

PRAVNI VIDIKI POLITIKE IN GOSPODARSTVA

Povzetek. *Avtor uvodoma opredeljuje pojem politik in politikanstva in kratko prikaže razvoj razmerij med gospodarstvom in državo. Temelj razmerij je v ustavno opredeljenih svoboščinah, zato avtor opozarja na pomen njihove interpretacije. Poseganje v podjetniške pravice je treba interpretirati z ustavnimi svoboščinami, ob upoštevanju sorazmerja med javnim in zasebnim interesom, ravnanja se presojuje glede na pravne posledice, poseganje v pravice je pridržano izključno le zakonu, kar temelji tudi na načelu delitve oblasti. Posebna pozornost je posvečena zakonom ukrepanja, ki so značilni za obdobje kriz, pri nas tudi v tranzicijskem obdobju. Posebnosti v omejevanju podjetniških pravic pojasnjuje z nemško "stopenjsko teorijo", s tradicionalnimi objektivnimi in subjektivnimi omejitvami, z davčnim poseganjem in dajanjem pogosto spornih subvencij. Za izboljšanje stanja v pravu predlaga uvedbo racionalnega prava, pri sprejemanju zakonov simulacijo predpisov in načelo sorazmernosti ter previdnost pri uporabi nedoločenih pojmov in prostega preudarka. Na koncu daje nekaj predlogov za izboljšanje stanja v pravosodju.*

Ključni pojmi: *politike, gospodarstvo, država, pravo*

Uvod

Naslov sestavka je lahko sporen, če pojmujeemo politiko kot umetnost upravljanja z državo ali drugo skupnostjo in se vsi postopki upravljanja v organiziranih oblikah družbene akcije odražajo v težnji uresničevanja družbenih interesov in splošnih zadev skupnosti. Na ta način postanejo določena razmerja "politična" na temelju zavestnega, več ali manj organiziranega vzajemnega delovanja subjektov, nosilcev teh interesov. S pojmom politike so se ukvarjali že v antiki, najbolj znano delo je Aristotelova "Politika", ki je politiko opredelil kot znanost in prakso, politika raziskuje različnost empiričnih oblik oblasti v državi, torej je znanost o naravi, funkciji in ciljih neke skupnosti. Več ali manj se tudi kasnejši avtorji opirajo na Aristotelova izhodišča in lahko zaključujemo, da se kot neposredni minimalni cilj politike v pozitivni ureditvi razpravlja z vidika rezultata prisilne organizacije moči, ker je cilj (javni red, ureditev) istoveten z močjo države.

* Dr. Janez Šinkovec, redni profesor Pravne fakultete v Ljubljani, upokojeni sodnik Ustavnega sodišča Republike Slovenije.

Drugače pojmuje "politikantstvo" s katerim se opredeljuje ravnanje nasprotno javnemu, splošnemu interesu, kjer se zasledujejo strankarski interesi, predvsem zaradi zadovoljevanja ožjih skupinskih interesov v obliki zakulisnega ravnanja, spletkarjenja in zlasti zasledovanja materialnih interesov. V normalnih razmerah je politikantstvo moralno in politično obsojano, opredeljevanje pa je lahko težavno, ker je praviloma prikrito z domnevnim splošnim interesom. Tako ravnanje je pogosto pogojeno z željo za pridobivanje glasov volivcev, neredko pa tudi kaže na skrajno pomanjkanje urbanizacije.

Naša ustava izhaja iz svobode podjetniškega ravnanja (74. člen). Iz določbe tretjega odstavka tega člena, ki poudarja, da so prepovedana dejanja neloyalne konkurence in dejanja, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco. Iz te določbe izhaja ugotovitev, da ustava opredeljuje tržno naravnano gospodarski sistem. Pregled nekaterih zakonov, npr. zakona o kontroli cen, postavlja take ugotovitve lahko pod vprašaj.

Kratek pregled pojmovanja položaja podjetništva nam pokaže razvoj skozi zgodovinska obdobja. O pravnih problemih podjetništva so začeli razpravljati že v srednjem veku ob naraščanju meščanstva, kar je vodilo do nasprotij med fevdalno ureditvijo in zahtevami mest. Gospodarsko pravo je bilo sprva domena mestnega prava, s pomembnimi cehovskimi elementi. Mesta so neredko določala cene proizvodov, kvaliteto ponudbe in podobno. Kasneje so na podlagi teh izkušenj začeli s kodifikacijami civilnega in trgovskega prava. V nadaljevanju bomo opozorili na glavne razvojne elemente gospodarskega prava.

Pomembna je liberalistična teorija (Smith, Maltus, Ricardo itd.), ki pri urejanju gospodarstva ni dajala prednost državi, pač pa posamezniku. Državo so več ali manj šteli kot vsoto posameznikov, temelj razmerij sta posameznik in svoboda njegovega ravnanja. Moto liberalizma je bil, da naj si človek pomaga sam in naj se ne zanaša na pomoč države. Uveljavljal je svobodo gospodarskega delovanja in svobodno izmenjavo dobrin med državami.

Svobodno konkurenco je Smith štel kot nujen izvor harmonije, država naj se vzdrži posegov v gospodarstvo. Srednji vek je uveljavil vrsto privilegijev cehov, patronat države in cerkve, sinekure, omejitve v prometu blaga in storitev s posebnimi davščinami ipd. Zato je liberalizem uveljavljal zahtevo po enakosti subjektov, zahtevo po opredelitvi pravic v katere naj država ne posega, zlasti naj bi preprečili samovoljo državnih organov in zagotovili varnost posameznika. Po prvi svetovni vojni se je liberalistična teorija pojavila v obliki neoliberalizma, ki ima še danes močan vpliv. Tudi za neoliberalizem je individualna svoboda v tržnem gospodarstvu s popolno konkurenco glavni cilj. Konkurence ne šteje več za "naraven pojav", priznava potrebo po državnem urejanju, vendar naj bi bilo zakonsko urejanje države čim manjše, opredeljeni naj bi bili predvsem temelji, ki bi zagotavljali učinkovitost in potrebe nacionalnega gospodarstva. Večji spopad z neoliberalizmom je bil v času svetovne krize, ko je postala intervencija države nujna (Keynes). Opuščamo opis stanja v "socialističnih državah" po drugi svetovni vojni, saj so ti pogledi dovolj znani. Sodobne demokratične, socialne in pravne države izkazujejo precejšnje nezaupanje v "preveč države". Te ustave izhajajo iz subjektov (fizičnih in pravni oseb), ki jim država zagotavlja vrsto pravic in svoboščin. Ustavne svo-

boščine in pravice namreč veljajo tudi za pravne osebe, seveda le tiste, ki se smiselno lahko uporabijo. Zagotovljena naj bi bila svoboda ravnanja, omejitve so izjeme, zahteva se nujna potreba v splošnem interesu, zato države ni mogoče zamenjavati s stanjem v kurji farmi, kjer naj bi frčalo perje....

Če so ustavne pravice in svoboščine temelj zakonodajnega urejanja položaja vseh subjektov, je potrebno nekaj besed o interpretaciji teh pravic in svoboščin, saj prav na tem področju prihaja do "politikantskih" pojmovanj in njihove rabe v zakonih.

Interpretacija ustavnih pravic in svoboščin

Osrednji problem pri urejanju zakonodaje in odločanju v posamični zadevi je pravilna interpretacija ustavnih pravic in svoboščin. Za ustavne pravice je značilna humanistična interpretacij, uporablja se zgodovinski razvoj nekega instituta (filozofija, sociologija, politika) in idejna izhodišča sodobne pravne kulture (primerjalno pravne metode, mednarodni pravni akti), kar vse je pripeljalo do nekega ustavnega instituta. Te metode so zlasti pomembne, če se zakonodajalec ali državni organ v posamičnem odločanju poslužuje ozke interpretacije, čeprav velja splošno sprejeto pravilo in dubio pro libertate (v dvomu za svobodo). Nedvomno so pravice kompleksen sistem, posamezne pravice ni mogoče obravnavati izolirano, temveč v vseh njenih povezavah. Tako na primer svobodo podjetništva povežemo s temeljno opredelitvijo svobode podjetništva (74. člen ustave) in z njo povezanimi svoboščinami kot so pravica do združevanja (42. člen), prosta izbira poklica (49. člen); ustavne določbe o lastnini (33. člen) in posebej o socialni, ekonomski in ekološki funkciji lastnine (67. člen). Zato se glede razlaganja ustave poudarja sistemska interpretacija prava. Mnogi teoretiki zavračajo zgodovinsko interpretacijo, ker naj ne bi bila uporabna glede na dinamični razvoj, potrebno je uporabiti sedanje pojmovanje, ki se velikokrat razlikuje od pojmovanj v preteklosti. Tako najbrž ni utemeljeno sklicevanje na pridobitev premoženja s cesarskimi dekreti in trditi, da gre za pridobljeno pravico, čeprav je bilo to premoženje že zdavnaj odkupljeno (cerkveni gozdovi). Pomembno je trenutno, v svetu splošno sprejeto pojmovanje. Vrsto pravic se lahko glede na svetovnonazorsko ali versko pojmovanje razlaga zelo različno, zato se v primerih sporne interpretacije sklicujemo na mednarodnopravno uveljavitev pojmovanj, zlasti pa tudi glede na določbe Evropske komisije in sodišča za pravice človeka (evropski standardi). Sodobna država bi morala biti svetovnonazorsko in versko nevtralna. Vrednostna teorija o pravicah poudarja, da gre za temeljne vrednote, ki so namenjene tudi integraciji države. Predstavljajo objektivno normo, ki ji daje humanistično pojmovanje podlago. Demokratično - funkcionalna teorija vidi v pravicah njihovo javno in politično funkcijo. Teorija socialne države poudarja zahtevo po socialnih storitvah države. Vsekakor ni mogoče pravic opredeljevati le po eni izmed naštetih teorij. Večinsko mnenje je, da so potrebne liberalistične, socialne in demokratične komponente.

Poseganje v pravice

Posamezne ustavne pravice predstavljajo kompleksna razmerja, ki najpogosteje zahtevajo normiranje z zakoni. Pravice zajemajo tudi zasebna ravnanja ljudi, ki pa niso izolirani posamezniki, delujejo v družbi, stopajo v razmerja z drugimi, zato so za ravnanja posameznika zainteresirani tretji in družba kot celota. Pri pravnih osebah (gospodarstvu) je treba varovati varnost v pravnem prometu, ter varstvo zdravja in življenja zaposlenih, okolja in porabnikov.

Poseg v ustavno pravico načelno ni prepovedan, izpolnjena morajo biti jamstva, ki jih daje načelo o pravni državi. Ob vsakem posegu je treba tehtati zasebni in javni interes, ter interes tretjih (načelo sorazmernosti). Analiza utemeljenosti posega poteka v več etapah. Najprej je treba ugotoviti, ali ravnanje (stanje neke dobrine) predstavlja dejanski stan posega v neko pravico, pri čemer uporabljamo pravila o interpretaciji ustave. Nato je treba ugotoviti, ali je nekdo (državni organ, tretji) posegel v pravico. Poseg je možen le na temelju zakona, ki je tak poseg opredelil povsem določno, poseg ne sme biti v nasprotju z ustavo in mora biti skladen z javnim interesom ter z njim sorazmeren. Poseg ni dopusten, če ni skladen z načeli pravne države (zaupanje v pravo, pravna varnost). Poseg je lahko blažji, če dobi prizadeti neko izravnavo, uveljavljena naj bi bila kompenzacija. Tak primer je ob razlastitvi, ko država poseže v lastninsko pravico, vendar zagotovi odškodnino. Evropska konvencija o pravicah človeka (EKPC) poudarja v 50. členu pravično zadoščenje.

Protipravne posege je treba sanirati z naturalno restitucijo (vzpostavitev prejšnjega stanja), z odškodnino ali neveljavnostjo protipravnega ravnanja (ničnost dokazov v kazenskem postopku, če so bili pridobljeni protipravno).

Država lahko uresniči socialne pravice s storitvami, sprejetimi v posebnih zakonih. Zato vsako normiranje pravic z zakonom ne pomeni posega v ustavno pravico.

Ravnanje oseb je lahko omejeno tudi s splošno sprejetimi moralnimi pravili (tudi poslovna morala). Nemoralna ravnanja so zlasti opredeljena v kazenskih predpisih, poslovna nemoralna pa v civilnem pravu (glej generalne klavzule o vestnosti in poštenju, prepovedi zlorabe pravic, dobrem gospodarjenju ipd). Načelo socialne države opravičuje določene posege v nekatere pravice. Taki posegi se npr. lahko nanašajo na zagotavljanje varnosti v pravnem prometu (višina osnovnega kapitala), na varstvo zaposlenih, okolja in potrošnikov, s čimer se posega v svobodo podjetništva). Tako so lahko dane podjetništvu subjektivne omejitve (zahtevana strokovna izobrazba) ali objektivne (omejena proizvodnja z določenimi snovmi, določenimi tehnološkimi postopki ipd). Svobodo podjetništva (74. člen ustave) je mogoče razdelati v več smereh (ustanavljanje podjetij, pogodbeni in poklicni svoboda, konkurenca ipd). Socialna država posega v omejevanje lastninske pravice (socialna funkcija lastnine), določa različna javna bremena glede na materialni položaj subjekta, vendar ne v toliki meri, da bi bila gospodarska dejavnost nesmiselna ali da bi se lotila premoženjske substance.

Nedvomno je vsak poseg v ustavno pravico strogo vezan na urejanje z zakonom (2.odstavek 15. in 87.člen ustave), govorimo o zakonskem pridržku. Za vsak

poseg v pravico s strani državnega organa z individualnim aktom mora biti temelj dan v zakonu, poseg ni mogoč s podzakonskim aktom, čeprav se slednje pri nas neprestano dogaja, kljub številnim odločbam Ustavnega sodišča.

Pri morebitnem posegu v pravice se najpogosteje presoja sklepno (finalno) ravnanje, presojamo pravno posledico državnega ukrepa (zlasti pri omejevanju lastninske pravice). Poseg mora pravico prizadeti praviloma neposredno z državnim aktom na podlagi moči države (prisila), taki akti so najpogosteje enostranski. Pri sklepanju javnopravnih pogodb se lahko državljan odpove neki pravici (volenti non fit iniuria). Pri upravnih aktih je zagotovljena pravica do pritožbe in tudi sodno varstvo, po izčrpanju vseh pravnih sredstev je dopustna tudi ustavna pritožba, če gre za kršitev ustavne pravice.

Poseg v pravico najpogosteje vsebuje zapoved ali prepoved, zakon predpiše način ravnanja. Pri poseganju v pravice subjektov so lahko uporabljene posebni akti, kot so na primer prostorsko ureditveni akti (z njimi se npr. določa namen rabe prostora in se s tem omeji svobodno ravnanje) ali akti Banke Slovenije zaradi varovanja državnih monetarnih interesov ipd. Pravni akti lahko nekoga prizadenejo tudi posredno. Če da država nekemu gospodarskemu subjektu subvencijo, prizadene druge subjekte, znajdejo se v materialno neenakem položaju, prizadeta je svobodna konkurenca. Če država razlasti nepremičnino gospodarske družbe, lahko pade vrednost delnic, zmanjšana je pravna varnost upnikov in delničarjev.

Zakonodajalec utemeljuje poseg v pravico z javnim interesom, temu naj bi bil podrejen zasebni, kar je v načelu lahko sprejemljivo, vendar le ob pogoju, da je upoštevano načelo sorazmernosti, ki določa meje poseganja. Tehtanja interesov, ki so v igri, morajo upoštevati določena jamstva pravne države (določnost posega, zagotavljanje pravnih sredstev, sodnega varstva ipd.).

Že večkrat je bilo omenjeno temeljno pravilo, po katerem je možen poseg v ustavno pravico le na podlagi zakona. Zakonska določba mora biti povsem jasno opredeljena, ne more dopuščati arbitrarnosti organov, ki bi o tem odločali. Subjektom mora biti jasno, katere ukrepe lahko državni organ sprejme ob povsem določenih pogojih (načelo zaupanja v pravo, predvidljivost državnega ukrepanja, pridobljene pravice). Zakon lahko daje upravnemu organu določeno diskrecijsko pravico v odločanju, vendar je ta pravica po pojmovanju pravne države omejena, zlasti s tem, da mora biti možna sodna presoja odločitve, temeljiti mora na pravilno ugotovljenem dejanskem stanju, ukrep mora biti skladen in sorazmeren z namenom zakona. Zakon, ki ureja posege v pravice, mora biti abstrakten in splošen, ne more biti namenjen rešitvi individualnega primera, saj bi bilo s tem kršeno načelo enakosti pred zakonom.

V zvezi s tem je potrebno omeniti zelo sporne "zakone ukrepanja", ki se nanašajo največkrat na socialne in gospodarske probleme. V teh primerih pomeni zakon sredstvo za uresničenje konkretnega načrta. Praviloma posegajo na ožje področje, morajo biti pa še vedno splošni in abstraktni, saj sicer kršijo načelo enakosti pred zakonom (14. člen ustave). V bistvu največkrat predstavljajo suspenz splošnih zakonov ali privilegiranje nasproti splošnemu pravnemu redu. V tujini se taki zakoni sprejemajo za razrešitev nujnih primerov (naravne in druge katastrofe, socialne intervencije v času kriz). Pri nas so pogosto zakoni ukrepanja vprašljivi,

ker uveljavljajo posebna pravila, ko bi lahko uporabili splošno veljavna (npr. specialni predpisi o sanaciji bank namesto uporabe pravil o prisilni poravnavi in s tem razrešitev vloge vlagateljev; podobno grozi lastninjenju zavarovalnic, čeprav so vlagatelji znani, ne gre za nenominirani kapital ipd.).

Posebej so lahko vprašljivi zakoni ukrepanja, če negirajo splošna pravna pravila. Tako je zakon o lastninskem preoblikovanju podjetij postavil domnevo, kdaj je družbeno premoženje oškodovano, deževale so ugotovitve SDK, določeni krogi pa so se in se še hudujejo, ker ni bilo kazenskih postopkov.

Teh ni moglo biti, saj se kazenski postopek lahko uveljavlja le na podlagi utemeljenega suma, ne pa na domnevi (pravna varnost subjektov). Podoben primer je bil zakon o zaključku lastninjenja in privatizaciji pravnih oseb v lasti Slovenske razvojne družbe, ki je grobo kršil ustavno pravico o domnevi nedolžnosti in tudi sicer vnesel neverjetne "novote" v klasične pravne kategorije kot je avtonomnost pravnih oseb. Pokazalo se je, da se prav pri zakonih ukrepanja (*Massnahmen-gesetze*) najpogosteje pokaže "politikantsvo" in lahko zaključimo, da je uvajanje neverjetnih novosti, mimo utrjene mednarodno uveljavljene pravne civilizacije odraz politikantskega ravnanja.

Ukrepi, s katerimi se pravice omejujejo, morajo temeljiti na predhodnem tehtanju javnega in zasebnega interesa, morajo biti sorazmerni javnemu interesu in tudi nujni in potrebni. Omejitev ni dopustna, če se javni interes da doseči na drug način, mimo omejevanja pravic. Namen in sredstvo morata biti skladna.

V bistvu torej velja načelo ustavnosti na katerega je zakonodajalec vezan, državni organi pa tudi na zakon. Načelo ustavnosti in zakonitosti je imperativ sodobne evropske civilizacije. Zato nas lahko čudi izjava dr. Pučnika v Slovenskih novicah (26.11.1999), ko je dejal: "Slovensko pravosodje bi moralo motivirati sodnike in vplivati nanje, da sprejemajo sodbe tudi tam, kjer ni jasnih zakonskih okvirov. Vrhovno sodišče naj zatem preverja skladnost sodb in odločitev z veljavnim pravnim sistemom." Izjava je v direktnem nasprotju z ustavo. Ustava v 28. členu določa, da nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo storjeno". Apelira na uporabo anglosaksonskega sistema, ki pa tudi ni tako brezbrizen za stara načela *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, lex certa* itd. Izjema od tega strogega pravila je določena po izkušnjah na nuernberškem procesu v drugem odstavku 7. člena EKPČ, da gornje pravilo "ni ovira za sojenje ali kaznovanje oseb za kako storitev ali opustitev, ki je bila v času, ko je bila storjena, kazniva po splošnih pravnih načelih, ki jih priznavajo civilizirani narodi". Tako stališče je imelo tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije glede kaznivih dejanj, ki jih je določila Titova uredba o vojaških sodiščih (OdlUS III - 33). Prenašanje takih idej v sedanji čas bi ogrozilo pravno varnost ljudi, omogočeno bi bilo arbitrarno (samovoljno) ravnanje državnih organov.

Posebnosti v omejevanju podjetniških pravic

Materialna merila, ki omejujejo poklicno in podjetniško svobodo, je opredelilo Ustavno sodišče ZR Nemčije s "stopenjsko teorijo". Teorija opozarja na pravno državo in načelo sorazmernosti ukrepanja. Zakonsko urejanje je vsebinsko toliko bolj svobodno, čim bolj je čisto izvajanje pravic. Ustavne pravice mora zakonodajalec varovati, omejitve lahko temeljijo le na zakonu ob hkratnem splošnem interesu. Na prvi stopnji je mogoče poseči v svobodo z omejevanjem, če to narekuje resno tehtanje splošnega interesa in je taka omejitev tudi smiselna. Omejitev je lahko le tolikšna, kolikor je nujno potrebno za varstvo pomembnega splošnega interesa, ne sme se uvajati nesorazmernih ukrepov (npr. prenehanje podjetja ali institucije, kot nekateri predlagajo za nekaj zavarovalnic). Tak interes mora biti izkazan s skrbnim tehtanjem splošnega interesa in individualne pravice subjekta. V drugi stopnji se obravnavajo subjektivni pogoji za omejitev poklica (gospodarske dejavnosti).

Gre za urejanje posebnega dela pravnega reda, ki na določen način omogoča dostop do poklica (dejavnosti), predvsem gre za določanje kvalifikacij za izvajanje poklica (dejavnosti), zlasti na področjih, kjer je lahko ogroženo zdravje in življenje ljudi. Na tretji stopnji se presoja, koliko je lahko dostop do pravice omejen, dokazana mora biti nevarnost ali visoka stopnja verjetnosti, da bi bila pomembna skupna dobrina v nevarnosti. Ta teorija sili zakonodajalca k racionalnemu razmišljanju in argumentiranemu odločanju. Ustavno sodišče na to sklepa iz pripravljanih dejavnosti v parlamentu, neredko v njih ni najti kaj prida gradiva o spornem vprašanju.

Odločitev o omejevanju podjetništva mora temeljiti na proučenih dejanskih stanjih. Poseben problem nastaja pri spreminjanju pogojev za opravljanje dejavnosti, s čimer so lahko prizadeti nosilci pravice. Teh pravic ne morejo izgubiti kar čez noč (pridobljene pravice), problem je treba razrešiti s prehodnimi določbami zakona (da za njih sprememba ne velja, ali se določi daljši rok za doseg novih pogojev, naša praksa ni skladna s tem pravilom, zna pa biti še huje ob prevzemanju evropskega prava).

Pri nekaterih dejavnostih obstoje tradicionalne omejitve, ker so trajne, zaradi varovanja splošnega blagostanja (zdravstvo). Danes je več dejavnosti, ki posegajo v splošno blagostanje, upoštevati je treba gospodarsko in socialno realnost. Dejansko se stanje stalno spreminja, vedno obstoje določene negotovosti, zato zakonodajalec uporablja napovedi in vrednostne sodbe, za kar pa mora imeti navezne točke v izkušnjah in kompleksnih razvojnih težnjah. Prognoze *ex ante* vnašajo določeno stopnjo negotovosti, gre za riziko napačne odločitve. Ti riziki se pokažejo v praksi, ko se ugotovi, da norma ni racionalna, ni prilagojena dejanskim potrebam in razmeram. Ustavna presoja takih ukrepov je težavna. Ustavno sodišče ZRN je v nekaj primerih ugotovilo, da je norma objektivno nesposobna za realizacijo, v drugem, da je objektivno neprilagojena in objektivno nesposobna ali slabo prilagojena. V vseh teh primerih je ustavno sodišče v bistvu izhajalo iz načela pravne države, da mora biti norma jasna in sposobna uresničitve. Nadzorovanje napovedi mora biti opravljeno v parlamentarnem postopku, pregled tega gradiva pa nas pogosto razočara.

Ukrepi, ki so se sprva nanašali na zdrave ljudi, se širijo: varstvo potrošnikov glede na nevarnost predmetov; varstvo v pravnem prometu (osnovni kapital, posebne kvalifikacije za nudenje pravne pomoči, strokovni pogoji za zaposlene v bankah in borzah; oskrbovanje prebivalstva z življenjskimi dobrinami; oskrbovanje z energijo in vodo in s tem povezano obvezno kontrahiranje). Določene so pravne oblike v katerih se izvaja gospodarska dejavnost, tretji mora vedeti s kom stopa v pravno razmerje in kakšna je njegova sposobnost za jamčenje. Zaradi varstva svobodne konkurence so prepovedani monopoli in omejeni karteli. Prisilnega pomena so tudi norme o zastopanju pravnih oseb, o obličnosti določenih pravnih poslov, varovanje intelektualne lastnine, poslovna tajnost, plačevanje davkov in prispevkov, varstvo okolja – prepoved določenih dejavnosti v že preobremenjenem okolju, kreditni pogoji, omejevanje in enakost v dodeljevanju subvencij itd. Z vidika varstva okolja je pomembna in težavna evropska konvencija o predhodnem preizkusu projektov.

Posebna pozornost se posveča kreditnim pogojem in davščinam, kjer lahko nastopijo posebne težave zaradi morebitne kršitve enakosti pred zakonom. Kreditni pogoji so lahko privilegirani, če je podan poseben interes (prestrukturiranje gospodarstva, demografsko ogrožena območja), enako velja za pridobivanje državnih poroštev. S tem so lahko nekatera podjetja privilegirana.

Zato je temeljno pravilo, da morajo biti izjeme določene s splošnimi in abstraktnimi normami (ne smejo biti podjetja posamično poimenovana), ker se le tako lahko izognemo morebitni diskriminaciji, krog upravičencev mora biti določen z zakonom (panoga, področje). Za različna dejanska stanja namreč lahko uporabljamo različne norme (temeljno pravilo o enakosti). Možno pa je, da so bili privilegiji dani s suspektno motivacijo, zagotavljanje privilegijev prav določenim skupinam, kar je lahko politično motivirano, zlasti glede na volilni boj (organiziranje posebnih zbornic s privilegiji ipd.). Davčne obremenitve lahko obravnavamo z vidika omejevanja svobode podjetništva, pa tudi kršenja načela enakosti. Pri davkih je treba analizirati njihov glavni in stranski namen. Zato, da bi davek pomenil omejevanje podjetniške svobode, morajo biti dani tehtni razlogi, dokazati bi bilo treba, da je bil to zakonodajalčev namen (suspektna motivacija). Davek je lahko problematičen, če že po naravi ni primeren za uresničitev opredeljenega namena in je po višini močno presežen, tako, da podjetju zajema dobiček v tolikšni meri, da nadaljne poslovanje zgubi smisel – "davki, ki davijo".

Zelo sporne so subvencije. Ko podjetje pridobi od države subvencijo, pridobi s tem določeno konkurenčno prednost pred drugimi podjetji (enakost pred zakonom). Pri nas so že bile dodeljene subvencije časopisu določene stranke, s čimer naj bi bil zagotovljen pluralizem glasil, ki je potreben za smotrno oblikovanje politične volje. Pri dodeljevanju subvencij gre za varovanje pravic tretjih podjetnikov. S podelitvijo se podjetniku občutno izboljša premoženjski položaj, država mu je pokrila del stroškov, omogočila investicijo, s tem pa se poslabša konkurenčna sposobnost drugih subjektov – ustavno prepovedano omejevanje konkurence (74. člen). Zato se za podeljevanje subvencij zahteva opredelitev v zakonu (pogoji, obseg, roki ipd), saj subvencija poseže v tržna razmerja, lahko tudi spremeni kalkulacijo cene. Pri tem ni mogoče spregledati socialne funkcije države, ki s podelitvi-

jo subvencije opravlja prerazporeditev sredstev, da reši določena krizna razmerja, vendar mora imeti država za to podlago v zakonu. Tako je subvencija dovoljena, če je namenjena obrambi dokazane ali zelo verjetne hude nevarnosti za pomembno skupno dobrino (nemško ustavno sodišče, zbirka odločb 7 stran 377). Podobna odločba navaja da se za dovoljene subvencije lahko štejejo nujne strukturna spremembe, ohranjanje delovnih mest v ključnih panogah nacionalnega gospodarstva, pri čemer pa morajo biti izdelani sanacijski programi (29, 83).

Preprečevanje politikantstva

Da bi bilo gospodarstvo čim bolj varovano, bi morala pridobiti Gospodarska zbornica določena pooblastila v fazi sprejemanja zakonov, naše rešitve v tej smeri pa so nevdržne, saj je temeljna naloga GZ, da predstavlja gospodarstvo pred državo in da zastopa interese gospodarstva. Če naj bi odigrala tako vlogo, bi se lahko posluževala naslednjih metod:

a) zahteva po racionalnem pravu

Pri urejanju gospodarskih vprašanj so vsebinski elementi znanost, tehnika, trg in etika. Pravo mora torej prevzeti spoznanja znanosti in stroke, le tako lahko postane razumsko (racionalno) pravo. Spoznanja znanosti in stroke se le preoblikujejo v pravni jezik. Le tako lahko s pravom reagiramo na realne pojave. Sodobna evropska teorija zahteva uvajanje racionalnega prava. Poti racionalnega prava začnemo praviloma iskati takrat, ko se arbitrarnost odločanja poveča preko normalnih mej, ko pravni sistem zgubi svojo povprečno učinkovitost (in s tem tudi legitimnost) in ko zdrsnejo nekatere pravne vrednote (zakonitost, predvidljivost pravnega urejanja in pravna varnost) daleč pod običajne standarde ali vrednote. Ali ni pri nas že dan alarm glede na stanje prava?

Na negotovosti ni mogoče več reagirati emocionalno (politikantsko), temveč le z razširjanjem znanja o tem, kaj je dano. Gre za racionalizacijo prava, ki se uresničuje v profesionalizaciji kot specifičnem koraku v delitvi dela; v pozitivizaciji kot vse večji neodvisnosti od tradicije; v generalizaciji kot oblikovanju splošnih načel, iz katerih bi morale izhajati posamezne norme z logično dedukcijo; s sistemizacijo prava, njegovo standardizacijo in procesualizacijo, kar vse je odraz spreminjanja prava v sistem. Racionalnosti je tuje tradicionalno ravnanje, ker izhaja iz ustaljenih navad, pa tudi afektno, posebej emocionalno, ker izhaja iz politično obarvanih vrednot. Uveljavitev teh pravil bi morala biti danes enostavna spričo razvite informatike in možnosti iskanj primerjalnopravnih rešitev.

Naša praksa ne govori za sistematiko v oblikovanju novega prava, saj se ne sprejemajo zakoni z določenega področja in ga zaključijo, pač pa se hkrati sprejemajo zakoni s povsem različnih področij. Zato tudi prihaja do neuskkljenosti zakonov in celo definicij pojmov med seboj, kar je v sedanjem času ob računalniški obdelavi tekstov možno zelo enostavno preprečiti.

b) načelo predhodnega preizkusa

Pred zakonsko ureditvijo je potrebno s posebnimi metodami ugotoviti sposobnost predlaganih norm za realno življenje. To lahko dosegamo z jasnimi opredeljevanjem dejanskih stanj in predvidenih pravnih posledic. V parlamentarnem gradivu je torej potrebno prikazati dejanska stanja na katera bo uporabljena norma, ter ugotoviti, ali taka norma ustreza, zlasti tudi glede predvidenih posledic. Taka vprašanja se lahko razrešujejo z anketami med pričakovano prizadetimi subjekti; z določitvijo subjektov, ki naj bi določen čas uporabljali predvidene norme; s primerjalnopravnim študijem, kako imajo neko vprašanje urejeno v razvitih državah; s primerjavo z evropskim pravom in prakso evropskega sodišča. Lahko se oblikujejo tudi preiskovalne komisije za tak namen, pri nas se uveljavljajo pretežno za razreševanje škandalov. Neredko je v nekaj mesecih predvidena sprememba komaj sprejetega zakona (npr. o finančnem poslovanju podjetij), kar jasno kaže, da so bile prikazane metode opuščene. Jasno pa je tudi, da je potrebno pritegniti ustrezno stroko (biologijo, medicino itd), ki naj predoči svoja izkustva, kar nato pravniki preoblikujejo v norme. Naš državni zbor nima zakonodajne komisije, ima le službo, ki jo predstavljajo parlamentarni uradniki, te pa poslanci neredko zavračajo, češ da niso predstavniki ljudstva in da nima kaj početi v parlamentarni razpravi. Tako služba nima možnosti reagirati na neustavne ali neracionalne in zato pravno nesprejemljive "modre amandmaje", posledice so torej na dlani, ostane le še Ustavno sodišče.

c) načelo sorazmernosti

Načelo sorazmernosti prihaja v poštev predvsem pri ocenjevanju utemeljenosti ukrepov, ki so določeni z zakonom. Načelo sorazmernosti se povezuje z obravnavanjem pravičnosti, ki še vedno v veliki meri temelji na Aristotelovih spoznanjih. Med bistvenimi načeli pravičnosti je ustavno načelo enakosti pred zakonom (14. člen). Sprva so z načelom sorazmernosti razumeli predvsem prepoved prekomernih ukrepov, kar pomeni, da ni dopustno uporabiti strožjega ukrepa, če se da namen doseči z blažjim. To pravilo ne zavezuje le zakonodajalca, pač pa tudi vse državne organe (uprava, sodstvo), ki sprejemajo posamične akte. V zvezi z ukrepi se poudarja, da morajo biti primerni (uporabni in možni), potrebni in proporcionalni (sorazmerni v ožjem pomenu). V državne ukrepe štejemo tudi dejanja državnih organov (npr. primernost policijskih prijemov v podjetju).

Ta ne smejo preseči z zakonom določenega namena, zlasti ne, če bi se namen zakona lahko dosegel z uporabo blažjega ukrepa. Nemška teorija je glede načela sorazmernosti opredelila naslednje pogoje:

- da je cilj, ki ga država zasleduje, legitimen, to je stvarno upravičen;
- da so od države uporabljena sredstva kot taka pravno dopustna;
- da so od države izbrana sredstva za doseg cilja primerna, uporabna in možna in kot taka pridejo v poštev;
- da so v poštev prihajajoča sredstva za doseg cilja potrebna;
- da niso zunaj vsakega razumnega razmerja do družbene in politične vrednosti cilja oziroma, da mora biti vzpostavljeno proporcionalno sorazmerje med

prizadeto ustavno pravico posameznega subjekta, ki jo povzroči uporaba sredstva, in med ustrezno koristjo, ki jo pridobimo z uporabo sredstva, v prid skupnosti.

Zakonodajalec se pri sprejemanju ukrepov nujno drži ustavnih pravic in svoboščin, spoštuje ustavno določene zapovedne in prepovedne določbe. Za zakonodajalca je kriterij tudi legitimnost, spoštovanje mednarodnega prava ter splošno sprejeta pravila o morali. Pomemben kriterij je potrebnost ukrepa, država naj posega le v tista razmerja, kjer je njena intervencija nujna, saj naj bi sicer veljala svoboda ravnanja subjektov (samooomejevanje zakonodajalca). Če ima zakonodajalec na voljo več ukrepov, sprejme tistega, ki v čim manjši meri omejuje subjekte v njihovi svobodi, zlasti če se da z milejšim ukrepom doseči upravičen splošen interes. Ukrep mora biti določeno opredeljen, onemogočiti je treba arbitrarnost (samovoljo) državnih organov. Zahtevana opredelitev norme je podana, če se da njen smisel opredeliti s temeljnimi pravili o interpretaciji prava.

Angleška pravna doktrina izhaja iz spoznanja, da se predpostavlja ravnotežje med nasprotujočimi si vrstami javnega interesa ter sorazmerna povezava med sredstvi in nameni. Pri uporabi proporcionalnosti razlikujejo pet stopenj:

- najprej je treba identificirati relevantne interese;
- interese, ki smo jih opredelili, je treba opremiti z določenim ponderjem, to pomeni, da jim je treba pripisati ustrezno težo in vrednost, kajti to je predpogoj za tehtanje interesov;
- posebej se je treba opredeliti do nekaterih ključnih interesov, ki se jim je mogoče odpovedati v zameno za druge; večina se bo strinjala, da ni mogoče trgovati s temeljnimi svoboščinami in se jim odpovedati v zameno za splošne ekonomske dobrine;
- pri posameznem primeru in ob upoštevanju dejanskega stanja glede na dosežanje premise je treba presoditi, ali je izpodbijana norma uporabljena sorazmerno.

Pri iskanju odgovora na prejšnje vprašanje, je treba opraviti naslednji preizkus:

- ali je izpodbijani ukrep najmanj omejujoče sredstvo, ki ga je mogoče uporabiti v danih primerih;
- ali sredstva, ki so uporabljena za doseg namena, ustrezajo pomenu namena in ali so za njegovo uresničenje tudi potrebna;
- ali je izpodbijani akt uporaben in potreben za doseg namena in ali je takšen, da ne nalaga nepotrebnih bremen posamezniku;
- kakšni so zadevni stroški in korist od izpodbijanega ukrepa;
- pri različnih vrstah primerov je treba zgornje ugotovitve uporabiti glede na naravo primera;
- prvo vprašanje je običajno v vseh tistih primerih, kadar je sporni ukrep v navzkrižju z neko človekovo pravico ali svoboščino, to je tedaj, kadar gre za interventne oblastvene posege;
- ustavno sodišče se mora odločiti, kako intenzivno bo uporabilo kateregakoli od zgoraj navedenih testov, kajti vsakega je mogoče uporabiti z različno stopnjo intenzivnosti sodne presoje.

Če bi naša podjetja in GZ začeli presojevati zakonske ukrepe iz opisanih vidikov, bi kaj lahko ugotovili vrsto spornih vprašanj.

d) o bistvu pravice

Slovensko ustavno sodišče je že v nekaj primerih uporabilo teorijo o prepovedi poseganja v bistvo pravice, kar je opredelila nemška ustavna teorija in sodna praksa. Vsaka pravica ima trdno jedro, bistvo, od tod izvira teorija o bistvenosti. Ta teorija poudarja, da s posegom države ni mogoče poseči v samo bistvo ustavne pravice, pravice so seveda med seboj različne. Nemško zvezno sodišče je v več odločbah poudarilo, da je pravica bistveno prizadeta, če zakon omeji neko pravico v tolikšni meri, da je ta omejena bolj, kot bi zahteval primer in temelj, ki je vodil do prisilnega ukrepa. Poseg v pravico je možen le v skrajnem primeru in v čim manjšem obsegu, potrebno je ogrožanje nujnih pravnih dobrin. V nekaterih primerih zadošča omejevanje le za določen čas. Ustavni teoretik Duerig navaja, da je bistvo pravice prizadeto takoj, ko postane subjekt objekt državnega ravnanja. Poseg v pravico je pogost pri reševanju naravnih katastrof. Nekateri teoretiki poudarjajo, da je treba presojati cilj neke pravice in vrednoto, ki naj bi bila z njo uresničena, pri tem se manjša vrednota podreja višji. Manjša dobrina se omeji zaradi varovanja višje vrednote (vrednotna skala). Če vzamemo naše ideje o lastninjenju bank in zavarovalnic se zastavlja vprašanje, ali ne gre za poseg v bistvo pravice, če se vlagatelju odvzamejo korporacijske pravice, njegov vložek pa se v bistvu nacionalizira, čeprav ustava tega instituta nima, končno pa naj bi bil poseg opravljen pri bankah kar z uredbo (poseganje v pravice je materija zakonov).

e) nedoločeni pojmi in prosti preudarek

Nepravilna uporaba nedoločenih pojmov in diskrecijska pravica povzroča samovoljo in arbitrarnost državnih organov, zato bi se morali v zakonodaji temu v čim večji meri izogibati. Slovensko ustavno sodišče je o obeh primerih razpravljalo v zadevi Up 84/94, vendar poudarjam ločeno mnenje sodnika prof. Udeta.

Bistvo nedoločenih pojmov je, da zakonodajalec uporabi v hipotezi pravne norme, torej v opisu abstraktnega dejanskega stanja nedoločen pojem tedaj, kadar želi z njim zajeti različne dejanske dogodke in stanja, ki imajo neko skupno pomensko vsebino (npr. dober gospodar, vestnost in poštenje, poslovna morala ipd). Tako se srečujemo s področjem "gotovega" in "negotovega". Nekatera dejanska stanja očitno sodijo v okvir nedoločenega pojma, druga pa so vprašljiva. Problem razrešuje upravna in sodna praksa, ki naj bi polje negotovosti čim bolj omejila (pravni standardi), ki pa morajo nujno upoštevati namen pravne norme, ali je zakonodajalec imel namen neko ravnanje zajeti pod tak pojem, pri čemer pa ne gre za prosto presojo državnih organov. Avstrijska ustavnosodna praksa je več primerov opredelila in poudarila, da mora zakonodajalec opredeliti ravnanje državnih organov do tolikšne mere, da lahko sodišče ob preizkusu upravnega posamičnega akta presodi njegovo skladnost z zakonom. Ti pojmi so ustavno sprejemljivi le, če imajo tako vsebino, da se naslovljenec lahko po njih ravna in če jih lahko sodišče preizkuša.

Z določitvijo prostega preudarka zakonodajalec pooblasti upravni organ, da na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja uporabi veljavno pravno normo, ne da bi mu pravni red vnaprej določil vsebino konkretne odločitve (pravno posledico). To pa ne pomeni, da so upravni akti, izdani po prostem preudarku, povsem prav-

no nevezani, ne gre za svobodno ravnanje upravnega organa, še vedno je vezan na izbiro ukrepov, ki jih ponuja zakon (ožje ali širše). Upravni organ mora izbrati najustreznejšo rešitev. Prosti preudarek v zakonu je presežen, če ob upoštevanju pravičnosti ni več možno najti stvarnih, razumnih ali očitnih razlogov za razlikovanje. Za prosto presojo mora biti podan utemeljen razlog, ki ne more biti stvari tuj. Ali ni sporno, če zakon o zaključku lastninskega preoblikovanja podjetij daje pooblastilo, da pristojni organ o nečem "lahko odloči", torej mu je dano, ali bo neko pravico podelil ali odvzel, torej ne gre za možnost izbire med več pravnimi posledicami, temveč za omogočanje polne samovolje, kar je v polnem nasprotju s pojmovanjem pravne države. Zanimivo je, da podjetja niso sprožala ustavne spore ob tako širokih možnostih samovoljnega ravnanja, ki posegajo v lastninsko pravico.

Pravosodje in gospodarstvo

Vrsta političnih skupin zatrjuje, da sodstvo ne ustreza družbenim zahtevam, ker ne preganja številnih storilcev kaznivih dejanj, zlasti tistih, ki se nanašajo na lastninjenje podjetij. Najprej je treba ugotoviti, da kritiki pogosto ne ločujejo funkcije odkrivanja (policija, inspekcije), pregona (državno tožilstvo) in sojenja (sodišče). Nikjer v svetu ni več isti organ tožilec in sodnik. Če nekdo ni obtožen, ne more biti sojen. V zvezi z lastninjenjem pa je treba poudariti, da je večina ugotovitev SDK in kasnejše Agencije temeljila na 48a členu ZLPP, ki je opredelil domneve. V pravni teoriji je nesporno, da mora domnevo državni organ dokazati, da gre za kaznivo dejanje pa opisati tako dejansko stanje, ki ima elemente določenega kaznivega dejanja. Če takih ugotovitev ni bilo, ne more biti uvedena preiskava, vložena obtožnica in seveda tudi ne izrečena sodba. Ker so bili organi odkrivanja, pregona in sojenja pod pritiski, je teklo kar nekaj procesov zaradi pritiska, ustvarjenega javnega mnenja, s čimer pa je ogroženo načelo nepristranosti in neodvisnosti sodišč.

Sodobni svet ugotavlja, da višina zagrožene kazni ne vpliva na večje ali manjše izvrševanje kaznivih dejanj, saj storilci ne razmišljajo o kazni, temveč le o tem, da ne bi bili odkriti. V državah, kjer so odpravili smrtno kazen ali jo uvedli, se ni spremenilo število kaznivih dejanj za katere je zagrožena (ali ukinjena) smrtna kazen. Z zadnjo novelo slovenskega Kazenskega zakona so se kazni občutno povečale, ne da bi bil izkazan občuten porast kriminala, razen morebitne plakatne resnice o pretepenih in posiljenih Slovenkah, ki Slovence prikazujejo kot hudo kriminalno populacijo. Koliko je povišanje kazni, uveljavljanje kvalificiranih kaznivih dejanj in nove inkriminacije skladno z načeli humanizma, kar je element demokratične države (1. člen ustave), je seveda posebno vprašanje, vprašanje pa lahko naslovimo tudi ministru za pravosodje, ki pripada stranki, ki razglašča pravičnost in tudi druge svetopisemske resnice.

Res je, da so sodišča v krepkih zaostankih, vendar je to splošen evropski pojav. Jasno je, da bo v času recesije, nezaposlenosti in podobnih družbenih pojavih naraščal kriminal, delovni in odškodninski spori, prekrški in podobno. Na področju kazenskega prava se da temu odpomoči z:

- dekriminacijo manj pomembnih kaznivih dejanj in prekrškov, ne pa z njihovim stalnim povečevanjem;
- amnestijo storilcev, ki so dejanja storili v nekajletni preteklosti in so v bistvu drugi ljudje (poročeni, očetje, matere itd.);
- povečanim nadzorom sodstva nad upravo, ki neredko tepta človekove pravice z uporabo provokativnih in drugih metod, brez sodnega soglasja;

Kako se lahko v državnem zboru hudujejo poslanci nad velikimi zaostanki, ko neprestano večajo pristojnosti sodišč, sodnikov za prekrške in državnih tožilcev, pa pri tem spregledajo, da sodišča izvajajo zakone, ki so jih sprejeli. Ali res sodobne družbe poznajo le negativne sankcije? Zakaj ne posnemamo modernih držav, ki uravnavajo želeno obnašanje ljudi s pozitivnimi sankcijami (vzpodbude ipd).

Več problemov je na področju gospodarskega prava, pa tudi tu bi se dalo doseči zmanjšanje sporov že z opustitvijo nekaterih zahtev po obličnosti podjetniških ravnanj. Prisilna ravnanja so utemeljena le v primerih, ko se varuje nek pomemben splošen interes, ne pa za vsak domislek, povezan s frčanjem perja. Seveda pa bi se število sporov pred sodišči še povečalo, če bi obveljal 6. člen EKPČ, ki določa, da o civilnih pravicah odločajo lahko le sodišča, ne pa upravni organi ali celo posredni upravni organi (zavodi, skladi). V pravu velja pravilo, da so odločitve nepristojnih organov nične, koliko upravnih odločb v Sloveniji bi lahko zadela taka posledica.

Končno velja razmisliti, ali ne bi GZ posvetila pozornost povečanju arbitraž, da bi bili spori hitreje in učinkovito rešeni.

Glede na omejen prostor sem se lotil obravnave temeljnih vprašanj, pa še tu sem verjetno kaj spustil.

LITERATURA

- Bleckman (1989): Staatsrecht, Heymans Verlag
 Haerberle (1973): Wesengehaltsgarantie
 Isensee (1989): Handbuch des Staatsrecht, Band VI in VII, Mueller Verlag
 Klecatsky 1989): Bundesverfassungsrecht. Mnaz Verlag
 Maunz, Duerig (1991): Grundgesetz, Kommentar, Beck Verlag
 Perenič, Anton (1987): Pravo kot dejavnik racionalnega družbenega vedenja, Združeno delo
 Šinkovec, Janez (1996): Pravna, demokratična in socialna država, Delavska enotnost
 (1997): Pravice in svoboščine, Uradni list
 (1999): Ustavnost davkov in prispevkov, Podjetje in delo