

BOŠTJAN M. ZUPANČIČ*

Dinamični vidik ustave

V stičišču tega družbeno-pogodbenega pravnega fenomena se lahko križajo praktično vsi (svetovni) nazori, se pravi ne samo o pravu kot nečem, kar zares ureja družbo, ampak o življenju in smislu človekovega (so)žitja in (so)bivanja sploh. Ena izmed posledic tega je, da ustava kot temeljni socialni pakt in dokument ne more biti predvsem substancialna opredelitev družbenih namenov in ciljev – razen kolikor so ti zvedljivi na najnižji možni skupni imenovalec v okviru danega Zeitgeista – ampak je predvsem procesni pakt in dokument.

Ustava se vidi s tega vidika predvsem kot pakt o postopku, se pravi o pravilih politične in pravne igre v družbi, pravilih, po katerih se med seboj usklajujejo nasprotujoči si ali vsaj različni strukturirani in individualni interesi v družbi. Ustava, to je tisti način (modus) in so tista temeljna pravila politične igre, ki pomenijo predvsem obliko in način, kako se šele oblikujejo materialne, substancialne odločitve v družbi.

Ustavnost je zato treba pričeti pojmovati ne kot nekaj statičnega z določenimi rezultati, ampak kot nekaj dinamičnega, kot nekaj, kar se v svojih učinkih ves čas spreminja – kakor se pač s spremembo protagonistov in njihovih (z)možnosti spreminjajo rezultati vsake igre, katere pravila so sicer vnaprej, fiksno, določno itd. dana.

Celo po togi Kelsnovi teoriji o državi in pravu velja, da proces »konkretizacije« sicer abstraktnih norm poteka v obratnem sorazmerju z relativno višino norme v piramidnem hierarhičnem sklopu prava *kot sistema*. V tem pogledu konvergirajo tudi najbolj divergentne jurisprudencijske teorije modernega sveta. Pri tem ostane poglavitna razlika med divergentnima kontinentalnim in anglosaškim pravnim sistemom brezpredmetna natanko toliko, kolikor oba sistema pripoznavata eden na skali abstrakcije (namesto konkretnosti) in drugi na skali procesnosti (namesto substancialnosti, materialnosti), da pravne norme pridobivajo na svoji določnosti in praktični odločilnosti, kolikor bolj se oddaljujejo od same ustave.

Toda divergenca med sistemoma postane očitna, ko se postavi vprašanje, kako *premostiti* to razliko med abstraktno oziroma procesno pomenskostjo ustave na eni ter konkretnim oziroma iz te procesnosti rezultirajočo odločitvijo na drugi strani. Materialnopravni koncept ustavnosti, ki razlaga ustavo kot abstraktni substancialni normativni vrh prava kot piramide, v bistvu postulira ugotovitev, da je vsa vsebina prava v ustavi – seveda *in abstracto* – že (vnaprej) zajeta: gre samo za to, da bi se ustava svojemu namenu dosledno »konkretizirala«. Rdeča nit, ki se mora vleči skozi tako konkretizacijo, naj bi bila vsebinska, substancialna norma-

* Dr. Boštjan M. Zupančič, profesor na Pravni fakulteti v Ljubljani.

tivna doslednost. Dosledno izvajanje in implementacija te doslednosti sta seveda možna samo toliko, kolikor je *teleološka* skladnost navzdol (od abstraktnega h konkretnemu) *splah* logično (1) izvedljiva in (2) preverljiva. V tem smislu so kontinentalna ustavna sodišča, ki so po svojem zgodovinskem izvoru, o tem pač ne more biti dvoma, ameriškega izvora, postavljena v nemogoč položaj, ko morajo preverjati, ali je *materialna* vsebina nižjega, bolj konkretnega pravnega akta ne samo logično, ampak tudi *vsebinsko* v skladju (*v kakšnem?!*) z abstraktnimi postulatami ustave kot *materialnega* dokumenta. Tako delo ugibanja ustavna sodišča nagiba k nadomestni *zakonodajni* dejavnosti in je dobesedno prisiljeno v potvarjanje zakonodajne (vsebinske) volje, češ zakonodajalec ni mogel misliti tega, kajti to je v neskladju z ustavo, ampak je moral nameravati to in to, kar pa, nasprotno, jê v skladu z ustavo. Resna debata o spodobnih mejah in meri materialne, torej v tem smislu zakonodajne, pristojnosti ustavnega sodišča je v takih razmerah seveda zelo otežena.

Situacija je bolj pristna seveda tam, kjer so se ustavna sodišča začela. Če gledamo na ustavo predvsem kot na procesni dokument, katerega ambicija je predvsem v določanju pravil igre bolj ali manj ne glede na rezultat in izid te igre, potem je vloga, metaforično rečeno, ustavnega sodišča predvsem v preverjanju teh pravil igre, v tem, da je neke vrste glavni pravni procesni vodja države. Ustavnemu sodišču se ni treba vpletati v konkretne posledice konkretiziranih ustavnih norm, ampak predvsem preverja, ali je do teh konkretnih posledic prišlo po redni poti, skratka ustavno-procesno neoporečno.

Gre torej za dva različna in v marsičem nasprotna si idealna tipa ustave, ki pa izvirata iz dveh diametralno nasprotnih – materialnega in procesnega – tipov prava sploh.

I

Zato je morda smiselno v začetku tega spisa ponoviti temeljne premise o »procesnosti« oziroma »materialnosti« pojmovanja prava. Tako bo morebitni kritiki laže dostopna tudi vsa nadaljnja izpeljava iz teh premis izhajajočih argumentov. Gre za naslednji dve skrajni koncepciji pravnega. Na eni strani je *nam* domača tista koncepcija, ki na pravo gleda kot na sklop materialnih in substancialnih norm, ki *vsebinsko* urejajo potencialno antagonistične, sporne, kontroverzne in konfliktno odnose med ljudmi. Namen norme je tu predvsem, da odloči, kakšna je v sporu tista odločitev sodišča, ki je socialno funkcionalna, pravična, politično oportuna, primerna itd. Pravni sistem sodišč in drugih organov, ki izdajajo najbolj konkretne odločbe, je udejanjati, implementirati to substanco. Ta »politika«, ki je vgrajena v materialnost norm v pravnem sistemu, je zvečine zakonodajnega izvora, ta pa seveda, zlasti na klasičnih področjih prava, izvira tudi iz pravne tradicije, ki gre v kontinentalnem sistemu nazaj vse do rimskega prava in še dlje. Lahko bi rekli, da gre tu za skrajno različico tega, kar na kontinentu imenujemo »oficialnost«, torej za to, da država s svojim pravom »*ex officio*« posega v vse odnose in vsa razmerja v družbi v načelu ne glede na to, ali so ti odnosi konfliktni oziroma ali sploh kličejo po razsodni intervenciji sodne oziroma državne oblasti. V tem smislu je ta oficialni sistem prava neke vrste regulativna mreža, ki posega v praktično vse pore družbe povsod tam, kjer se po mnenju države kaže potreba po tem, da bi bilo treba stvari sploh urejati.

Implicitna premisa takega »oficialnega« pojmovanja prava je določena mera zakonodajne samozavesti. Zakonodajalec mora izhajati iz predpostavke, da je v posesti ne le moči, da svoje odločitve udejanji, za kar ima na svoji strani imple-

mentacijski aparat države, ampak mora predvsem misliti, da ima sposobnost in zmožnost razumeti, kaj je v najširšem smislu te besede sploh »prav« in kaj ne. Ta *regulativna pretenzija* zakonodajalca, politike in države sploh izhaja iz večjega števila zvečine nezavednih predpostavk ne samo o tem, kakšna je dejansko funkcija države, oblasti in avtoritete v pravnem in pravem sistemu sploh, ampak predvsem kakšne so *v resnici možnosti* in zmožnosti s prisilno regulativo urejati odnose v družbi in državi. Verjetno je zato, da bo taka mentaliteta o pravu izhajala prej iz preценjevanja kakor iz podcenjevanja implementacijskih zmožnosti državnega in pravnega sistema. Tu žal ne moremo podrobno razčlenjevati te mentalitete, lahko pa spomnimo, da je bil socializem kot sistem pravzaprav utemeljen na taki substancialni prerogativni, da je prav s pravom skušal do tolikšne mere urejati odnose med ljudmi, da ne bi prihajalo do neupravičenih socialnih razlik, ki ne bi temeljile na primer na delu.

V drugi skrajnosti imamo pretežno procesno, in v tem smislu *dispozitivno* koncepcijo prava, ki mu ne gre toliko za to, kaj je »prav« in kaj ne, ampak predvsem funkcionalno teži – le k vzpostavitvi miru, se pravi k razreševanju konfliktnih odnosov v družbi. Če si predstavljamo, kako je pravo po vsej verjetnosti nastalo, kako se je v primitivni družbi sploh pokazala potreba po pravu, potem to verjetno ni bilo iz omenjenih regulativnih razlogov, ampak iz enostavne potrebe po reševanju socialnega miru v na primer plemenski skupnosti. Substanco plemenskih odnosov so lahko urejali običaji, ki so preprečevali nastanek večjega števila konfliktnih situacij med ljudmi. Če pa so te kljub temu nastajale, težava ni bila toliko v tem, da so *bili* konflikti, ampak v tem, da je to motilo samo delovanje skupnosti. Naloga plemenskega poglavarja v taki situaciji na primer ni mogla biti toliko implementacija take ali drugačne politike in regulative kolikor enostavna pomiritev nasprotujočih si strank. Substancialna regulativa je prišla v poštev pač toliko, kolikor je bila sodna oblast takrat po naravi stvari že zlita z vsemi drugimi oblikami oblasti in kolikor je razreševanje sporov kot svoj stranski proizvod zgolj dajalo priložnost za implementacijo določene politike. Hobbesova liberalna premisa, češ da je v takih primerih šlo predvsem za preprečevanje vojne vseh zoper vse, se pravi za preprečevanje anarhije in za vzdrževanje funkcionalnega družbenega miru, je povsem logična tudi zato, ker je substancialni dejavnik regulative pripadal običajem v antropološkem smislu, se pravi vrednotam, ki jih ljudje doživljajo kot moralo in kot ponotranjene vrednote, šele kršenje katerih je vodilo do sporov in moralne indignacije. V drugem pa je tak pravni sistem toleriral vsakršno nenasilno obliko razreševanja sporov, samo da se je spet vzpostavil socialni mir. Tisti, ki je v sporu sodil, si ni lastil pravice do materialno »pravične« razrešitve spora, lahko bi celo rekli, da je bila taka substanca nepomembna natanko v tistem smislu, v katerem je še danes nepomembna resnica v civilni pravdi, če sta se stranki brez njenega razkritja ali celo ob očitni njeni potvorbi pripravljene pobotati tako, da spora potem ni več. Po gornji metodi skrajnih projekcij idealnih tipov, ki je za pravo primerna, pridemo torej do razpoznave dveh ekstremnih tipov pravnega postopka, pri čemer v prvem prevladuje vsebina, pri drugem pa oblika. Ker vsebina nastaja iz oblike, trdimo, da je prvi drugoten, izveden, drugi pa prvoten, izviren. Gre za to, kako pojasniti razliko med drugim procesnim in prvim substancialnim tipom prava. Izvor te razlike, ki je goli obliki postopka dodala vsebinsko regulativo norme, ne izhaja toliko iz narave prava kot stroke, ampak predvsem iz oblastvene moči, ki je bila v začetku samo potreben pogoj za prisilno udejanjanje, implementacijo rabsodb tistih, ki so spore zgolj oblikovno reševali. V naravi spora je, da preraste v samopomoč med sprotima strankama, če tega ne ustavi še večja sila

tistega, ki spor razrešuje, ali če stvar obrnemo, da se zaradi (državne) prisile spor mora prisilno sodno razrešiti ravno zato, da ne bi prišlo do anarhije. Ta večja sila, ki je bila spočetka potrebna zgolj za implementacijo razsodb v sporih, je kasneje postala temelj in priložnost za vsakršno vsiljevanje tistih regulativno vsebinskih normativnih rešitev, ki so posegale v substanco ne samo sporov, ampak v substanco družbenih odnosov. Tu nas ne zanima nič drugega kot to, da predlagamo ugotovitev, da taka substancialna regulativa ni nujen sestavni del prava kot fenomena razreševanja sporov v družbi. Ali z drugo besedo, lahko si predstavljamo sistem, po katerem tega substancialnega vmešavanja nosilca državne moči v sporne in nesporne odnose in razmerja v družbi – *sploh ne bi bilo*. V skrajno dispozitivnem sistemu prava bi bile vse odločitve zgolj in samo conciliatorne narave, ne bi bilo govora o pravičnosti, čeprav bi še vedno bil govor na primer o (subjektivni) pravici. Po drugi strani pa nam skrajno oficialna različica prava kot družbenega pojava vsiljuje nujno predpostavko o tem, da je tisti, ki to regulativno substanco ljudem oblastveno vsiljuje, v resnici pametnejši, pravičnejši itd. – ker kako bi si sicer lahko lastil prerogative, ki presegajo dispozitivnost volj obeh sprtih strank.

Kot elemente različnosti med obema, pravzaprav radikalno drugačnima pristopoma k pravu, torej lahko naštejemo naslednje:

1. *količina avtoritete in avtoritarnosti* v dojemanju temeljnega postulata prava, pravnosti in pravne države sploh;

2. za to avtoriteto in avtoritarnostjo stoji določena namera enega ali drugega sistema:

a. ena skrajnost v čistem *dispozitivnem* sistemu je *odsotnost* vsake substancialne namere vsebinsko rešiti spor: kakršen koli je že izid spora, država je z njim zadovoljna, če sta poprej z njim sprti stranki zadovoljni;

b. v drugem sistemu, ki je pretežno *oficialen*, gre za to, da stranki spor, podobno kot v dispozitivnem sistemu, ne le morata predložiti v razsojo in presojo z državno prisilo podprtemu sodnemu organu, vsiljena pa jima je tista rešitev, ki je predvsem po volji države: ohranjata torej svojo dispozitivnost ali vsaj, v njenem okviru, velik maneverski prostor;

3. v oficialnem sistemu prava stremijo sodišča in drugi državni organi k ugotavljanju neke vnaprej opredeljene in iz norme izhajajoče resnice. Samo ob predpostavki, da je taka »resnica« odkrita, je namreč mogoče vzdrževati domnevo, da je pravna norma substancialno ustrezna, da pravično in po resnici rešuje substanco svojega predmeta (spora), medtem ko drugi, dispozitivni sistem ne pretendira na resnico oziroma jo ugotavlja zgolj in samo kot sredstvo za razrešitev spora. Iz tega pa sledita še dve radikalno različni usmeritvi obeh sistemov:

a. oficialni sistem, ki s sebi lastno normativno-substancialno dejavnostjo dobesedno *producira* tako selektivno percepcijo in apercepcijo dejstev, je močno podvržen iluziji, da je resnica, ki jo ugotavlja, *objektivna* resnica in ne zgolj produciranje gornjih premis, ki bi ustrezale sintagmi *adequatio intellectus et rei*. Taka normativno sproducirana resničnost potem pogosto velja kot objektivna stvarnost, s čimer je sklenjen začarani krog sistemske pravne samoprevare toliko, kolikor odkrivanje take »resnice«, ki je pravzaprav že vsebovana v svoji normi, samo *producira* določeno realnost, ki nima ne objektivne podlage niti se realnemu dogajanju v družbi prav ne prilagaja. Ker je to v sosedstvu z normativno dejavnostjo, ki ni vezana na konkretno kazuistiko, je jasno, da prihaja do radikalne odtujitve celega pravnega sistema družbeni realnosti ali, z drugo besedo, veliko je norm, ki naslavlajo napačne probleme, probleme, ki so jih v prvi vrsti lahko celo same sproducirale;

b. dispozitivni sistem, če bi bil čist, seveda ne bi zapadel v ta začaran krog, vendar pa se je zakonodajna dejavnost tudi pri njem izločila iz kazuistike, toliko spet, kolikor zakonodajna veja oblasti deluje samostojno. Treba pa je priznati, da je vsaj ta samostojnost *relativna* toliko, kolikor se mora zakonodajna veja ozirati na ustavne in druge sodne normative primernosti, ki izhajajo iz konkretne kazuistike, medtem ko je po drugi strani ta ista dejavnost v *oficialnem* sistemu večji del povsem neodvisna od sodne presoje ustavnosti in ustreznosti, torej medtem ko so sodišča doživljana zgolj kot konkretizatorji teh abstraktnih odločitev zakonodajalca in pravzaprav ne sistemsko in kadrovske nimajo ne možnosti ne nagnjenja, da bi ta od zakonodaje dana stališča spreminjala.

To sproža globlje vprašanje o tem, kateri od obeh sistemov je bolj funkcionalen in, vsaj kar zadeva pravo kot pravo, naraven. Ta problem opredeljujemo kot problem kontaminacije prava z oblastjo oziroma obrnjeno kot vprašanje relativne avtonomnosti prava – od oblasti in politike.

Lahko si zgolj predstavljamo pravni sistem, ki z oblastjo ne bi imel nobene funkcionalne zveze. Ljudje bi svoje spore predložili strokovnim sodiščem in jih (prostovoljno) ubogali, izvrševali njihove sodbe. Brez tega problema *enforcementa*, implementacije, udejanjanja bi se sistem normativnih rešitev antagonističnih družbenih razmerij in odnosov med posamezniki in pravnimi osebami v družbi reševal, recimo temu, predvsem »*strokovno*«. Domet take strukturirane pravičnosti bi bil v bistvu zelo podoben tisti čisti pravni doktrini, teoriji, kakršno zdaj na kontinentu razvijajo univerzitetni, z oblastjo neobremenjeni, profesorji prava. Tu se takoj postavi vprašanje, ali je tak čist sistem sploh možen. Sodnik, ki bi v zadevah presojal, bi namreč ne odločal vedno zgolj po pravičnostnih merilih, med drugim zato ker pravičnost ni nekakšen filozofski sistem, katerega ključ bi odpiral vsa vrata. Prihajalo bi do odločitev, ki bi tako ali drugače predvidevale druge podobne spore, računalo bi se s tako imenovanim Edipovim učinkom, generalno-preventivnim učinkom itd. Skratka, tudi tu bi se uveljavila posebna sodna »politika«, ki bi merila na urejanje antagonističnih razmerij v prihodnosti, iz česar bi se izluščili, kakor se dejansko v zgodovini tudi so, običaji in obličnosti, katerih namen je ob predvidevanju možnih sporov v prihodnost le-te preprečiti vnaprej. Tudi iz tega bi torej rasla strukturirana normativnost, ki bi se plast za plastjo nalagala v skupinsko kolektivno zavest in postajala normativni sistem sui generis. Ta normativni sistem, kakršnega poznamo kot običajno pravo, bi se v najboljšem primeru ponotranjil kot družbena vrednota tako, da do sporov ne bi prihajalo.

Po drugi strani seveda drži, da je prisilna implementacija, udejanjenje, pravnih norm potrebna natanko toliko, kolikor vrednote, ki jih sistem producira, niso dejansko ponotranjene, kolikor se ljudje, z drugo besedo, po njih sami od sebe ne ravnaajo že tako ali tako. Čar običajnega prava je bil prav v tem, da je ob počasnosti razvoja družbe seveda veljalo, da je bilo produciranih in ponotranjenih (introjiciranih) samo toliko norm, kolikor se jih je lahko, iz ene generacije do druge, usedlo v kolektivno zavest. Ko pa začne družbeni razvoj prehitevati in ko nastaja potreba po hitrejšem normativnem, tudi čisto tehničnem urejanju, ki je večja od introjicijske zmogljivosti normativnega ponotranjenja, je jasno, da mora priti do take normativne (zakonodajne) produkcije, ki zdaleč prehiteva introjicijske zmogljivosti človeka kot normo ponotranjujočega bitja.

S tem pa nastane nevarnost, da bodo na hitro sproducirane norme socialno neustrezne in da se torej v resnici ne bodo ponotranjile. Kolikor bolj so te norme v tem smislu umetne in kolikor manj se v resnici in spontano ponotranjajo v kakšni družbeni skupnosti, toliko več prisilnega udejanjanja je potrebno, da bi, čeprav

precej na videz, pravni sistem sploh imel smisel. Tu imamo opravka z novim začaranim krogom, katerega nasledki so nam še predobro znani.

V vsakem pravnem sistemu imamo torej dve najbolj splošni sestavini. Prva je sporazrešujoča (conflict resolution) sestavina, ki izhaja iz potrebe po razreševanju sporov v skupnosti in s tega vidika vzdrževanja družbenega miru. Kolikor raste pravo iz tega vira, je pravo kot sistem organskega izvora, je v tem smislu naravno in običajno. Druga sestavina se nadgrajuje na to organsko sestavino, je bolj ali manj umetna, regulativna in zakonodajna sestavina, ki na določen način izkorišča sporazrešujočo sestavino in tako razvojno (filogenetsko) kakor tudi funkcionalno na umeten, regulativni način nadgrajuje svojo organsko predhodnico.

Mnogo vprašanj tu je take narave, da bi zahtevala ekspertizo sociologov prava, kulturnih antropologov (etnologov) in pravnih zgodovinarjev. Z ustavnopravnega in pravnofilozofskega stališča pa nam gre le za to, da postavimo določeno teorijo, katere empirične verjetnosti sicer ne znamo preveriti, lahko pa postavimo vprašanje o njeni razlagalni vrednosti. To razlagalno vrednost lahko predočimo, za začetek povsem poskusno na nekaj načinov. Ker je osrednje vprašanje tu, torej os, okoli katere se vrti vsa pričujoča razprava, pravzaprav umetnost oziroma organskost prava kot družbenega pojava, je osrednje vprašanje tu tisti stik prava z družbeno realnostjo, ki je pristen in raste organsko iz nesoglasij, ki jih ima pravo za nalogo razreševati, ali pa pravo vsiljuje v drugi skrajnosti odtujeno regulativo, katere vrednostni temelji ne izhaja iz dejanskega družbenega pojava, ki je njen adresat. To se pokriva z nekaterimi sociološkimi teorijami, ki postulirajo vrednote kot (dis)funkcionalne in ki zaradi te svoje dvojnosti, če so funkcionalne, krepijo normativno integracijo oziroma če so disfunkcionalne, to normativno integracijo slabé in povzročajo anomijo. Avtoritarni, oficialni koncept prava izhaja iz državnega monopola (pre)moči in družbi kot sistemu sicer ima za možnost vsiljevati svoja stališča, vrednote in rešitve, ne more pa je prisiliti, da bi te vrednote ponotranjila. Kadar gre taka koncepcija v svojo ekstremno različico, dobimo arbitrarne in voluntaristične učinke, kakršnih smo navajeni iz socialističnega sistema, katerega bistvo, vsaj pri nas, je bilo neke vrste socialno eksperimentiranje, ki je bilo družbi kot umetno vsiljeno. Nekaj podobnega pa se pravzaprav godi v vsaki diktaturi, ker je zanj skušnjava izrabe prava v svoje namene, se pravi za udejanjanje svoje vizije družbe, premočna, da bi se ji lahko izognili. Naraščati prične razlika med resničnim družbenim stanjem na eni strani in med postuliranim stanjem, kakršno v družbo projicira zakonodaja. Če stvar obrnemo, pridemo do sklepa, da v resnično demokratični družbi, v kateri je sama zakonodaja izraz realnih družbenih vrednot in razmer, do take skrajnosti sploh ne more priti. Morda je bil to razlog, na primer, da ameriški ustanovodajalci niso predvideli precedenčnega učinka sodb v tistih primerih, v katerih ni bila podlaga za sodbo resničen spor, t. i. case and controversy clause. Lahko bi celo rekli, da je sistem, ki ohranja odprte te precedenčne kanale povratnega vpliva pri sodni kumulaciji normativnega nalaganja, v tem smislu bolj demokratičen.

Ustavnopravno gledano gre pri razlikovanju med oficialno in dispozitivno koncepcijo prava za vprašanje, koliko je država pripravljena uporabljati svojo prisilo nad prebivalstvom za to, da bi nasilno in umetno udejanjila določeno svojo v zakonu normirano vizijo rešitve določenega (od države zaznanega) družbenega problema. V kazenskem pravu je to nadvse očitno takrat, ko država kot kaznivo dejanje inkriminira določeno obliko ravnanja, na primer iz ideoloških razlogov, ki v resnici sploh ni družbeno škodljivo. V kriminologiji je sprejeto mnenje, da so take inkriminacije kontraproduktivne, da se ne integrirajo, da imajo anomičen učinek.

Čeprav mamila niso najboljši primer za to, je verjetno, da bo država zaradi splošne družbene situacije svojo bitko z mamili izgubila, ker zgolj normativno poskuša reševati problem, katerega korenine so v splošni družbeni anomiji. Boljši primer so t. i. victimless crimes, pri katerih iz sicer inkriminiranega dejanja ne sledijo nikakršne konkretne škodljive posledice, saj gre le za oficialno vizijo deviantnosti, ki naj jo kazenski zakon le implementira. Nauk, ki ga iz tega lahko potegnemo, je, naj bo zakonodaja, če že mora inkriminirati določena ravnanja, kar najbolj empirična, naj izhaja iz konkretnih družbenih zapletov, ki jih posamezna ravnanja povzročajo – ne pa iz nedokazanih precej ideoloških predpostavk o tem, kaj je za družbo škodljivo; mora zato, ker se to nekomu v zakonodaji zdi na primer nemo-ralno.

V taki situaciji, značilno, bi dispozit, oblika prava naslavljala predvsem tiste konkretne probleme, katerih družbena škodljivost bi bila specifično pred posameznim sodnikom izkazana. Najbrž ni naključje, da je imel v anglosaškem sistemu še do nedavnega kazenski sodnik za naše pojme nepojmljivo široko diskrecijsko pravico pri izrekanju kazni: sistem je izhajal iz tradicionalne predpostavke, da je konkretni kazenski sodnik tisti, ki primer dovolj dobro pozna, da npr. pri pogojni obsodbi sam postavlja v zakonodaji povsem nepredvidene pogoje, pod katerimi se zapovedana kazen npr. ne bi izvršila. Precedenčni sistem prava pa vsebuje tudi možnost, ki veliko nazorneje dokazuje možnosti za bolj specifično primerno formulacijo doktrin, katerih funkcionalnost je potem zapisana v pravnem precedensu, preverjena pa v kasnejši aplikaciji doktrine, kakršno je bil konkreten sodnik v konkretnem primeru dobesedno prisiljen formulirati zato, da bi rešil pravno vprašanje, ki ga je konkretni primer predenj postavljal. Slaba stran takega načina nastajanja pravnih doktrin je izkazana v tem, da ne pride do poglobljene teoretične konkretizacije, ampak da cel sistem ostaja na bolj ali manj površni ravni analognega mišljenja. Ko se namreč v prihodnosti spet pojavi podoben pravni problem, potem sodnik, običajno na pobudo ene izmed strank, analogno uporabi precedens, učinki katerega so na koncu sicer lahko pravno ustrezni, ne prihaja pa do poglobljene konceptualizacije, kakršne smo navajeni iz pretežno oficialnega kontinentalnega sistema, v katerem to konceptualizacijo opravljajo profesorji prava. Dobra stran tega pa je spet, da sistem prav zaradi svoje pojmovne nedorečenosti ostaja open textured, medtem ko je kontinentalni sistem v stalni nevarnosti, da ostane zaprt v svoje teoretične konstrukte.

Avtoritarnost oz. demokratičnost enega ali drugega sistema se torej ne kaže samo v splošni mentaliteti glede tega, kaj sploh je funkcija države in koliko naj država ima možnost s svojo relativno odtujeno zakonodajno funkcijo pravnemu sistemu vsiljevati praktično vse zgornje premise. V veliki meri gre namreč tudi za to, kolikšen del te normativne dejavnosti je z zakonodaje prenesen na sodno vejo oblasti. Sodna veja oblasti namreč na nobenem pravnem sistemu ne figurira kot veja, ki bi samoiniciativno izdajala ukaze, marveč je reaktivna v tistem smislu besede, ki pomeni, da se njena oblastvenost kaže skoraj izključno samo v odzivanju na probleme, ki jih stranke v sporu kot neodvisne spremenljivke prenašajo sodni oblasti v presojo in razsojo. Znani ameriški pravni teoretik Bicher je zato sodno vejo oblasti poimenoval kot »najmanj nevarno« v glavnem zato, ker nima možnosti, da bi družbi samoiniciativno vsiljevala svojo avtoriteto. Iz tega izvajamo tudi sklep, da je prenašanje oblasti na sodno vejo po svojih učinkih ne le demokratično – to še toliko bolj, ker zmanjšuje prevelike ingerence zakonodajne in izvršne oblasti – v glavnem pa zato, ker ostaja v stiku z dispozitivno realnostjo družbene problematike, to je, nima možnosti, da bi družbi vsiljevalo svojo »vizijo« česar

koli. Ko smo že pri nevarnosti posameznih vej oblasti, povejmo še to, da je od vseh treh vej prav gotovo najbolj nevarna, ker se najlažje odtuji demokratičnemu procesu, prav izvršilna veja oblasti, medtem ko je nasilje zakonodajne veje nekoliko bolj vezano na omejitvene učinke demokratičnega procesa. Tako izvršilna kot zakonodajna veja pa sta izrazito izpostavljeni nevarnosti, ki smo jo imenovali »oficialnost«, ravno zato ker sta v primerjavi s sodno vejo oblasti relativno odtujeni adresatu svojih normativnih projekcij.

II.

Če je pravo pretežno procesno takrat, ko deluje in posluje brez vnaprejšnje danosti, formalne in dejanske sposobnosti in izenačenosti svoje implementacije, skratka brez tistih značilnosti, ki jih navajajo za esencialne elemente pravnosti (Unger 74), se postavlja vprašanje, kaj od običajne koncepcije prava sploh še ostane, če ga pričenjamo zdaj dojemati bolj procesno, dinamično in če se manj zanašamo na njegovo formalno vnaprejšnjo danost ne glede na to, ali je govor o »lex certa« ali o načelu legalitet, kakršno poznamo v njegovi najbolj skrajni različici v kazenskem pravu. Zato je prav, da si pobljže ogledamo prav ta dejavnik legalitete, ki vsaj v kontinentalni Evropi velja za nosilni steber pravne predvidljivosti in s tem pravne varnosti.

Mit o vnaprejšnji in gotovi danosti in abstracto izglasovane norme je seveda utemeljen v semantični določnosti, ki naj bi bila fiksirana v pisani in objavljeni besedi. Toliko, kolikor je ta določnost tista vnaprej določena oblika, ki naj determinira vsebinske odločitve takrat, ko je norma aplicirana, je pravo po svoji naravi gotovo formalna in formalistično-semantična veda (Ihering). Globlja filozofska in celo metafizična vprašanja (Heidegger) se sprožajo ob postavitvi te podmene, te predpostavke. To, kar je tudi očitno, pa je nekaj drugega. Že sama izbira gornje premise pravnega silogizma je namreč predeterminirana z njenim obstojem kakor tudi selektivna percepcija, ki ločuje od nebistvenih tista bistvena dejstva, ki so taka v luči tako izbrane gornje premise. Poleg tega rekombinacije gornjih premis, ki so nujne, da bi se našla konkretnosti ustrezna pravna norma (kombinirana!), dokazujejo, da je bistvo mita o »lex certa« v najboljšem primeru danost ene črke abecede, ki se kombinira z drugimi črkami v ustrezno (kakor površen izraz!) gornjo premiso – nikakor pa ne vnaprejšnja danost in določnost točno tiste norme, ki je potem – torej *ex post facto* – izbrana za gornjo premiso silogizma, s katero sodnik, tudi *ex post facto*, utemelji svojo sodbo.

ANTON GRIZOLD*

Razpotja nacionalne varnosti

Slovenija in sodobna varnost

Na začetku tretjega tisočletja je sodobna civilizacija na svetovnozgodovinskem razpotju (Mc Murtry, 1991: 415). Varnost kot ena od njenih prvih je bila kot ideja,

* Dr. Anton Grizold, docent Fakultete za družbene vede v Ljubljani.