopa do te literature in zato napiše, da govori le o tisti literaturi, "kolikor jo pri nas poznamo"), v nadaljni kritiki povsem spregleda bistvo mojih argumentov. Prvič, prav nikjer ne trdim, da so vsa srednje in vzhodno evropska ustavna sodišča aktivistična, drugič, za primere, za katere to trdim, obstaja dovolj znanstvene literature, ki potrjuje takšno tezo⁴, ter tretjič, v tekstu pojasnim tudi kakšne vrste aktivizem se mi zdi problematičen. Zato tu ne vem, ali Krivic polemizira z mano, s samim seboj ali s kom drugim?

3. Tretji sklop, ki ga Krivic ocenjuje, se dotika vprašanja, ali je sodni aktivizem primeren ali ne. Glede na to, da nikjer ne dajem posplošene ocene o tem, ne vem na koga leti Krivičeva kritika. V svojem prispevku se izognem takšni splošni oceni in poudarim, da je sodni aktivizem problematičen le pri določenih strukturnih vprašanjih tranzicije, ne pa kar počez. Krivic pa mirno napiše, da sicer v mojem prispevku ni nikjer ta teza zapisana eksplicitno, da pa "veje" iz članka kot celote. Žal je Krivic potem članek ali površno ali pa napačno prebral. To kar sam kritiziram so prav "ekscеси", kot on pravi, in ne aktivizem kar počez.

³ Glej tematske številke "Symposium: Judicial Review and Public Policy in Comparative Perspective", *Policy Studies Journal*, vol.19, n.1 (1990); tematska številka *West European Politics*, št.15 (1992); tematska številka "The New Constitutional Politics of Europe", *Comparative Political Studies*, vol.26, n.4 (1994); glej tudi C.Neal Tate, T.Vallinder, eds., *The Global Expansion of Judicial Power* (1995); D.Finck, *Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court*, 20 *Boston College International & Comparative Law Review* (1997); H.Jacob, E.Blankenbun, H.Kritzer, D.Provine, J.Sander, eds., *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective* (1996).

⁴ Glej npr. H.Schwartz, *Eastern Europe's Constitutional Courts*, *Journal of Democracy*, vol.9, n.4 (1998); *Constitutional Courts on Trial* (tematska številka), *East European Constitutional Review*, vol.6, n.1 (1997); C.Sunstein, *Introduction: The Legitimacy of Constitutional Courts: Notes on Theory and Practice*, *East European Constitutional Review*, vol.6, n.1 (1997); S.Wright Shelve, *Central and Eastern European Constitutional Courts and the Antimajoritarian Objection to Judicial Review*, 26 *Law & Policy in International Business* 1201 (1995); E.Klingsberg, *Judicial Review and Hungary's Transition from Communism to Democracy: The Constitutional Court, the Continuity of Law, and the Redefinition of Property Rights*, *Brigham Young University Law Review* 41 (1992); E.Klingsberg, *Contextualizing the Calculus of Consent: Judicial Review of Legislative Wealth Transfers in a Transition to Democracy and Beyond*, *Cornell International Law Journal*, vol.27 (1994); M.Brzezinski, *The Emergence of Judicial Review in Eastern Europe: The Case of Poland*, *The American Journal of Comparative Law* 41 (1993); P.Paczolay, *Judicial Review of the Compensation Laws in Hungary*, *Michigan Journal of International Law* (1992); A.Sajo, *Reading the Invisible Constitution*, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* (1995); A.Sajo, *How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform*, *East European Constitutional Review*, vol.5 (1996); S.Holmes, C.Sunstein, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, v S.Levinson, ed., *Responding to Imperfection* (1995); S.Holmes, *Back to the Drawing Board: An argument for constitutional postponement in Eastern Europe*, *East European Constitutional Review*, vol.2 (1993); S.Holmes, *Conceptions of Democracy in the Draft Constitutions of Post-Communist Countries*, v B.Crawford, ed., *Markets, States, and Democracy* (1995); M.Brzezinski, *Constitutionalism Within Limits*, 2 *East European Constitutional Review* 42 (1993); M.Brzezinski, L.Garlicki, *Judicial Review in Post-Communist Poland: The Emergence of a Rechtsstaat?*, *Stanford Journal of International Law*, vol.31 (1995).

Krivic vidi v tranziciji okoliščino, ki narekuje potrebo po "razumni dozi sodnega aktivizma". To je sicer povsem legitimno stališče, a v strokovni literaturi tudi predmet ostre kritike. Sam se strinjam z avtorji, ki kritizirajo omenjeno tezo in zagovarjajo previdnost pri sodnem aktivizmu v tranziciji. Sam v prispevku še dodam razliko med različnimi vrstami vprašanj, kjer je aktivizem različno pomemben ali koristen.

4. Sledi sklop, kjer Krivic kritizira mojo predstavitev "strukturnih" ustavnih vprašanj. Krivic pravi, da je to "najpomembnejša slabost" mojega pristopa. Pri kritiki spet pokaže površnost pri poznavanju primerjalnega prava, saj zapiše, da je slabost mojega argumenta posledica "nekritičnega prenašanja ameriških konceptov v evropski pravni prostor". Različne tehnike neodločanja so prisotne v praksi različnih evropskih sodišč in ne samo v glavah teoretikov, kot misli Krivic, zato tu Krivic polemizira z nečim, kar že obstaja oziroma dokazuje, da nekaj kar je dokumentirano v strokovni literaturi ne obstaja (sic)!⁵ Pod različnimi imeni in doktrinami je to, kar Američani imenujejo "political question doctrine", prisotno tudi v Evropi že kar nekaj časa, le da Krivic tega očitno ne razume oziroma ne pozna. Če bi to bolje poznal, potem ne bi pisal o nekakšnem nekritičnem prenašanju ameriškega prava na evropska tla. Jasno, da je ameriško pravo drugačno od slovenskega, tako kot je nemško pravo drugačno od avstrijskega. To pa seveda ne pomeni, da med pravnimi redi ne prihaja do določenih zblizevanj in podobnosti. Vendar to že spada v posebno razpravo, v katero se žal z mag. Krivicem ne morem spuščati, saj je njegovo izhodišče o ameriškem pravu kot o nekem povsem tujem sistemu, v modernem komparativnem pravu že zdavnaj preseženo.

5. Sledi polemika o doktrini političnih vprašanj. Krivičeva dolga polemika samo še potrjuje, da zadeve ne pozna dovolj natančno. Jasno je, da se ta doktrina v Evropi drugače uporablja in da ima različna imena, to pa ne pomeni, da ne obstaja. Ali temu rečem odločanje o neodločanju ali zadržanost pri razveljanju je le stilistični

⁵ Več o nemški praksi D. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (1994), str.170-171. Currie npr. zapiše, da je razprava o tem ali nemško sodišče tudi uporablja doktrino političnih vprašanj bolj stvar semantike kot vsebine in v nadaljevanju navede različne primere, kjer je nemško sodišče uporabilo svojo "verzijo" te tehnike "ne-odločanja" (primeri 2BverfGE 213 (1953); 4 BverfGE 157, 174 (1955); 25 BverfGE 353, 361-63 (1969); 66 BverfGE 39, 60-62 (1983) in drugi primeri). Currie navede tudi zanimiv podatek, da to dejstvo priznava tudi eden od vodilnih komentarjev k nemški ustavi, AK-GG (Reihe Alternativkommentare 1984). Currie navaja tudi mnene Fridericha Kleina, ki pravi, da so politična vprašanja tista, ki jih ni mogoče razsoditi z uporabo pravnih norm. Glej F.Klein, *Bunderversfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen* (1966). Glej tudi novejšo študijo, C.Rau, *Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court and des Bundesverfassungsgerichts* (1996). Rau navaja številne druge primere, kjer je sodišče uporabilo določene tehnike samo-omejevanja, ki po svojem bistvu niso daleč od doktrine političnih vprašanj. Glej tudi odlično študijo Kommersa, D.Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (1997), str.50-52.; glej J.Limbach, *The Law-Making Power of the Legislature and the Judicial Review*, v B.Markestein, ed., *Law Making, Law Finding and Law Shaping: The Diverse Influences* (1997); o praksi drugih evropskih držav glej L.Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, v L.Henkin, A.Rosenthal, eds., *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad* (1990); L.Favoreu, *American and European Models of Constitutional Justice*, v gradivu za seminar prof.M.A.Glendon, *Comparative Constitutional Law*, Harvard Law School (1994).

problem, če parafraziram Currieja, ne pa vsebinski, saj oba inštituta delujeta podobno.

Da Krivic problema res ne razume, kaže razprava, ki ji je dal naslov "Vezanost na ustavo in zakon- ali na teoretične doktrine", kjer povsem napačno zaključí, da se pri doktrinah o nedoločanju sodniki sklicujejo na teorije in doktrine, ki ignorirajo ustavo in zakon. Resnica je 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.

Na zelo nizek nivo se Krivic spusti pri trditvi na strani 940, kjer pravi, da mu namesto odgovora ne 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 študiju o teh problemih, ki je danes na voljo. Če je ni prebral ali ima probleme z navedbami v študiji, potem 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". 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. S tem je tudi povezana njegova trditev, da "preveč nekritično sprejemam vse, kar je napisala kakšna pravna avtoriteta". Sam imam ravno nasprotni občutek: da je prav Krivic tisti, ki nekritično povzema iz različnih mnenj "pravnih avtoritet", ne da bi pri tem dovolj premislil o praktičnem pomenu takšnih mnenj v povsem določenem kontekstu. Za inštitut, ki je dokumentiran in opisan v eni vodilnih študij, Krivic trdi, da ne obstaja! Naj potem bralec sam presodi kdo nekritično sprejema pisanje različnih "pravnih avtoritet".

Vse ostale navedbe (str. 940-941) vsebujejo povsem površno in ad hoc seciranje in premetavanje mojega teksta, brez dovolj razvitih in tehtnih argumentov. Kažejo le to, da Krivic teksta ali ni razumel ali pa da ga ni natančno prebral. Ko bo tem nametanim pripombam na straneh od 940 do 941 dodal še kakšen tehten argument, bom nanje odgovoril.